



REVISTA DE

# Estudios Políticos

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

## DEMOCRACIA Y DERECHO EN LA ERA DE INTERNET: BALANCE Y PERSPECTIVAS

Elena García Guitián y Josu de Miguel Bárcena  
(coords.)

### MANUEL ARIAS MALDONADO

La digitalización de la conversación pública: redes  
sociales, afectividad política y democracia

### ANDRÉS BOIX PALOP

La construcción de los límites a la libertad de  
expresión en las redes sociales

### PATRICIA MINDUS

La gestión privada del gobierno de Internet: la  
capacidad de autodeterminación en juego

### JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Las transformaciones del derecho de la información  
en el contexto del ciberperiodismo

### ELENA GARCÍA GUITIÁN

Democracia digital. Discursos sobre participación  
ciudadana y TIC

### ORESTE POLLICINO

La tutela de la *privacy* digital: el diálogo entre el  
Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las  
jurisdicciones nacionales

### JUAN IGNACIO CRIADO

Las administraciones públicas en la era del gobierno  
abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de  
paradigma en la gestión pública

### MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Premisas para la introducción del voto electrónico en  
la legislación electoral española

### ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA

El impacto de Internet en el Estado democrático

# 173

NUEVA ÉPOCA

julio/septiembre

## 2016

ARTÍCULOS



NOTAS



RECENSIONES

Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)

ISSN-L 0048-7694

Núm. 173, julio-septiembre 2016

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### Directores

Director honorífico: Pedro de Vega García (†), Universidad Complutense, Madrid

Director: Juan José Solozabal Echavarria, Universidad Autónoma de Madrid

### Secretario

Joaquín Abellán García, Universidad Complutense, Madrid

### Vocales

Eva Anduiza Perea, Universidad Autónoma de Barcelona

Joaquim Brugué, Universidad Autónoma de Barcelona

Carlos Closa Montero, Instituto de Políticas y Bienes Públicos, CSIC

Javier Fernández Sebastián, Universidad del País Vasco

Iván Llamazares Valduviego, Universidad de Salamanca

Antonio López Castillo, Universidad Autónoma de Madrid

Javier Tajadura Tejada, Universidad del País Vasco

## CONSEJO ASESOR

Luis Aguiar de Luque, Universidad Carlos III, Madrid

Eliseo Aja Fernández, Universidad de Barcelona

Carlos Alba Tercedor, Universidad Autónoma de Madrid

Enrique Álvarez Conde, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Óscar Alzaga Villamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Miguel A. Aparicio Pérez, Universidad de Barcelona

Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid

Francisco Balaguer Callejón, Universidad de Granada

M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Universidad de Málaga

Francisco J. Bastida Freijedo, Universidad de Oviedo

Paloma Biglino Campos, Universidad de Valladolid

Andrés de Blas Guerrero, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Carlos de Cabo Martín, Universidad Complutense, Madrid

Juan Cano Bueso, Junta de Andalucía

Francesc de Carreras Serra, Universidad Autónoma de Barcelona

José Luis Cascajo Castro, Universidad de Salamanca

Pilar del Castillo Vera, Universidad Nacional de Educación a Distancia

José Cazorla Pérez, Universidad de Granada

Ricardo Chueca Rodríguez, Universidad de Zaragoza

Josep M. Colomer, Consejo Superior de Investigaciones Científicas

Manuel Contreras Casado, Universidad de Zaragoza

Javier Corcuera Atienza, Universidad del País Vasco

Ramón Cotarelo, Universidad Complutense, Madrid

Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid

Eduardo Espín Templado, Universidad Castilla-La Mancha

Jorge de Esteban Alonso, Universidad Complutense, Madrid

Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona

Miguel A. García Herrera, Universidad del País Vasco

Ángel Garrorena Morales, Universidad de Murcia

José Antonio González Casanova, Universidad de Barcelona

Pedro González-Trevijano, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, Consejo de Estado

Gurutz Jáuregui Bereciartu, Universidad del País Vasco

Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional

Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid

Antonio López Pina, Universidad Complutense, Madrid

José María Maravall Herrero, Universidad Complutense, Madrid

Miguel Martínez Cuadrado, Universidad Complutense, Madrid

Isidre Molas Batllori, Universidad Autónoma de Barcelona

José Ramón Montero Gibert, Universidad Autónoma de Madrid

Raúl Morodo Leoncio, Universidad Complutense, Madrid

Dalmacio Negro Pavón, Universidad Complutense, Madrid

Alfonso Padilla Serra, Universidad Autónoma de Madrid

Manuel Pastor Martínez, Universidad Complutense, Madrid

Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra

Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla

Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, Cortes Generales

Antonio Porras Nadales, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

José A. Portero Molina, Universidad de La Coruña

Ramón Punset Blanco, Universidad de Oviedo

Javier Roiz Parra, Universidad Complutense, Madrid

Javier Ruipérez Alamillo, Universidad de La Coruña

Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia

Julián Santamaría Ossorio, Universidad Complutense, Madrid

Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Josep Vallés Casadevall, Universidad Autónoma de Barcelona

Fernando Vallespín Oña, Universidad Autónoma de Madrid

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Universidad de Oviedo

Carles Viver Pi-Sunyer, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

La *REP* cumple con los criterios de calidad LATINDEX y está indizada en SCOPUS y Web of Science: *Social Sciences Citation Index (SSCI)* y *Journal Citation Reports (JCR)*. También está incluida en las principales bases de datos especializadas en Ciencia Política: *International Political Science Abstracts*, *Political Science Complete*, *Worldwide Political Science Abstracts* y *Sociological Abstracts*.

La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) ha renovado a la *REP* el certificado de «Revista Excelente» hasta el 7 de junio de 2019.

The *REP* meets the LATINDEX criteria for scientific journals and is indexed in SCOPUS and the Web of Science (WOS): *Social Science Citation Index (SSCI)*, and the *Journal Citation Reports (JCR)*. It is also included in the main Political Science specialized databases: *International Political Science Abstracts*, *Political Science Complete*, *Worldwide Political Science Abstracts* and *Sociological Abstracts*.

The Spanish Foundation for Science and Technology (FECYT) has renewed the journal *REP* its certificate of «Excellence» until the 7th of June, 2019.

REVISTA DE

# Estudios Políticos

# 173

(NUEVA ÉPOCA)

julio/septiembre

## 2016

ISSN-L 0048-7694

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

# CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos de la REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS  
están disponibles en acceso abierto exceptuando el último año,  
accesible bajo suscripción, en las direcciones:

*Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*  
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3>

*Repositorio Español de Ciencia y Tecnología*  
<http://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/index>

*Catálogo General de Publicaciones Oficiales*  
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

*Dialnet*  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1166>

## SUSCRIPCIONES

Para suscribirse y adquirir números sueltos debe dirigirse a:  
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales  
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)  
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973  
email: [suscripciones@cepc.es](mailto:suscripciones@cepc.es)  
<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

### PRECIOS AÑO 2016 (SIN IVA)

SUSCRIPCIONES		NÚMERO SUELTO	
En papel	Electrónica	En papel	Electrónica
53 €	22 €	15 €	7 €

ISSN-L: 0048-7694  
Depósito legal: M. 2426-1958

DOI: 10.18042/cepc/rep

NIPO: 005-15-045-5 (PAPEL)  
NIPO: 005-16-021-4 (HTML)  
NIPO: 005-15-048-1 (PDF)

Composiciones RALI, S.A. – Costa, 12-14 - 7.ª planta – 48010 BILBAO



PAPEL RECICLADO  
LIBRE DE CLORO

# SUMARIO

Núm. 173, julio/septiembre 2016

Pedro de Vega García, *in memoriam*. . . . . 15-16

## DEMOCRACIA Y DERECHO EN LA ERA DE INTERNET: BALANCE Y PERSPECTIVAS

ELENA GARCÍA GUITIÁN Y JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Presentación . . . . . 19-23

## ARTÍCULOS

MANUEL ARIAS MALDONADO

La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia. . . . . 27-54

ANDRÉS BOIX PALOP

La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales . . . . . 55-112

PATRICIA MINDUS

La gestión privada del gobierno de Internet: la capacidad de autodeterminación en juego . . . . . 113-140

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo. . . . . 141-168

ELENA GARCÍA GUITIÁN

Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC. . . . . 169-193

ORESTE POLLICINO

La tutela de la *privacy* digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales . . . . . 195-244

**J. IGNACIO CRIADO**

Las administraciones públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública . . . . . 245-275

**MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA**

Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. . . . . 277-304

**NOTAS**

**ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA**

El impacto de Internet en el Estado democrático. . . . . 307-320

**RECENSIONES**

BENIGNO PENDÁS: *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, por Joaquín Abellán. . . . . 323-327

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA (ed.): *Siete maestros del Derecho Político Español*, por José A. Portero Molina . . . . . 327-332

LUIS GORDILLO y GIUSEPPE MARTINICO: *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, por Javier Tajadura Tejada. . . . . 332-338

PABLO JOSÉ CASTILLO ORTIZ: *EU Treaties and the Judicial Politics of National Courts. A Law and Politics Approach*, por Marta Paradés Martín. . . . . 338-341

JOSÉ TUDELA ARANDA: *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, por Luis Moreno . . . . . 341-344

RAQUEL GALLEGO (dir.): *Descentralización y desigualdad en el Estado autonómico*, por Jorge Hernández-Moreno . . . . . 344-350

MICHAEL WALZER: *The Paradox of Liberation: Secular Revolutions and Religious Counterrevolutions*, por Miguel Paradela López . . . . . 351-354

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: <i>Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio</i> , por Ana Zaera García	354-360
JOSEPH DE LA VEGA: <i>Confusión de confusiones</i> , por José María Serrano Sanz . . . . .	360-366
COLABORAN EN ESTE NÚMERO . . . . .	369-372



# TABLE OF CONTENTS

Issue 173, July/September 2016

Pedro de Vega García, *in memoriam*. . . . . 15-16

## DEMOCRACY AND LAW IN THE INTERNET AGE: ASSESSMENT AND PROSPECTS

ELENA GARCÍA GUITIÁN Y JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Presentación . . . . . 19-23

## ARTICLES

MANUEL ARIAS MALDONADO

The digitalization of public opinion: social networks, political sentiment and democracy . . . . . 27-54

ANDRÉS BOIX PALOP

The construction of the limits of free speech within social networks . . . . . 55-112

PATRICIA MINDUS

The private ordering of Internet governance: powers of self-determination at stake. . . . . 113-140

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Transformations in the right to information in the context of cyber-journalism . . . . . 141-168

ELENA GARCÍA GUITIÁN

Digital democracy. Discourses on citizen participation and information and communications technology (ICT) . . . . . 169-193

ORESTE POLLICINO

The guardianship of digital privacy: the dialogue between the Court of Justice of the European Union and national jurisdictions. . . . . 195-244

**J. IGNACIO CRIADO**

Public administration in the open government age. Smart governance for a paradigm shift in public management . . . . . 245-275

**MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA**

Premises regarding the introduction of Electronic Voting (E-Voting) into the Spanish Electoral Law . . . . . 277-304

**NOTES**

**ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA**

The impact of the Internet on the democratic State. . . . . 307-320

**BOOK REVIEWS**

BENIGNO PENDÁS: *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, by Joaquín Abellán . . . . . 323-327

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA (ed.): *Siete maestros del Derecho Político Español*, by José A. Portero Molina . . . . . 327-332

LUIS GORDILLO y GIUSEPPE MARTINICO: *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, by Javier Tajadura Tejada. . . . . 332-338

PABLO JOSÉ CASTILLO ORTIZ: *EU Treaties and the Judicial Politics of National Courts. A Law and Politics Approach*, by Marta Paradés Martín. . . . . 338-341

JOSÉ TUDELA ARANDA: *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, by Luis Moreno. . . . . 341-344

RAQUEL GALLEGO (dir.): *Descentralización y desigualdad en el Estado autonómico*, by Jorge Hernández-Moreno. . . . . 344-350

MICHAEL WALZER: *The Paradox of Liberation: Secular Revolutions and Religious Counterrevolutions*, by Miguel Paradela López. . . . 351-354

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: <i>Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio</i> , by Ana Zaera García .	354-360
JOSEPH DE LA VEGA: <i>Confusión de confusiones</i> , by José María Serrano Sanz . . . . .	360-366
CONTRIBUTORS . . . . .	369-372

## COLABORAN EN ESTE NÚMERO

### MANUEL ARIAS MALDONADO

Es profesor titular de Ciencia Política en la Universidad de Málaga. Ha sido becario Fulbright en la Universidad de Berkeley (2004-2005), Salvador de Madariaga en el Rachel Carson Center de la Universidad de Munich (2011) e investigador visitante en las de Múnich, Keele, Oxford y Siena. Es autor de las monografías *Sueño y mentira del ecologismo. Naturaleza, sociedad, democracia* (Siglo XXI, 2008); *Real Green. Sustainability after the End of Nature* (Ashgate, 2012, Premio al Mejor Libro del Año 2012, otorgado por la Asociación Española de Ciencia Política), y *Environment and Society. Sionatural Relations in the Anthropocene* (Springer, 2015). Ahora prepara *La democracia sentimental* (Página Indómita, 2016). Ha publicado artículos en numerosas revistas académicas nacionales e internacionales. Es también colaborador habitual en la prensa y diversas revistas culturales.

### ANDRÉS BOIX PALOP

Es profesor titular de Derecho Administrativo en la Universitat de València-Estudi General. Ha trabajado sobre las relaciones y equilibrios entre los poderes públicos, particularmente entre el legislador y la Administración Pública, así como sobre el reparto territorial del poder tanto en un nivel autonómico (*Una nova planta per als valencians*, Nexe, 2013) como municipal (*Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*, ed., Aranzadi, 2015). Asimismo, está especializado en derecho de la comunicación, con numerosos trabajos en la materia desde una perspectiva general (*Derecho de la comunicación*, coautor, Iustel, 2013; *La nueva regulación del audiovisual*, coeditor, Aranzadi, 2014) y más específica orientada a la regulación de la expresión en Internet («Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002; «El equilibrio entre los derechos del art. 18 de la Constitución, el ‘derecho al olvido’ y las libertades informativas tras la sentencia Google», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2015).

### ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA

Es profesor ayudante doctor (profesor contratado doctor acreditado) de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza. Es licenciado y doctor

en Derecho, licenciado en Ciencias Políticas y diplomado en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Fue el ganador del VI Premio Manuel Giménez Abad para trabajos de investigación sobre el Parlamento. Ha realizado estancias de investigación en diversos centros nacionales y extranjeros, como el Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines (Université de Pau et des Pays de L'Adour) y el Institut d'Études Politiques (Sciences Po) de París. Forma parte del grupo de investigación Nuevas Formas de Participación Política en Democracias Avanzadas. Es autor, entre otros trabajos, de las monografías *Deliberación en Internet. Una propuesta de modelo de participación política* (2012) y *Sobre la democracia representativa. Un análisis de sus capacidades e insuficiencias* (2013).

#### J. IGNACIO CRIADO

Es profesor contratado doctor (acreditado titular) en el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid y vicedecano de Investigación e Innovación en su Facultad de Derecho. Doctor europeo en Ciencia Política y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Ortega y Gasset con premio extraordinario de doctorado, premio INAP a la mejor investigación sobre Administración Pública y AECPA a la mejor tesis doctoral de Ciencia Política. Ha sido investigador visitante en diferentes instituciones académicas, *visiting fellow* en el Oxford Internet Institute, University of Oxford, así como *postdoctoral visiting scholar* en el Center for Technology in Government, State University of New York (SUNY at Albany). Ha escrito numerosos libros y capítulos acerca de las interacciones entre las TIC y las diferentes esferas del Gobierno y la Administración Pública, y sus artículos han sido publicados en revistas como *Government Information Quarterly*, *Social Science Computer Review*, *Information Polity*, *International Journal of Electronic Governance*, *Internacional Journal of Public Sector Management*, *Gestión y Política Pública*, *Revista de Estudios Políticos*, *Revista Internacional de Sociología*, *Innovar. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales o Reforma y Democracia*. Asesora, investiga y enseña sobre innovación en la gestión pública, Gobierno y Administración digital, *social media* y administraciones públicas, *open government*, interoperabilidad y colaboración interorganizativa, participación 2.0, así como administraciones públicas latinoamericanas. Es cofundador de NovaGob, la red social de la Administración pública, *spin off* de la UAM y la mayor comunidad 2.0 de profesionales en torno a la innovación pública.

#### ELENA GARCÍA GUTIÁN

Es profesora titular del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, especialista en teoría

política. Fue profesora visitante en el Minda de Gunzburg Center for European Studies de la Universidad de Harvard (1998-1999). A lo largo de su carrera académica ha participado en diversos proyectos de investigación sobre liberalismo, democracia y representación política. El texto incluido en esta publicación se ha realizado dentro del proyecto de I+D «Una nueva arquitectura local: eficiencia, dimensión democrática (CS02013-48641-C2-1-R)», financiado por el Ministerio de Educación y Competitividad. Entre sus últimas publicaciones cabe destacar el capítulo «Deliberation and Parliamentary Performance: the Spanish Parliament under Question», en el libro editado por K. Palonen, J.M. Rosales, y T. Turkka, *The Politics of Dissensus: Parliament in Debate* (McGraw Hill-Cantabria U. P, 2014).

#### JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Es profesor de Derecho Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona. Licenciado en Ciencias Políticas y Derecho en la Universidad del País Vasco, es doctor por la misma universidad desde el año 2007. Ha sido becario predoctoral del Gobierno Vasco e investigador postdoctoral en el Center for Constitutional Studies and Democratic Development de la Universidad de Bolonia –Johns Hopkins University (2008-2010). Su ámbito de trabajo se ha centrado en lo que genéricamente puede denominarse como derecho público europeo, sin olvidar otros aspectos relativos al constitucionalismo nacional. Ha trabajado el derecho público de la economía (*El gobierno de la economía en la Constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, Bosch, 2011), el federalismo (*Federalismos del siglo XXI*, editado junto a Javier Tajadura, CEPC, 2014) y el derecho de la comunicación (*La autorregulación de los medios de comunicación como sistema de control*, editado junto a Juan Carlos Gavara, Bosch Editorial, 2013).

#### PATRICIA MINDUS

Es profesora asociada de Filosofía Práctica en la Universidad de Uppsala (Suecia), Wallemberg *academic fellow*, y miembro del Instituto Sueco de Informática Jurídica (IRI). Ha sido profesora visitante, entre otras, en las universidades Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli de Roma (2016), el Instituto Europeo de Florencia (2014) y la Universidad de Glasgow (2013). Sus líneas de investigación principales se centran en las tecnologías de la información y la comunicación y el cambio político, el concepto de justicia y los estudios sobre ciudadanía e inmigración.

#### ORESTE POLLICINO

Es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Bocconi de Milán. Su campo de estudio se ha centrado en el estudio del derecho de la comunicación y la relación entre los derechos fundamentales y las nuevas

tecnologías, en especial desde el plano del constitucionalismo integrado. Estas cuestiones han sido analizadas teniendo en cuenta el derecho comparado (*Protection of Fundamental Rights in Internet and Judicial Interaction. A Constitutional Comparative Perspective*, Hart Publishing, en prensa) o el diálogo entre jurisdicciones en un nivel supranacional (con G. Martinico, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar Publishing, 2012). Asimismo, ha ocupado diversos cargos como asesor en cuestiones tecnológicas (neutralidad de la red, protección de material intelectual en Internet y control de contenidos en el ámbito de los servicios digitales), tanto en instituciones nacionales (órganos ministeriales italianos), como internacionales (Consejo de Europa y Comisión Europea).

#### MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Es profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo y, desde 2010, está acreditado como catedrático de Derecho Constitucional. Es codirector del Máster en Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables y director de la clínica jurídica del Máster. Ha comparecido en el Congreso y el Senado, así como en varios parlamentos autonómicos para valorar proyectos de reforma electoral y de regeneración democrática. Entre sus últimos libros cabe destacar *Leyes y normas electorales en la historia constitucional española* (Iustel, 2014) y *The West Wing: la política como promesa* (Tirant lo Blanch, en prensa).

# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

## Temas de interés

La *Revista de Estudios Políticos* (REP) publica trabajos de investigación originales en castellano o inglés sobre Teoría de la Constitución, Teoría del Estado, Ciencia Política, Historia Política e Historia del Pensamiento Político.

## Envío de originales

Los originales, que deberán ser inéditos, se harán llegar por correo electrónico a la dirección [evaluaciones@cepc.es](mailto:evaluaciones@cepc.es), consignando en el asunto del mensaje que se trata de un artículo destinado a la REP.

## Tipos de originales aceptados

- Artículos: trabajos de investigación originales, de carácter teórico o empírico. Tendrán una extensión máxima de 12.000 palabras, incluidas las notas y las referencias bibliográficas.
- Notas: información breve sobre hallazgos singulares o nuevas aportaciones resultado de proyectos de investigación o estudios en marcha. Su extensión no excederá las 7.000 palabras, incluidas notas y referencias bibliográficas.
- Notas bibliográficas: reflexión crítica o discusión sobre una o varias publicaciones relacionadas con la temática de la revista
- Reseñas: la REP no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su reseña o reseña.

## *Números monográficos*

La REP podrá publicar números dedicados a un tema de especial interés para la Ciencia Política, a propuesta del Consejo de Redacción o de investigadores que harán llegar sus propuestas a [evaluaciones@cepc.es](mailto:evaluaciones@cepc.es), y que siempre deberán ser aprobadas por dicho Consejo.

## Formato

Los originales deberán llegar en formato Word o compatible, escritos a espacio y medio y en letra *Times New Roman* tamaño 12. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es el autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista. Se acompañará también un breve *curriculum vitae* del autor o autores, con una extensión máxima de 150 palabras.

## *Título*

Los artículos y notas llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Debe evitar emplear palabras vacías e incluirá, dentro de lo posible, descriptores extraídos de tesauros de su especialidad. Debe evitarse el uso de abreviaturas, acrónimos, símbolos y fórmulas.



## *Resumen*

Los artículos y notas irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés. La extensión de la versión española debe estar comprendida entre 150 y 200 palabras, mientras que para las notas de investigación el límite se fija en 150. Su alcance debe ser estrictamente informativo y seguirá siempre la estructura *objetivos-métodos-resultados-conclusiones*. No puede incluirse en los mismos información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perfrasis y frases excesivamente largas.

## *Descriptorios / Palabras clave*

Se incluirá un máximo de 10 descriptorios o palabras-clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización, se extraerán de tesauros y vocabularios normalizados, entre los que podemos citar *CSA Worldwide Political Science Abstracts Thesaurus* y el *International Bibliography of the Social Sciences (IBBS) Thesaurus*.

## *Tablas y gráficos*

Todas las tablas y gráficos estarán numeradas con números arábigos correlativos tras la palabra «tabla» o «gráfico» (según el caso). Han de tener un título conciso que refleje su contenido, y en el pie debe citarse la fuente, aunque sean de elaboración propia, en cuyo caso se pondrá: «elaboración propia». Las imágenes habrán de enviarse incrustadas en el texto y también aparte en la versión original de la aplicación utilizada y en formato tif o jpeg, con una resolución de 300 píxeles/pulgada y un tamaño mínimo de 10 cm de ancho.

## **Proceso de publicación**

El Consejo de Redacción de la REP decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación como mínimo, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método doble ciego. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original motivada por el resultado de las evaluaciones. En este caso, el plazo máximo para incorporar las modificaciones y enviar de nuevo el original a la revista será de un mes. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de una semana. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando estos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

## **Normas de citación**

### *Notas*

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y solo excepcionalmente citas bibliográficas, y en ningún caso incluirán referencias bibliográficas completas, que se incluirán al final del artículo.

### *Citas bibliográficas*

Las **citas de libros y artículos** en el texto aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto y no en notas a pie de página. Se harán indicándose entre paréntesis el apellido del autor/a en minúsculas, seguido del año y página de la publicación.

(Bourdieu, 2000: 31)

Si dos o más documentos tienen el mismo autor/a y año, se distinguirán entre sí con letras minúsculas a continuación del año y dentro del paréntesis.

(Coté, 1985a)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y».

(Newton y Norris, 2000)

Para los documentos con más de dos autores se abreviará la cita indicando solamente el apellido del primer autor seguido de «*et al.*».

(Aguilar *et al.*, 2003)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año:

(Johnson, 2012b)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto del trabajo, debe indicarse siempre entre paréntesis el año y página(s) de la obra citada:

Como afirma Cascales (2010: 22)...

### *Bibliografía*

Se incluirá al final de los artículos. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto. Por tanto, queda expresamente prohibido incluir referencias adicionales. Se ordenará alfabéticamente por el primer apellido del autor y se seguirá el estilo APA (American Psychological Association).

Si se citan dos o más obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra:

Maravall, J. A. (1966a). *Antiguos y modernos: la idea de progreso en el desarrollo inicial de una sociedad*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.

Maravall, J. A. (1966b). *De la Ilustración al Romanticismo: el pensamiento político de Cadalso*. Paris: Centre de Recherches de L'Institut d'Etudes Hispaniques.

En caso de que se cite una obra reeditada y se considere relevante la fecha de la primera edición, esta se indicará entre corchetes:

Maravall, J. A. (1981) [1963]. *Las comunidades de Castilla: una primera revolución moderna*. Madrid: Alianza Editorial.

A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

### Monografías

— *Un autor*

Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Cambridge: Polity.

— *Dos o más autores*

Anduiza Perea, E., Crespo, I. y Méndez Lago, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

— *Libro en línea*

Sanmartín Cuevas, X. (2014). *Nuevas tecnologías, traen nuevas tendencias: viaje TIC con 80 entrevistas exclusivas*. Disponible en: <http://catalogo.ulima.edu.pe/uhtbin/cgiisirs.exe/6Yw1I-NoKGt/x/153460026/9>.

## Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125–138). México: UDUAL.

## Artículos de revistas científicas

Miguel, E., Shanker, S. y Ernest, S. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *Journal of Political Economy*, 112 (4), 725-753.

— *Revistas electrónicas*

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (16), 40-43. Disponible en: [http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882\\_8864004](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004).

— *Revistas electrónicas con DOI*

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

## Informes

— *Autor institucional*

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

— *Autor personal*

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: [http://www.science-metrix.com/pdf/SM\\_EC\\_OA\\_Policies.pdf](http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf).

## Congresos

— *Actas*

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.) (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— *Ponencias publicadas en actas*

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— *Ponencias y comunicaciones en línea*

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: [http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19\\_21mayo.pdf](http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf).

## Tesis

### — *Publicadas*

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

### — *Inéditas*

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

## Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145\\_474489.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html).

### — *Sin autor*

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

## Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: [http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro\\_6\\_402519746.html](http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html).

## Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

## *DOIS*

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan *doi* (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

## **Derechos de autor**

En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la *REP* en exclusiva los derechos de reproducción, distribución y, en su caso, venta de su manuscrito para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.

Los autores cederán también a la *REP* los derechos de comunicación pública para su difusión y explotación a través de intranets, internet y cualesquiera portales y dispositivos inalámbricos que decida el editor, mediante la puesta a disposición de los usuarios para consulta *on-line* de su contenido y su extracto, para su impresión en papel y/o para su descarga y archivo, todo ello en los términos y condiciones que consten en la web donde se halle alojada la obra. A su vez, la *REP* autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a que ofrezcan

en sus webs personales o en cualquier repositorio de acceso abierto una copia de esos trabajos una vez publicados. Junto con esa copia ha de incluirse una mención específica de la *REP*, citando el año y el número de la revista en que fue publicado el artículo o nota de investigación y añadiendo, además, el enlace a la web de la *REP*.

### **Plagio y fraude científico**

La publicación de un trabajo que atente contra los derechos de propiedad intelectual será responsabilidad de los autores/as, que serán los que asuman los conflictos que pudieran tener lugar por razones de derechos de autor. Los conflictos más importantes pueden darse por la comisión de plagios y fraudes científicos. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

## PEDRO DE VEGA GARCÍA, IN MEMORIAM

El pasado mes de abril fallecía en Madrid don Pedro de Vega, catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y director de esta *Revista* desde 1978. Se trataba de una personalidad extraordinariamente singular, dueño de una pluralidad de registros absolutamente fuera de lo común. Era un excelente jurista, miembro por oposición de un alto cuerpo de funcionarios antes de alcanzar la cátedra, formado, además de en la Facultad de Derecho de Salamanca, en Bolonia en el Colegio de España, donde leyó su tesis doctoral. Aunque se le tentase en diversas ocasiones desde fuera, en realidad durante su vida no fue otra cosa que un académico, dedicado en exclusiva a su menester de profesor, que consiste en enseñar e investigar. Hombre de escuela, discípulo de Enrique Tierno y Carlos Ollero, de los que, contra lo que a veces ocurre con los maestros, aprendió lo mejor de ellos, de aquél la solidez intelectual y de éste la agudeza de ingenio, continuó la tradición formando a su vez, primero en Salamanca y después en la Complutense, un conjunto de valiosos profesores. Por último, Pedro de Vega se ha significado por su actuación como intelectual, esto es, como quien aporta su contribución a esclarecer la situación en que vivimos, proponiendo líneas de conducta para la mejora de la patria. En este orden de cosas, a Pedro de Vega no le faltó ni la valentía para la denuncia durante la dictadura ni el compromiso con la instauración y defensa de la democracia constitucional después.

No es obviamente el momento del inventario de su obra, con algunas aportaciones absolutamente capitales, que por lo demás han recibido reconocimiento internacional, se trate de la problemática de la reforma constitucional, a la que dedicó la que es sin duda alguna la mejor monografía de la que disponemos, la globalización económica, sobre la que llamó la atención de modo pionero, en un trabajo reproducido de modo inmediato en Alemania e Italia, o la temática de la condición de los derechos fundamentales como otra cosa que derechos públicos subjetivos. Por no hablar de sus trabajos bien lúcidos, sobre la ideología nacionalista, la oposición o los planteamientos del pensamiento elitista.

Más interés tiene el llamar la atención sobre la perspectiva que domina su producción académica, lo que él solía llamar la «óptica» desde la que enfocaba sus trabajos. Lo que al profesor de Vega le interesaba era la raíz o estructura de las instituciones que estudiaba, su singularidad teórica, que él desen-

trañaba utilizando su gran potencia intelectual. Solo una persona como él podía enfrentarse, sin incurrir en lo abstruso o dejar apresarse en las nieblas de lo abstracto, a una tarea tan difícil. Le salvaba su equipamiento: un gran dominio del pensamiento clásico, comenzando por Aristóteles y el derecho romano, y siguiendo por los maestros del Derecho Público alemán —Laband, Jellinek, Schmitt y Kelsen— que conocía como pocos. La erudición de Pedro de Vega era admirable, servida además por una memoria prodigiosa: contaba como quien no quiere la cosa que alguna vez había propuesto a sus hijos el siguiente desafío: ellos podían coger el manual de Antón Oneca, un penalista que él, por su obra pero también por su vida, represaliado como su padre por socialista, admiraba mucho, y abrirlo en cualquier página, habrían de leer cualquier párrafo y él seguiría inmediatamente recitando el contenido del libro. Pedro de Vega, efectivamente, casi como el formidable Funes el memorioso de Borges, no olvidaba nada, especialmente si se trataba de los grandes pensadores con los que, como contaba Maquiavelo a su amigo Francesco Vettori, conversaba siempre.

La figura de Pedro de Vega trascendía los muros, después de todo estrechos, académicos. Así debe considerarse su aventura editorial con el periódico *El Sol*, que durante un buen tiempo albergó la mejor opinión de nuestro espacio público. Por lo demás, a medio camino entre la cátedra y el ámbito general está la dirección, impecable, durante tantos años, de esta *Revista* o su labor orientadora en la editorial Tecnos, de cuya serie «Temas Clave» fue el responsable, o en Biblioteca Nueva.

Dos palabras para terminar. Pedro de Vega era un referente en nuestra América, cuya importancia cultural y trascendencia económica calibraba correctamente. Siempre vio ese continente con enorme interés y afecto, y siempre fue correspondido allí con atención mantenida, especialmente en México, de lo que él se ufanaba con razón. Pedro de Vega, por último pero no en último término, era una persona extrovertida y entrañable, imposible de olvidar para quienes hemos tenido la suerte de gozar de su amistad, trabajar a su lado y recibir, directa o indirectamente, su magisterio.

LA REVISTA

**DEMOCRACIA Y DERECHO EN LA ERA  
DE INTERNET: BALANCE Y PERSPECTIVAS**  
**DEMOCRACY AND LAW IN THE INTERNET  
AGE: ASSESSMENT AND PROSPECTS**

---





## PRESENTACIÓN

Hace ya casi veinte años que se generalizó el uso de Internet. Desde finales de la década de los noventa hasta nuestros días, ningún fenómeno ha cambiado tanto la economía y la sociedad como el advenimiento de la era digital. Los estilos de vida se han visto profundamente transformados y las relaciones personales basculan cada vez más entre el aislamiento y la socialización que permite la interacción en la red. El paso de cualquier acontecimiento de lo individual a lo colectivo implica casi siempre, además, su politización: se utiliza entonces la discusión pública y las instituciones democráticas, tanto para aprovechar las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías como para aquilatar los riesgos que van emergiendo del uso descontrolado de las mismas. Después llega el derecho, como una expresión casi siempre tardía y reactiva, que intenta organizar un orden digital que tiende a la espontaneidad, articulando mecanismos para resolver los conflictos de intereses y defender una privacidad que se tambalea como consecuencia de cambios culturales que afectan a amplias capas de la población.

El presente monográfico pretende abordar, sin ánimo de exhaustividad, algunos de los fenómenos que desde una perspectiva política y jurídica parece que van consolidándose como consecuencia de la aparición de lo que tempranamente Manuel Castells denominó como sociedad red. Como se sabe, la aparición de Internet fue saludada inicialmente como una oportunidad histórica para solventar muchos de los problemas que empezaban a aquejar a un mundo global que tenía que afrontar las consecuencias del final de las ideologías. El solucionismo tecnológico permitiría conectar individuos y sociedades, superar la alienación propiciada históricamente por el capitalismo y mejorar las relaciones comerciales, llevando a la economía a cotas de crecimiento desconocidas hasta la fecha. Pero la gran innovación tendría que venir de la mano de la comunicación política: Internet podría abrir una ventana de esperanza para acabar con la crisis de mediación que sufría la democracia representativa. La conversación política podría ser ahora universal y permanente.

Pasadas dos décadas, hay motivos para mostrarnos tanto esperanzados como pesimistas con respecto a la utopía digital. De hecho, parece predominar un discurso político y doctrinal donde cada vez se ponen de manifiesto más claramente los problemas que desde la perspectiva de la formación de la voluntad democrática y la defensa de los derechos fundamentales van detectándose como consecuencia de la aplicación de las soluciones tecnológicas. Al

aumento de oportunidades para el consumidor se opone la delincuencia económica derivada del uso del Internet profundo y otras técnicas especulativas. Los datos, que nos permiten obtener ventajas en el ámbito de las percepciones, los bienes y los servicios, suponen a la vez una gran invasión en la intimidad que ya no proviene solo de los poderes públicos, sino de un ámbito privado de difícil control y concreción. La transparencia comunicativa, que mejora las posibilidades para poner en marcha mejores mecanismos de responsabilidad política, impide en ocasiones la negociación leal para superar desacuerdos fácilmente superables en el contexto del proceso parlamentario tradicional.

Los ejemplos contradictorios en torno a las bondades y perjuicios de Internet podrían prolongarse *ad nauseam*, lo que probablemente ayudaría a construir una imagen pesimista que en realidad tendría como referencia una sociedad industrial idealizada que parece superada por la nueva época de la digitalización. La siguiente colección de trabajos pretenden, por el contrario, aportar una mirada reflexiva sobre los cambios tecnológicos, apuntar sus potencialidades y prevenir sobre ciertos riesgos, inherentes a toda fase de cambio social y económico. Para ello, hemos decidido presentar los artículos de una manera alterna, combinando una aproximación politológica, centrada en cuestiones discursivas y conceptuales, con un acercamiento jurídico en el que parecen detectarse serias dificultades para coherencia la estática normativa con la dinámica de los acontecimientos citados. El derecho y la política son siempre los dos elementos llamados a gestionar, desde el punto de vista de la deliberación pública y la autoridad legal, los conflictos que inevitablemente surgen en momentos de crisis como los que actualmente vivimos.

En el primer trabajo, *Manuel Arias Maldonado* describe cómo la digitalización inherente a las redes sociales ha cambiado el diálogo público que precede a cualquier decisión democrática. Frente a la opinión pública ilustrada, de carácter jerárquico y procedimentalmente ordenada (Habermas), el nuevo espacio de discusión ciudadana estaría caracterizado por un giro afectivo, donde las decisiones individuales, incluidas aquellas relacionadas con los asuntos colectivos, empezarían a estar profundamente afectadas por emociones propiciadas por los diversos mecanismos comunicativos encargados de producir pulsiones y sesgos cognitivos. Paradójicamente, este proceso estaría conduciendo a reducir el peso de la participación en términos de intereses y a favorecer nuevas formas de democracia plebiscitaria (ocular y sensorial las denomina el autor) que explicarían el fomento de fenómenos populistas prácticamente en todos los sistemas representativos del planeta.

Por su parte, *Andrés Boix Palop* analiza la compleja e inestable construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. A pesar de los riesgos que implica para la privacidad la cada vez mayor exposición de los ciudadanos a la comunicación digital, se parte de la premisa de que canales

como Facebook o Twitter no solo tienen una protección constitucional análoga a otros medios de comunicación social, sino que son instrumentos especialmente importantes para horizontalizar en sentido democrático la opinión pública. A partir de ahí, se estudia la sesgada aproximación que los poderes públicos, especialmente el jurisdiccional, están mostrando a la hora de revisar los posibles ilícitos digitales tanto en el ámbito civil como penal. Reivindica el autor una necesaria actualización no solo de las reglas que abordan dichos ilícitos desde la perspectiva de los derechos de la personalidad, sino una contextualización jurídica de conductas socialmente reprochables que sin redes sociales no pasarían de lo meramente anecdótico.

En el tercer trabajo, *Patricia Mindus* aborda un tema especialmente importante y poco analizado: el gobierno de Internet. Parte la autora de la premisa de que la libertad política requiere de unas condiciones para que cada ciudadano pueda participar de manera directa o indirecta en la formación de la voluntad popular. Pues bien, mientras en el Estado esas condiciones deliberativas están garantizadas a través de distintos sistemas institucionales, en muchos casos jurídicamente controlados, en Internet nos encontramos con un espacio de mediación de carácter básicamente privado, donde interactúan sujetos gubernamentales y no gubernamentales a través de reglas muchas veces informales, creadas a través de procesos de autorregulación. La red no es, por tanto, un medio neutral para fundar nuevas comunidades políticas independientes de los viejos prejuicios históricos, jurídicos o políticos, como han pretendido hacer creer las posiciones más libertarias, sino un contexto físico en el que poderes invisibles pueden disciplinar sin dificultad (Foucault) las formas de decisión individuales y colectivas, de acuerdo a intereses no siempre declarados.

Los cambios en el ámbito del periodismo digital son estudiados por *José de Miguel Bárcena*. El objeto de su trabajo es verificar primero las transformaciones que ha sufrido el periodismo en los últimos años, principalmente a partir de la crisis editorial global y el declinar de las cabeceras tradicionales, se constatan los procesos de individualización producidos por la aparición de nuevas maneras de informar (blogs, redes sociales), que en cualquier caso estarían garantizadas desde el punto de vista de la libertad de comunicación reconocida en la Constitución española. La aparición de un nuevo periodismo, muy vinculado a formas de participación ciudadana más activas, hace necesario cuestionarse si el ciberperiodismo está redefiniendo derechos fundamentales como el secreto profesional o si la diligencia informativa es aplicable en todos sus términos a sujetos que no forman parte de medios de comunicación social institucionalizados.

*Elena García Guitián* aprovecha su estudio para aportar claridad conceptual y discursiva en torno al efecto que las nuevas tecnologías tienen en la

participación ciudadana. Destaca en primer lugar el profundo dualismo que se produce entre los que utópicamente observaron a comienzos de la década de 2000 grandes transformaciones democráticas como consecuencia del uso de nuevas tecnologías en el contexto del activismo, y aquellos que con el paso de los años comienzan a llamar la atención sobre los problemas para insertar el giro digital en los sistemas políticos realmente existentes. Centrado en el aspecto metodológico, el trabajo llama la atención sobre la necesidad de partir de un concepto de democracia previamente definido, que conjugue los puntos de vista tanto organizacionales como propiamente ciudadanos, para poder analizar los efectos de las TIC en los sistemas políticos contemporáneos.

La compleja cuestión de los datos personales es abordada en este monográfico por *Oreste Pollicino*. El autor italiano analiza la forma en que se garantiza el derecho a la protección de los datos personales desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel. Para empezar, se estudia el contenido material de tal derecho en la Constitución europea y el problemático desarrollo realizado por el legislador comunitario. Después se llama la atención sobre las importantes decisiones jurisdiccionales que han servido en los últimos tiempos para modificar el paradigma normativo construido por las instituciones nacionales y supranacionales: a partir del diálogo jurisprudencial que caracteriza la interacción entre tribunales estatales y europeos, se estudian las recientes sentencias que han servido, por ejemplo, para resituar el papel de los sujetos privados en la garantía de derechos (asunto *Google Spain*) o para considerar la proporcionalidad de decisiones que desvelan la profunda injerencia de las posibilidades tecnológicas en la privacidad de los ciudadanos (asunto *Schrems*). El trabajo termina llamando la atención sobre cómo el ordenamiento comunitario va adquiriendo centralidad axiológica en el contexto de la mercantilización de datos entre Gobiernos y empresas.

Otro de los objetivos del presente colectivo es indagar sobre la relación entre la Administración Pública y el uso de las nuevas tecnologías. *J. Ignacio Criado* analiza la cuestión partiendo de un nuevo concepto, la gobernanza inteligente, que serviría para agrupar el conjunto de fenómenos que poco a poco van integrando los sistemas administrativos con el objetivo de ser más útiles para la ciudadanía: hablamos de la filosofía 2.0, el uso de los datos para ofertar mejores servicios, la aparición de la transparencia como valor primario y la emergencia de las redes sociales como forma de participación tendente a la mejora del funcionamiento de los Gobiernos. El artículo no se para en cuestiones teóricas, sino que llama la atención sobre distintas experiencias tecnológicas que han servido para profundizar y mejorar la colaboración entre las administraciones, los ciudadanos y los propios empleados públicos.

*Miguel Ángel Presno Linera* se encarga de explorar las posibilidades normativas y empíricas de incorporar a nuestros sistemas electorales el voto elec-

trónico. Según el autor, dicha incorporación debe estar siempre al servicio de la mejora y facilitación del derecho de participación política, advirtiendo que la introducción de innovaciones tecnológicas no conduce necesariamente a la mejora de la democracia o a tomar mejores decisiones políticas. El voto electrónico debe respetar todas las características constitucionalmente garantizadas del sufragio: ha de seguir siendo universal, libre, secreto, igual, directo y personal, exigencias que actualmente no concurren ante la ausencia de una plenitud de instrumentos «virtuales». En todo caso, al margen de la necesaria infraestructura electrónica, antes de adoptar este tipo de instrumentos, debe desarrollarse un importante debate político, institucional y social, en el que se expongan con claridad las distintas opciones en presencia, los objetivos que se pretenden alcanzar y sus fortalezas y debilidades.

En el último de los trabajos, a cargo de *Enrique Cebrián Zazurca*, se realiza un repaso a los cambios experimentados en el Estado democrático, como consecuencia del advenimiento de Internet, en forma de ensayo bibliográfico. Para ello, se detiene en los siguientes cuatro aspectos: la institución parlamentaria y la democracia representativa, el derecho de participación en los asuntos públicos, la formación de la opinión pública y las libertades de expresión y de información. Colofón necesario para un monográfico que no podría haberse llevado a cabo sin el interés y las posibilidades ofrecidas por la Revista y sin la dedicación y la diligencia mostrada por los autores a la hora de llevar a cabo sus respectivos trabajos.

ELENA GARCÍA GUITIÁN Y JOSU DE MIGUEL BÁRCENA  
*Coordinadores del número monográfico*



# LA DIGITALIZACIÓN DE LA CONVERSACIÓN PÚBLICA: REDES SOCIALES, AFECTIVIDAD POLÍTICA Y DEMOCRACIA

The digitalization of public opinion: social networks, political sentiment and democracy

MANUEL ARIAS MALDONADO

Universidad de Málaga

## *Cómo citar/Citation*

Arias Maldonado, M. (2016). La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 27-54.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.01>

## **Resumen**

Este trabajo aborda el impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación sobre la democracia. Y lo hace mediante el análisis del proceso de digitalización de la conversación pública, por entender que ésta es decisiva —en los regímenes de opinión— para la calidad del proceso político democrático. Se atiende por ello primordialmente al efecto que produce sobre los ciudadanos el empleo de las redes sociales y demás plataformas digitales, en el marco de una concepción de aquellos como sujetos afectivos influidos por sus emociones y sensaciones preconscientes. Se defiende la tesis de que las redes digitales son tecnologías intrínsecamente afectivas cuya influencia sobre la intelección y la acción política obliga a reconsiderar las concepciones vigentes sobre las democracias liberales realmente existentes.

## **Palabras clave**

Democracia; redes sociales; tecnología; digitalización; afectos; emociones políticas; opinión pública.

## **Abstract**

This article deals with the impact of new communications technologies on democracy. It does so by analysing the processes by which public opinion is being



partly digitalized - on account of the decisive importance that the quality of public opinion possesses for the quality of democracy. The focus is on the effects of citizens' usage of social media and other digital platforms. Citizens themselves are mainly considered as affective subjects influenced by their own emotions and preconscious sensations. Social networks turn out to be intrinsically affective technologies, whose strong influence on political socialization and mobilization forces us to reconsider current understandings of actually existing liberal democracies.

**Keywords**

Democracy; social networks; technology; digitalization; affects; political emotions; public opinion.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. FENÓMENOS DE LA ATENCIÓN: DE LA DIGITALIDAD A LA AFECTIVIDAD. 1. El giro digital. 2. El giro afectivo. III. LA DIGITALIZACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA. 1. Del ciudadano sentimental a los público afectivos. 2. Virtudes de la digitalización. IV. MUTACIONES DEMOCRÁTICAS EN LA ERA DIGITAL. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que los últimos años han sido fértiles en acontecimientos políticos de gran resonancia pública: de la crisis del euro al referéndum escocés, de los atentados islamistas al problema migratorio, del ascenso de los populismos a los problemas de gobernabilidad postelectoral. En sí mismos, no constituyen una novedad radical; la historia abunda en momentos críticos. Sin embargo, la sociedad que los produce ha cambiado por efecto de las nuevas tecnologías de la información y eso está produciendo una transformación en el modo en que los fenómenos políticos son recibidos, percibidos y discutidos en la esfera pública. En cada uno de esos casos, especialmente con motivo de sucesos concretos que intensifican las comunicaciones —ya se trate de un atentado, un referéndum o un debate televisado—, se dejan ver con claridad las consecuencias más aparentes de la digitalización de la esfera pública: en paralelo al suceso tiene lugar un debate a través de las redes sociales cuyos rasgos dominantes son la polarización ideológica y la afectividad expresiva. Simultáneamente, esas redes producen por sí mismas efectos políticos facilitando la difusión de campañas de todo tipo y propiciando la movilización de públicos emergentes alrededor de las mismas: apoyo a movimientos de austeridad como el 15M, a grupos xenófobos como Pegida, reprobación pública de quienes incurran en *gaffes* amplificadas digitalmente. A ello habría que sumar las herramientas que proporciona para la captación de futuros miembros de movimientos políticos y grupos terroristas, como el fenómeno del yihadismo ha demostrado sobradamente. En un sentido más amplio, la digitalización ha transformado el entorno en que se desenvuelven nuestras vidas cotidianas y, con ello, alterado el modo en que se configuran nuestros regímenes de percepción.

Pues bien, no es en absoluto casual que esta transformación de la esfera pública —y por tanto de las democracias que las albergan— coincida con dos

de los desarrollos más reseñables que han venido experimentado las ciencias sociales en los últimos años: por un lado, el giro digital que trata de dar cuenta del impacto social de las nuevas tecnologías de la información; por otro, el giro afectivo que se propone desvelar el papel que las emociones juegan en la constitución y desenvolvimiento del sujeto político y, por lo tanto, de la propia democracia. Digitalidad y afectividad se nos aparecen así como fenómenos cuya comprensión se hace imprescindible para iluminar el proceso de cambio que están experimentando nuestras sociedades; un proceso impulsado en gran medida por el primero de ellos, pero cuyo curso puede verse influido considerablemente por el segundo: una sociedad que otorgue de manera estructural más importancia a los contenidos afectivos que a los racionales —bien sea espontáneamente o a través del proceso político— corre ciertos riesgos que conviene tener presentes y empezamos a apreciar: polarización del debate público, dificultad para el acuerdo político, tendencia al hiperliderazgo y el plebiscito *de facto*. A cambio, puede también ofrecer algunas oportunidades si con ello se logra una mayor inclusión y participación ciudadana. En cualquier caso, es importante subrayar que digitalidad y afectividad no son dos procesos separados que influyen de manera independiente sobre la sociedad que los produce. Ya que las redes sociales que hacen posible el *poliólogo* ciudadano son un medio particular de comunicación caracterizado por su afectividad, o lo que es igual, por servir como vehículo privilegiado de transmisión y difusión de contenidos afectivos y para la consiguiente formación de públicos afectivos que se relacionan emocional y expresivamente con los asuntos públicos de su interés o hacia los que su interés es atraído mediante el contagio viral propio de las redes. Desde este punto de vista, la digitalización produciría un efecto de sentimentalización sobre la conversación pública y con ello sobre la democracia representativa.

A la exploración de este problema se dedica este artículo, que se estructurará como sigue. En primer lugar, se aclarará el sentido en que puede hablarse de los dos giros mencionados en la ciencia social: el digital y el afectivo. A continuación, se describirá el ideal normativo de la opinión pública, a fin de que puedan situarse en su debido contexto los cambios provocados en ella por las nuevas tecnologías de la información. En tercer lugar, se describirán las patologías de la conversación digital, con especial atención a su dimensión afectiva. Sus posibles efectos benéficos serán también discutidos, con objeto de evitar cualquier tentación catastrofista. En cuarto lugar, se discutirán las consecuencias que tiene para la democracia el doble proceso de la digitalización y la sentimentalización, prestándose especial atención a dos nociones relacionadas que tratan de capturar las singularidades de aquellas: las de democracia «ocular» y democracia «sensorial». Una conclusión cierra el trabajo.

## II. FENÓMENOS DE LA ATENCIÓN: DE LA DIGITALIDAD A LA AFECTIVIDAD

Es razonable afirmar que se ha desarrollado en la esfera académica una suerte de industria giratoria, merced a la cual los así llamados giros o cambios de paradigma se suceden unos a otros a velocidad endiablada. Hemos conocido así los venerables giros lingüísticos, pragmático y simbólico, que habrían dado paso en su momento a un giro cultural y narrativo que coexistió con el postcolonial, hasta que los giros sociales, afectivo, mediático y semántico hubieron preparado el terreno para un giro digital que es, también, cooperativo y de movilidad. Si una etiqueta tiene éxito, al fin y al cabo, sus promotores se convertirán en estrellas dentro del gremio, razón por la cual merece la pena intentarlo. La contrapartida es que esta sucesión de maniobras terminan por producir una cierta fatiga metodológica cuyo efecto colateral es restar verosimilitud a las nuevas anunciaciones teóricas (cfr. Hug, 2013). Al menos, de entrada; esto es, hasta que no se haya verificado la solidez de la propuesta correspondiente. Ha de dilucidarse por ello brevemente si los giros aquí atendidos —el digital y el afectivo— tienen plausibilidad suficiente: si está justificando darles carta de naturaleza en atención a los fenómenos descritos y al movimiento por ellos provocado dentro de su campo de conocimiento, o se trata, por el contrario, de una exageración publicitaria producida en el ámbito de las ciencias sociales. Huelga decir que nos limitaremos a bosquejar el contenido de cada uno de estos desplazamientos de la atención teórica, sin profundizar en sus implicaciones.

### 1. EL GIRO DIGITAL

En principio, la difusión de Internet fue rápidamente saludada como demostrativa de una «segunda era mediática» (Poster, 1995), consolidando la época de los «nuevos medios» (Flew, 2002) en el marco de la «era de la información» (Webster, 2006) y la «sociedad red» (Castells, 1996). Su novedad principal es que no se trata sólo de medios receptores, sino de un sistema de comunicación entre individuos que adopta forma reticular. Manuel Castells (2008) ha hablado al respecto del tránsito de los medios de comunicación de masas, verticales y unilaterales, a una autocomunicación de masas donde los propios consumidores se convierten ahora, simultáneamente, en productores: eso que designa con la espantosa palabra «prosumidor». En las ciencias sociales, Internet se considera intrínsecamente diferente de otras tecnologías de masas, porque su interfaz está individualizada y su estructura es descentralizada (Cavanagh, 2007; Fuchs, 2008). Para unos, el giro digital es un resultado de la globalización y de la expansión de las tecnologías de la comunicación;

para otros, el giro digital es una variación del más amplio «giro mediático». Y no faltan voces que sostienen que la innovación tecnológica ha sufrido un retroceso en nuestra época, comparada con la cualidad revolucionaria de disrupciones anteriores. Morozov (2013), por ejemplo, minimiza la importancia de las nuevas tecnologías digitales y acusa a los defensores del giro en cuestión de hacer «epocalismo», por cuanto sólo tienen ojos para las novedades y no para las lógicas continuidades con el inmediato pasado sociotécnico.

Sin embargo, parece sensato reconocer la existencia y el impacto de un giro digital, por el que hay que entender simultáneamente un proceso de digitalización de las economías, la cultura y la política, así como una atención creciente de las ciencias sociales hacia el mismo. Su verosimilitud se asienta, al menos, en las siguientes razones: i) nuestras vidas están cada vez más medidas por las tecnologías digitales y la propia subjetividad está cambiando en consecuencia; ii) las formas tradicionales de organización política, cultural y económica están transformándose por efecto de la digitalización; iii) la producción y reproducción social del conocimiento se están viendo alteradas y adoptan formas hasta ahora inéditas; y iv) la digitalización produce ideologías propias que modifican nuestra percepción de la realidad y de nosotros mismos, así como novedosas costumbres y formas de interacción.

Se diría así que estamos al comienzo de un cambio en los estándares que gobiernan los problemas, conceptos y explicaciones dominantes, así como en plena transformación de las condiciones de posibilidad para la generación, transmisión, acceso y preservación del conocimiento. Decisivamente, en los últimos años habríamos vivido una era de «exuberancia informativa» (Chadwick, 2009), concepto que alude a la disposición creciente de los ciudadanos a producir, reproducir y compartir contenidos mediáticos, con el propósito —consciente o no— de crear bienes públicos para la organización y coordinación política formal e informal. No hace falta añadir que las redes sociales, ambiguas en su estatuto a la vez privado y público, han sido las protagonistas principales de este fenómeno. Adicionalmente, este desarrollo de la conectividad y de las tecnologías móviles —por no hablar de una revolución computacional menos visible— sugiere la necesidad de plantear un debate riguroso sobre el nacimiento de una cultura que es, a la vez, global y posthumana. Por una parte, un conjunto de culturas heterogéneas interactúan en un mundo globalizado y conectado en red gracias a las tecnologías de la información: la globalización modifica prácticas y culturas locales, mientras los medios digitales alteran y reconstruyen la identidad y las relaciones sociales y políticas en un sentido más amplio. Por otra, ya no existen ni el sujeto ni la máquina por separados, sino que ambos operan juntos a la manera de un híbrido. Tal como se pregunta Lev Manovich (2014): «¿Qué es la cultura después de ser ‘softwareizada?’». Hay pocas dudas, pues, de que el giro digital ha tenido lugar.

## 2. EL GIRO AFECTIVO

Por su parte, el giro afectivo en las ciencias sociales describe la atención creciente que estas vienen prestando en los últimos años al conjunto de procesos preconcientes o espontáneos que, bajo la denominación general de *afectos*, ejerce su influencia sobre los individuos a la hora de percibir la realidad y desenvolverse en ella. Esto supone una expansión del ámbito de estudio de las ciencias sociales, cuya atención se vuelve hacia los sentimientos, los recuerdos, la vida cotidiana, la esfera de lo material (Wetherell, 2012: 2). Y aunque es verdad que este análisis del sujeto —y de los efectos agregados que los afectos individuales producen en el orden colectivo— es continuación de los viejos temores sobre las limitaciones de nuestra racionalidad, la novedad estriba en el carácter multidisciplinar de los esfuerzos en curso, con mención especial para las aportaciones que provienen de las neurociencias y la psicología política informada por ella.

Topamos aquí con una paradoja. El relativo olvido en que cayeron las emociones dentro de las ciencias sociales durante las décadas de los años setenta y ochenta puede explicarse por dos razones: primero, que se las consideraba elusivas y refractarias a la indagación científica; segundo, se asumía que la modernización social las iría relegando a un papel secundario (Brader y Marcus, 2013: 265). Pero no ha sucedido ni lo uno ni lo otro, sino lo contrario. Si las neurociencias han suministrado nuevas herramientas de análisis, la polarización política y la influencia de las nuevas tecnologías de la información, en conjunción con una cultura cada vez más audiovisual y menos escrita, han devuelto a las emociones un papel prominente en la articulación de la opinión pública, al tiempo que se producía una relegitimación de las formas emocionales de expresión en la esfera privada y aun en la expresión artística. Si las nuevas tecnologías producen el giro digital en las ciencias sociales, su equivalente afectivo responde a una doble causa: a la nueva prominencia de los afectos en las democracias avanzadas y al hecho de que las ciencias sociales y las humanidades han llegado a ellas en el curso de su programa epistemológico, elemento central al cual es la sospecha sobre las dobleces de la razón liberal o ilustrada. Esta, en fin, se redescubre cercenada por la influencia de las emociones, las patologías del razonamiento o los espejismos de la percepción.

No se trata de otorgar a la emoción el mando de nuestra cabina decisoria, sino de sugerir que razón y emoción son dos sistemas complementarios que se alternan en nuestro cerebro para la toma de decisiones complejas: uno es lento pero preciso, el otro es rápido e impreciso. Es lo que viene a decir Daniel Kahneman (2011) cuando describe dos sistemas de toma de decisiones: el Sistema 1, intuitivo y rápido, en sus distintas variantes; y el Sistema 2, basado en la pausada deliberación interna con empleo de la información disponible.

Pero, como él mismo apunta, la emoción juega ahora un papel mucho más importante en nuestras explicaciones sobre los juicios intuitivos y la toma de decisiones de lo que solía. Evidentemente, el problema estriba en determinar cuál es el peso relativo de cada uno de estos elementos de la subjetividad, tanto consciente como preconsciente, en su desenvolvimiento (cfr. Neuman *et al.*, 2007). Esto significa, entre otras cosas, que no somos agentes soberanos (Krause, 2011). Ya que el yo protagonista de la agencia individual no ejerce pleno control de su actividad. Y si la agencia puede definirse como la afirmación de la existencia subjetiva mediante la acción en el mundo, su protagonista resulta ser un sujeto reflexivo y capaz, pero no soberano. Emergen de aquí dos grandes temas: el papel del afecto como motor del comportamiento (función de motivar, dirigir, priorizar el cerebro) y la compleja interacción de afecto y cognición (cfr. Scherer, 2005). Hablamos, pues, de estudiar el modo en que los ciudadanos, mezclando impulso y cálculo, deciden qué les es políticamente significativo. Y de ahí, huelga decirlo, su importancia para la teoría política.

A la hora de trazar un retrato del ciudadano sentimental, habría que comenzar por advertir que condenar la emoción no sirve para nada, ni tiene sentido del todo. No es tanto que la emoción tenga razones que la razón no entiende, sino que no pueden desligarse una de otra tan fácilmente. Patrick Miller (2011) ha señalado incluso que el compromiso político suele ser un fuerte desencadenante de emociones, y que éstas no deben ser vistas necesariamente como un elemento que ciega o distorsiona el juicio racional: la emoción interactúa con la reflexión y la motivación, especialmente en aquellos ciudadanos más sofisticados políticamente. No podemos, pues, escapar de las emociones. Tal como la citada obra de Kahneman ha demostrado, lo que opera dentro de nosotros es una dualidad de sistemas, uno intuitivo y otro reflexivo, que *compiten* por tomar el control de nuestras decisiones. Sin duda, el primero está mucho más informado por las emociones que el segundo, que es el que corrige, si le es posible, al primero: el primero quiere fumar *hoy*, el segundo quiere tener una larga vida *mañana*. Pero nuestra reflexión no está libre de la influencia de las emociones y los sesgos cognitivos e informacionales.

Pese a ello, la cognición es más costosa y lenta, razón por la cual tendemos a trabajar mediante una toma de decisiones intuitiva o emocional cuando nos encontramos bajo presión. Y cuando la razón y las emociones colisionan, ganan invariablemente estas últimas, tal como Westen ha puesto de manifiesto en su estudio sobre «el cerebro político». A su juicio:

*El cerebro político es un cerebro emocional.* No es una máquina de cálculo desapasionada, que busca objetivamente los hechos, datos y políticas correctas para tomar una decisión razonada (2007: xv).

Más aún, esta propensión emocional puede predicarse *también* de los ciudadanos más cultivados y presuntamente autónomos: a cada cual, pues, sus sesgos. Y aunque las emociones suelen proporcionar una guía adecuada para las decisiones —incluidas las electorales— son muchos los sesgos del voto individual que generan problemas colectivos. Baste pensar qué pocas probabilidades de victoria tiene un candidato que diga la verdad o haga una campaña llena de malas noticias. A ello hay que sumar el efecto distorsionador que produce la falta de información por parte de la mayoría de los votantes, variable que no carece de importancia. Tal como ha documentado Popkin (1994), el votante suele tener unas creencias prefijadas que trata de apuntalar, por lo general, con el mínimo posible de información; de ahí que lo describa como un «avaro cognitivo». Por eso, como ha explicado convincentemente Giovanni Sartori (2005), tampoco el votante *real* tiene mucho que ver con el votante *ideal*: si éste es un sujeto pragmático que construye sus preferencias a partir de la información, aquél ignora los asuntos concretos y se adhiere a imágenes de partido con las que mantiene una relación sentimental (si no identitaria: *ser* de izquierdas, *ser* de derechas). El votante medio es así un gran simplificador de la realidad. Y como tal, una criatura sensible al impacto de categorías simplificadoras como la casta, los inmigrantes o el capitalismo. El votante racional es así un mito más que una realidad (Caplan, 2008).

Aspecto determinante de la afectividad política, por lo demás, es la pertenencia ideológica: el sentimiento de identificación con un grupo que implica la descalificación de sus rivales. Para Joshua Greene (2013) este problema tiene un origen evolutivo: los mismos mecanismos que han facilitado la cooperación intragrupal dificultan sobremanera la cooperación intergrupala, separando a los grupos humanos en distintas «tribus morales» con valores diferentes. Greene identifica las tendencias psicológicas que exacerban el conflicto intertribal —desde una tribalidad innata al ser humano hasta formas sesgadas de equidad— y, parafraseando a Kahneman, distingue entre una moralidad *lenta* y una moralidad *rápida*: la primera está ligada a la cognición y la segunda a la intuición, ganando una en flexibilidad lo que la otra tiene de eficiente. Para Jonathan Haidt (2012), el instinto tribal, que facilita la cooperación intragrupal, condiciona nuestra percepción de los hechos y los valores, de forma que sobrestimamos las virtudes propias y magnificamos los defectos ajenos, a menudo sin ser conscientes de estar haciéndolo. Pensemos en la indulgencia con la corrupción de los propios, rápidamente convertida en dureza contra la ajena. Pero lo relevante es que esa adscripción tribal resta importancia al *contenido* de las creencias, para otorgársela a los *sentimientos* que experimentamos: hacia dentro y hacia fuera. Más bien, las creencias concretas servirían como un pretexto, una justificación racional de las emociones que nos lleva a rechazar a quienes pertenecen a un grupo distinto *qua* distinto.



### III. LA DIGITALIZACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

Sin duda, uno de los lugares —aunque no sea un lugar en sentido estricto— donde la sentimentalización de la democracia se deja ver con más claridad es la esfera pública, es decir, allí donde se desarrolla la conversación pública que es, a la vez, creadora de opinión con influencia sobre el gobierno y sobre los ciudadanos, así como parte del proceso político en tanto esfera de creación y transmisión de significados y percepciones. Tiene así plena lógica que las transformaciones en la esfera pública, que lo son también del modo en que se desarrolla la conversación colectiva, hayan de ser observados con atención: el tono de la opinión pública constituye la atmósfera en que se desenvuelve la democracia. Y en nuestros días, desencadenada ya de forma abierta la revolución de las tecnologías de la información, es necesario preguntarse cuál es el impacto de la digitalización sobre la conversación pública, lo que supone discernir la medida en la cual esta conversación pública contribuye a exacerbar los sentimientos de sus integrantes o incrementa, por el contrario, sus contenidos de razón estructurando el debate con arreglo a reglas orientadas a tal fin. A sabiendas, valga la cautela, de que no ha existido aún ni existirá jamás una democracia asentada en un impecable uso público de la razón.

Sabido es que la esfera pública está formada por un conjunto de instituciones políticas, prácticas y actividades cuyos participantes intercambian ideas sobre asuntos de interés público. Es verdad que existen notables discrepancias en la literatura acerca de la modernidad o antigüedad del fenómeno y sobre los contornos precisos de la misma (cfr. Ward, 2014). Habermas (1981), autor del estudio de referencia sobre su evolución histórica, excluye de ella a las familias y los mercados, a pesar de que podría argüirse que las primeras son un espacio de socialización y conversación privada con una clara influencia sobre las percepciones sociales y que el mercado posee virtudes epistemológicas indudables por mor de su capacidad para transmitir información sin necesidad de una distribución centralizada. Por otro lado, aunque la institucionalización de la función de la opinión pública en las democracias representativas hubo de esperar a la transformación ilustrada del fenómeno, ligado a la aparición de nuevas formas de conversación y difusión de las opiniones, parece probado que la *pubblica voce* de Maquiavelo, antes *vox populi* romana, no dejaba de cumplir una función en los regímenes políticos precedentes; una función, cabe decir, aún más difusa de la que cumplen hoy dada la ausencia de mecanismos democráticos de elección que obligasen a los gobernantes a buscar el apoyo de los ciudadanos, que no obstante les convenía recabar para no convertirse a sus ojos en tiranos susceptibles de ser resistidos mediante la rebelión. Por lo demás, que el papel de la opinión pública en las democracias liberales no pueda ser institucionalizado de manera más

precisa responde a su propia naturaleza amorfa y dinámica, además de a elementales cuestiones de escala.

Desde sus mismos orígenes, pertenece al campo semántico de la opinión pública la idea de que las posiciones públicas han de fundamentarse. Hay una dimensión prescriptiva del concepto que remite a la forma en que el debate público *debería* conducirse, que tal vez habría de entenderse como la aspiración a extender al conjunto de la opinión pública el modo en que siempre se han conducido algunos segmentos de la misma, en contraposición a formas menos sofisticadas de comunicación no por ello menos importantes en la formación de la opinión pública: desde la profecía al grafiti. Hablamos así de un *ideal* y de una *práctica*. A este respecto, en su indagación histórico-conceptual, Lucian Hölscher (1978) ha puesto de manifiesto cómo son las nuevas instituciones burguesas —conciertos públicos, teatro, revistas morales y satíricas, salones— las que permiten el desarrollo de una nueva esfera pública a la que se proporciona un nuevo valor estético, moral y racional. Son aquellos espacios en los que el público instruido se comunicaba entre sí, limitación de entrada que relativiza la dimensión propiamente pública del fenómeno. Ya en el siglo XVIII, se ha consolidado la idea del público como sociedad burguesa educada:

El público era un colaborador ficticio, que podía encontrarse en libros y revistas en forma de clientes y amigos, al que se podía llamar como testigo en los conflictos de opinión y era sobre todo reconocido como juez capaz de dar la opinión final en toda clase de contiendas callejeras (Hölscher, 1978: 437).

Sucede que la intensificación de las comunicaciones —su adensamiento progresivo— dio paulatinamente realidad a esa ficción, constituyéndose así una «sociedad» dentro de la sociedad formada por aquellos de entre sus miembros capaces de tomar parte en la conversación pública con los medios disponibles en su época. También entonces se añade a la idea de público una dimensión política que nunca lo abandonará: el público como parte activa de la vida pública del Estado. La esfera pública lingüística fue considerada por los ilustrados como racional y egalitaria, pudiendo así entenderse como modelo para una esfera pública política igualmente racional y egalitaria. Hölscher cita una significativa sentencia de Johann Michaelis, quien escribía en 1759 que «la lengua es una democracia» [*Die Sprache ist eine Demokratie*]. Y una democracia, se suponía, de calidad.

Doscientos cincuenta años después, no somos tan optimistas. El colapso de las democracias liberales en el período de entreguerras y el triunfo de unos totalitarismos más que dotados para la manipulación propagandística de las opiniones públicas quebrantó para siempre la fe en la capacidad civilizadora

de la conversación colectiva. No porque esa capacidad no exista, sino porque nada garantiza que pueda lograr sus objetivos ni impide el desmoronamiento por la pendiente opuesta de la descivilización. En el conocido ensayo de George Orwell (2000) sobre la relación entre el lenguaje y la política, ha desaparecido todo rastro democrático del primero debido a su colonización por la segunda: ideologías y partidos privan a las palabras de todo significado claro, a la vez que demandan una adhesión de sus simpatizantes que impide la búsqueda de la verdad que llama a las cosas por su nombre. Por su parte, Victor Klemperer (2007) registró minuciosamente el gradual envenenamiento del pueblo alemán por medio del lenguaje contaminado del nazismo. Súmese a eso la crítica que autoras como Nancy Fraser (1992) o Jane Mansbridge (1990) elevan contra el ideal deliberativo ilustrado —por la cualidad excluyente que poseen las diferencias de estatus y competencia cognitiva entre distintos ciudadanos— y comprobaremos que la esfera pública de raigambre ilustrada goza, al menos aparentemente, de mala salud. En gran medida porque, como reconoce el propio Rawls cuando plantea la necesidad de que las contribuciones de los ciudadanos a las discusiones públicas se ajusten a ciertas reglas, no puede obligarse a nadie a respetarlas, sino solamente confiar en que cada uno se esforzará en hacerlo cumpliendo un «deber de civilidad» (Rawls, 1993: 217). Pero es un deber moral que adopta la forma de una cortesía interactiva, no una obligación legal exigible ante tribunal alguno.

Pues bien, ese deber de civilidad parece estar más ausente que nunca de las esferas públicas occidentales desde que este tiene lugar mayormente *online* a través de las nuevas tecnologías de la información. A través de distintos instrumentos que van desde las redes sociales hasta los blogs y las secciones de comentario adosadas a las distintas webs de información y opinión, asistimos a una suerte de creación *en vivo* de la opinión de la que los ciudadanos pasan a ser co-protagonistas. La era de la comunicación vertical de masas ha dejado paso a una mayor desarticulación del proceso de creación de la opinión pública en la que los medios tradicionales coexisten con ese fenómeno que Manuel Castells (2008) ha llamado, muy perceptivamente, «la autocomunicación de masas», caracterizada por la activa participación de los propios ciudadanos en la creación y difusión de contenidos, que a su vez pueden ser comentados instantáneamente en ambas direcciones. Por supuesto, cada instrumento digital posee sus propias características, que dan lugar a diferentes subtipos conversacionales: no es lo mismo Twitter que Facebook, ni participar en estas plataformas es lo mismo que hacer comentarios a un blog o a una noticia periodística. Pero pueden describirse algunos rasgos que caracterizan el uso dominante de todas ellas, aun cuando las conclusiones que puedan extraerse al respecto no dejen de adolecer de cierta provisionalidad, dada la novedad de las herramientas en cuestión —bien podemos estar en una fase de *juego* social con

las mismas para familiarizarnos mejor a ellas—. Tampoco, dicho sea de paso, deberíamos tomar estas formas de comunicación como novedades absolutas sin precedentes, porque los hay, en distintas formas: desde los grafitis que servían para comunicar mensajes de toda índole en los muros de las ciudades romanas hasta las frecuentísimas cartas diarias que intercambiaban con sus amigos Séneca o el vizconde de Valmont, a la manera de la mensajería instantánea de ahora mismo (cfr. Standage, 2013).

## 1. DEL CIUDADANO SENTIMENTAL A LOS PÚBLICO AFECTIVOS

¿De qué manera se ven potenciados o atenuados estos rasgos afectivos en la esfera pública por efecto de la influencia de las nuevas tecnologías que, sobre todo mediante las redes sociales, se han convertido en mediaciones decisivas en la relación del ciudadano con la vida política? La hipótesis más plausible es que un ciudadano ya propenso de suyo a la sentimentalidad —en el sentido de sujeto sometido al efecto político de sus afectos— se vuelve aún más sentimental con el uso de las nuevas tecnologías de la información. Estas son por tanto redes afectivas, cuyo uso por parte de los ciudadanos es mayormente expresivo o heurístico en lugar de deliberativo; algo que también puede interpretarse como benéfico en la medida en que un mayor número de ellos se implica en la vida política adhiriéndose a comunidades políticas fluidas más o menos transitorias. Pero atendamos primero a las patologías de la conversación digital.

Hay que arrancar del hecho de que la eclosión de los medios digitales han provocado la fragmentación de la oferta informativa; vale decir, también, de la oferta de sentido. Y esa fragmentación habría privado a los medios tradicionales de masas de su monopolio relativo sobre la opinión. Dado que esos medios tradicionales tienden a ejercer, por su capacidad aglutinadora, una función moderadora de la opinión pública, su debilitamiento ayudaría a explicar la radicalización creciente de la opinión pública. De donde resulta la pregunta de si esta fragmentación creciente de la conversación pública no da lugar a un pluralismo demasiado agudo, para el que la democracia representativa todavía no habría encontrado solución: un pluralismo agresivo que desemboca con facilidad en maneras vetocráticas.

Para muchos comentaristas, el desorden conversacional que ha seguido a la consolidación de las nuevas tecnologías quizá no compensa la ganancia en libertad de expresión y de acceso a la información que sin duda suponen. La pérdida de las mediaciones y los filtros que ejercían los medios tradicionales de comunicación y la propia restricción estructural que imponía una tecnología más limitada habría terminado por generar una cacofonía digital. Desde este punto de vista, el ciudadano no haría tanto uso de la razón como se embarca-

ría en un uso *expresivo* de las redes, satisfaciendo sus necesidades emocionales pero dificultando el debate público racional sobre los asuntos de interés general. Más que una conversación, tendríamos ruido: todos hablan a la vez, pero nadie escucha a los demás. Pensemos en el fenómeno de los *trolls*, usuarios que dinamitan los intercambios digitales con una retórica incendiaria o la simple obstrucción de la conversación ajena. No son pocos los medios que han decidido eliminar la sección de comentarios ligada a sus noticias por la imposibilidad de combatir eficazmente esta plaga digital.

Habríamos accedido así a una «democracia de enjambre» (Han, 2013), una sumatoria privada de muchedumbres reactivas, que se mueven a base de flujos de halago o descalificación y que, como un seísmo, sacuden el espacio público llenándolo de ruido e impiden, la mayoría de las veces, una reflexión serena. Más que una deliberación racional e informada, las redes funcionan amplificando y modulando una *atmósfera*, un estado de ánimo público, que crea las condiciones —con su suave presión— donde el sentimiento y las acciones individuales y colectivas tienen lugar, y donde operan gobiernos, empresas, ONGs, universidades, etc. No habría tanto persuasión como contagio. De ahí la metáfora del virus, en su acepción informática y cultural: *going viral*. Aun cuando, como ha puntualizado Margaret Wetherell (2012), es necesario precaverse contra el uso de esta metáfora en el contexto social, por cuanto ese contagio solo tendría lugar allí donde existe una previa identificación compartida con determinadas prácticas o posiciones: la tribu moral a la que pertenecemos o a la que nos incorporamos.

A este respecto, la viralidad digital ha contribuido también a intensificar un fenómeno de sentimentalización política que, aunque preexistente en otros formatos, ha desbordado a las esferas públicas nacionales para conectar entre sí a ciudadanos de todo el mundo: la solidaridad cosmopolita de coste cero expresada a través de una adhesión digital. Es una solidaridad que no puede entenderse desligada de la disminución de sus costes, que banalizan el compromiso e incluso lo hacen divertido en sus formas; es el llamado *slacktivism* o activismo del vago: un doble click desde el salón de casa basta para alinearnos con causas nacionales o globales donde el deslindamiento de la razón y la sinrazón morales es tan diáfano como, por ello mismo, íntimamente satisfactorio (cfr. Gladwell, 2010).

Por otro lado, la fragmentación de la opinión pública puede producir un efecto reductor de la cohesión social, al dificultar el contacto entre distintos grupos de opinión y radicalizarse las opiniones propias al no enfrentarse nunca a sus contrarias. Dado que no hay *una* red social, sino que dentro de estas elegimos a nuestros interlocutores, se ha dicho que constituyen «cámaras de resonancia» donde solo escuchamos el eco de nuestra propia voz (Sunstein, 2008). Se trata de un «efecto silo» que separa a los ciudadanos en grupos que

no se comunican entre sí. Y lo mismo se ha dicho de la blogosfera, un espacio altamente compartimentalizado donde los autores suelen vincular artículos que reflejan puntos de vista similares, reforzando las disposiciones previas del público en lugar de desafiarlas (Reese *et al.*, 2007). Todo lo cual produciría un efecto polarizador en la conversación pública. Esta «balcanización» remite a la «tiranía de la opinión pública» profetizada por Alexis de Tocqueville (2005) en 1835 tanto como al efecto de los nuevos medios de comunicación sobre nuestra conciencia colectiva que temiera Marshall McLuhan (1962), quien ya en los años sesenta advirtió que la «aldea global» podía ser un lugar claustrofóbico y desagradable. Un buen ejemplo de todo lo anterior —o sea: del enjambre, el contagio, el modo sentimental, la tiranía de la opinión— son las mencionadas *shitstorms* o, literalmente, tormentas de basura que caen sobre un personaje público o semipúblico a raíz de una acción o declaración desafortunadas. Para Byung-Chul Han, estos ataques colectivos son solamente la manifestación más extrema de un problema más amplio, a saber, la eliminación de la distancia entre los interlocutores digitales, que desemboca en una falta de *respeto* entre ellos a la hora de comunicarse entre sí que el frecuente anonimato de sus perfiles *online* no hace sino agravar:

El respeto presupone una mirada distanciada, un *pathos de la distancia*. Hoy en día, se abandona a una exhibición sin distancia, característica del *espectáculo*. [...] El respeto es la piedra angular de la esfera pública. Si aquel se debilita, esta se deteriora (Han, 2013: 7).

Esta ausencia de distancia refuerza la dimensión afectiva de las redes sociales, que facilitan por su propia naturaleza «sentimientos de implicación» (Gregg, 2011). Tal como expone Zizi Papacharissi (2015: 4), los nuevos medios inducen a interpretar las situaciones «*sintiéndonos* como aquellos que las experimentan, incluso aunque en la mayoría de los casos no podamos *pensar* como ellos». De ahí que, a su juicio, las estructuras digitales reticulares que nos permiten expresarnos y conectarnos se caracterizan por su afectividad, dando lugar por ello a «públicos afectivos»: formaciones públicas en red que son movilizadas a través de expresiones sentimentales. De ahí que en ellas predominan formas narrativas híbridas que suelen consistir en la remezcla de contenidos *mainstream*, a través de la cual son representadas afectivamente diferentes subjetividades (Chadwick, 2013). En principio, la actividad *online* facilita la formación de públicos en red alrededor de comunidades, ya sean reales o imaginadas (Howard y Hussain, 2013). Pero hay quienes apuntan que más bien producen «sentimientos de comunidad» o «el sentimiento de ser contado» (Coleman, 2013) y por tanto incorporado a la cosa pública. Más que acción colectiva, estamos ante una acción conectiva (Bennett y Segerberg,

2012); una conectividad emocionalmente recargada. Y es interesante anotar que la participación del ciudadano en las redes sociales contiene un elemento de *performance*, en la medida en que se hace algo pero al mismo tiempo se señala, subraya y adorna la acción misma (Schechner, 2002). Las redes son así espacios afectivos.

## 2. VIRTUDES DE LA DIGITALIZACIÓN

En conjunto, pues, parece que habría que valorar negativamente el impacto de las nuevas tecnologías de la información sobre la conversación pública, que habría pasado de la desatención pasiva al histerismo activo. Su contribución a la sentimentalización de la democracia no sería, por tanto, desdeñable. Sin embargo, conviene recelar de juicios tan unívocos. En última instancia, las nuevas tecnologías de la información responden en sus efectos al rasgo característico de la tardomodernidad, que es la fase durante la cual la modernidad descubre la naturaleza de sus efectos, o sea: la ambivalencia.

Sucede que cualquier valoración positiva de las redes sociales como espacios políticos donde los ciudadanos se comunican y conectan dialógicamente y afectivamente presupone un cuestionamiento del modelo clásico de la opinión pública. Papacharissi (2015: 26) es explícito al respecto: «Este enfoque asume que las democracias están basadas en la racionalidad, cuando, de hecho, son empresas caóticas dirigidas por aspiraciones de racionalidad, atrapadas en una puesta en escena diaria de *ethos*, *pathos* y *logos*». Desde esta perspectiva, el enfoque habermasiano, con su énfasis en la deliberación pública, adolecería de falta de atención a la realidad sociológica y se beneficiaría por ello de una mayor atención a las circunstancias socioculturales de los ciudadanos (Dahlgren, 2009: 5). Los espacios híbridos de la digitalidad inducen nuevos hábitos cívicos que se desvían del ideal deliberativo, pero que pueden interpretarse como democratizadores en la medida en que propician un giro afectivo que es, por definición, inclusivo. Aunque la pluralización digital no es inherentemente democratizadora, las redes sociales dan visibilidad a voces marginadas por el *mainstream* (Bimber, 1998; Berry, Kim y Spigel, 2010). Asimismo, generan nuevas oportunidades para la movilización colectiva, como demostrarían los movimientos antiausteridad europeos y norteamericanos, cuyo éxito no puede explicarse sin aludir a la dimensión afectiva de las redes digitales; en este caso, mediante la difusión de mensajes emocionalmente recargados orientados a activar la indignación como sentimiento político primario. Esta activación está vinculada a la autoidentificación del ciudadano así movilizado como víctima de una injusticia que demanda reparación. Pero más que estructuras deliberativas, hablamos de espacios de convergencia emocional donde los lazos afectivos pesan más que la persuasión racional. Es por eso que la potencia-

lidad inclusiva de los afectos políticos comunicados a través de las redes digitales posee una clara contrapartida: experimentar ciertas emociones no es tener razón. En otras palabras, la inclusividad puede cobrarse un alto precio cuando se logra a través de la emocionalidad política.

Por otro lado, allí donde unos denuncian la democracia de enjambre, otros, como James Surowiecki (2005), defienden la *wisdom of crowds* o sabiduría de las masas, a la vista de la capacidad de ciertos arreglos institucionales para procesar información de manera correcta. No sólo el mercado; también Wikipedia (Arias Maldonado, 2009). La interacción entre individuos, que la red facilita extraordinariamente al rebajar dramáticamente los costes de transacción, produciría mejores resultados que su acción separada. Los mecanismos de agregación informal en que también consisten las redes poseerían, desde este punto de vista, ciertas virtudes epistémicas.

Si nos limitamos al terreno de la expresión de opiniones políticas o morales, es evidente que la red amplía las posibilidades de influencia a un mayor número de ciudadanos, si bien, naturalmente, por razones elementales de escala, la visibilidad dependerá de la habilidad de cada uno de ellos: si todos queremos escribirnos con todos, los famosos 140 caracteres de Twitter son una unidad de atención muy razonable y no el resultado de una deliberada voluntad de simplificación. Más que un diálogo, la red propicia un polílogo entre múltiples participantes. Y, sin embargo, junto a las redes sociales masivas existen otras más especializadas y profesionales, e incluso dentro de aquéllas es perfectamente posible encapsular comunidades epistémicas o conversacionales alejadas del modelo de reproducción viral. A cambio, la divisoria liberal clásica entre la esfera privada y la pública se ve difuminada por el efecto de unas tecnologías ubicuas de las que puede predicarse una cualidad *simultáneamente* pública y privada (Athique, 2013: 208). Las redes, pues, facilitan la repolitización de los ciudadanos y son capaces de generar una «sensación participativa» que puede reforzar la legitimidad del sistema democrático.

Así pues, la conversación pública es ahora más rica y realista, a costa de resultar más caótica; las posibilidades de influencia, siempre desiguales, son mayores, dentro de lo que la escala hace posible; y es el aumento de los canales de expresión del pluralismo lo que conduce a la polarización. Quizá hay un problema de expectativas: pensar que las nuevas tecnologías iban a provocar la transubstanciación de las democracias y el público. Simplemente, estamos en una etapa de transición durante la cual la sociedad tiene que adaptarse a una tecnología profundamente disruptiva. Y conviene anotar que esa disruptión, sumada a factores sociales tan diversos como el cambio demográfico y cultural asociado a él, está ligada, en una espiral multicausal de difícil desentrañamiento, a fenómenos más amplios. Por ejemplo, el debilitamiento de los viejos partidos de masas, capaces de establecer una relación directa y continuada con



amplios segmentos de un electorado fiel que contribuía incluso económicamente a su sostenimiento, obedece simultáneamente al cambio demográfico y a la revolución tecnológica, que ponen en evidencia una rigidez organizativa aparentemente insuperable (véase Wren y McElwain, 2009). Y debilitada su función moderadora, que propicia la aparición de los *fringe parties*, o partidos insurgentes, genera la aparición de un votante menos fiel pero no necesariamente más pragmático: un *swing voter* menos racional que emocional. De ahí el período de gracia cada vez más corto del que disfrutaban los políticos electos. Se ha llegado a afirmar que los partidos tradicionales están «gobernando el vacío» (Mair, 2013). En buena medida, porque se va abriendo paso un proceso de «personalización de la política» entre cuyas manifestaciones se cuentan el desplazamiento de la acción colectiva coordinada y el ascenso de formas expresivas de acción individual que encuentran en las plataformas digitales su espacio natural (cfr. Bennett, 2012). Se deduce de aquí que las redes sociales no son culpables de todo, ni mucho menos; son, también, reflejo de tendencias más amplias a las que a su vez contribuyen.

#### IV. MUTACIONES DEMOCRÁTICAS EN LA ERA DIGITAL

Ahora bien, si las tecnologías digitales llevan adosada una ideología política de manera espontánea, es el rechazo de la mediación representativa en nombre del *do it yourself*: la participación directa del ciudadano, ya sea esta formal o informal. Este es uno de los efectos más relevantes de la digitalización en curso: su impacto sobre la legitimidad de la mediación. Se produce este en todos los órdenes: cultural (deslegitimación del experto), político (crisis de la representación), económico (lógica del mercado), simbólico (desjerarquización). En gran medida, se trata de una falsa desintermediación. Más bien, asistimos simultáneamente a un cambio en la naturaleza y la situación de las mediaciones y a un ocultamiento de las mismas (cfr. Morozov, 2013). Pensemos en los algoritmos que traducen los datos a significados, en el código que hace posibles algunas cosas pero impide otras, en las mismas plataformas a través de las cuales operamos.

Políticamente, se va abriendo paso la idea de que la vieja concepción del poder, a la vez patrimonial y vertical, está agotando su vigencia en un mundo que presencia la emergencia de nuevos micropoderes (Naím, 2013) que a menudo se sirven de las tecnologías digitales para organizarse: desde movimientos ciudadanos a expertos, pasando por la combinación de ambos. Esta nueva comprensión del poder ha sido sistematizada por Heimans y Timms (2014). Si entendemos por poder la capacidad de producir efectos intencionados, el nuevo y el viejo poder los producen de manera diferente: los nuevos modelos de poder

se basan en la coordinación colectiva y en la participación masiva, mientras que el viejo obtiene su capacidad de aquello que las organizaciones o las personas saben, tienen o controlan de manera monopolista. Las conductas generadoras de nuevo poder son de distinto tipo: se basan en compartir, en la copropiedad, en financiar proyectos ajenos colectivamente, en la producción de contenidos o productos difundidos a través de las redes sociales, en remezclar contenidos preexistentes para dar forma a productos novedosos. Transparencia, autoorganización, derecho inalienable a la participación, coordinación, afiliación condicional: son algunos de los valores asociados a esta nueva comprensión del poder, llamada a coexistir —más que a desplazar— con la tradicional.

Ahora bien, el protagonismo adquirido por los medios de comunicación durante las últimas décadas a la hora de articular la relación entre representantes y representados, que ha aumentado el poder informal de estos sobre aquellos, ha acentuado la tendencia que nos convierte en algo distinto: en espectadores. En su notable trabajo sobre el tema, Jeffrey Green (2010) lo resume así:

[...] la vasta mayoría de nuestra experiencia política, sea como votantes o como no votantes, no consiste en tomar decisiones y ejecutar acciones políticas, sino más bien en observar y escuchar a *otros* que se encuentran activamente comprometidos en esas tareas. [...] La mayor parte de los ciudadanos durante la mayor parte del tiempo no son decisores que se relacionan con la política con sus voces, sino *espectadores* que se relacionan con la política con sus ojos.

De ahí que, a su juicio, no tenga demasiado sentido seguir hablando de la «voz del pueblo»; lo relevante son sus ojos. Pasaríamos así de una democracia *vocal* a una democracia *ocular*, en consonancia con el signo de los tiempos. Si, como se señaló anteriormente, el teólogo Johann Michaelis podía escribir allá por 1759 que «la lengua es una democracia» para expresar con ello la importancia de la conversación pública como mecanismo de construcción política, ahora sería la *vista* la que habría de operar democráticamente. Este ciudadano ocular no decide por sí mismo (como el ciudadano lleno de interés en una democracia directa) ni se inhibe de decidir (como el abstencionista carente de interés alguno), sino que posee plenos derechos políticos pero se relaciona con la política primariamente como espectador: psicológicamente implicado, no lleva una vida política activa. O sea, que sólo una minoría sale a manifestarse, aunque sean muchos los que comentan la actualidad política a través de las redes sociales. Sin embargo, el ciudadano ocular *decide*. Sobre todo, mediante el voto que pone y quita gobiernos; pero también mediante el apoyo que presta o retira a gobiernos y políticas públicas concretas durante las legislaturas. El ciudadano ocular, podríamos decir, es un *voyeur* que participa periódicamente en la creación de su objeto de atención.

Para Green, el problema es qué hacer con esto: cómo dar forma institucional a algún tipo de democracia ocular que traslade el foco de la voz popular a la mirada del ciudadano. Su respuesta es interesante, al apostar por una recuperación del modelo plebiscitario de democracia debidamente corregido. Porque cuando la política concierne al espectador, el objeto principal de atención son los líderes así observados, no las leyes por ellos aprobadas; análogamente, la voz del ciudadano cuenta menos que su mirada, una «mirada del pueblo» orientada al control y la vigilancia de los líderes. Green sugiere que éstos han de aparecer en la esfera ocular, mostrarse ante los ciudadanos, antes que deliberar y negociar en la esfera vocal parlamentaria. Por todo ello, la autonomía del ciudadano no es el ideal de una democracia ocular, sino que lo será la *franqueza* de los representantes en sus apariciones ante el público. Nuestro autor no confía en la sinceridad bienintencionada de los líderes, sino que apuesta por impedir legalmente que controlen las condiciones de sus propias apariciones públicas. Buen ejemplo de ello sería el *question time* en el Parlamento británico, donde el intercambio de preguntas y respuestas entre el presidente y la oposición se hace sin papeles y alcanza una indiscutible ferocidad. Algo ingenuamente, Green cree que los líderes estarán obligados a ser francos cuando no estén escenificando; y no escenificarán cuando dejen de controlar los medios de la publicidad política. Es entonces cuando algo parecido a la acción política defendida por Hannah Arendt (1993) podrá tener lugar, siempre ante la mirada sancionadora del público: una revelación del sujeto a través del discurso, un segundo nacimiento que tiene lugar en la esfera pública y en contienda con otros sujetos. Para Green, la clave consiste en obligar a los líderes políticos a contender entre sí ante los ciudadanos y a que lo hagan de una determinada manera: sin corsés, trucos, ni mentiras.

A su juicio, este modelo de democracia es postrepresentativo, ya que los representantes no actuarían sobre la base de preferencias ciudadanas preexistentes, sino que estas preferencias emergen en el marco de la relación ocular que liga a los ciudadanos con sus líderes. Desde este punto de vista, el votante habría de actuar como un lector de literatura modernista: co-creando la obra en el acto de su recepción. Si el problema de una democracia convertida en espectáculo es la calidad del espectáculo, más manipulativo que genuino, la solución de Green es mejorar las condiciones de producción. A tal fin, Green se apoya en la concepción minimalista de la democracia defendida por Josef Schumpeter (2015). Es sabido que el pensador austríaco definía la democracia como aquel mecanismo institucional para llegar a decisiones políticas en el que algunas personas o grupos adquieren el poder de decidir mediante una lucha competitiva por el voto popular. Es una concepción minimalista porque en ella lo importante, junto al aparato constitucional que protege los derechos y libertades individuales, es la existencia de un procedimiento para la elección com-

petitiva de los gobernantes. Y esto, decisivamente, implica que los gobernados retienen la capacidad para decidir sobre aquellos, que a su vez serán responsables y habrán de rendir cuentas ante los ciudadanos. En este contexto, anota Green, el significado fundamental del mandato popular es la aprobación de leyes coherentes con las opiniones, preferencias y valores de los ciudadanos.

Ahora bien, ¿cómo sabremos si eso ha sucedido, si ese mandato ha sido obedecido o no? La respuesta es tan lógica como insatisfactoria: lo sabremos cuando los ciudadanos renueven su confianza en el gobierno. Pero si no lo hace, también lo sabremos: porque se castigará precisamente a aquel gobierno que no ha respetado esa necesaria coherencia. De manera que la democracia no puede equivocarse, porque las elecciones reflejarán siempre la medida en que los gobernantes han satisfecho las preferencias de los ciudadanos. Pero se trata de una respuesta insatisfactoria por varios motivos. Recordemos que el ciudadano castiga la incoherencia programática que se traduce en una subida de impuestos, pero aplaude a quien preveía subirlos y los bajó; del mismo modo, la mayor parte de las reformas económicas de carácter liberalizador son rechazadas inicialmente y solo aceptadas una vez demuestran su eficacia. O sea, que las preferencias (como las opiniones y las emociones) son cambiantes. Y lo son porque no son independientes de la acción del gobierno, ni del más general proceso de competencia entre los partidos que se disputan el voto popular. Preferencias, valores y sentimientos son co-creados mediante un proceso en el que intervienen diversas fuerzas: el discurso político de gobierno y oposición, las movilizaciones colectivas, la generación espontánea de opiniones y valores en el seno de la sociedad civil, la reproducción de esos distintos discursos en los medios de comunicación, los propios acontecimientos. Pero hay una jerarquía de fuerzas; no todas esas instancias poseen la misma influencia. Y es obvio que gobiernos y líderes de la oposición tienen más influencia que el resto. Aunque, a su vez, no puedan controlar el efecto de sus mensajes: porque los hay mejores o peores; más o menos eficaces.

Sucede que allí donde lo que cuenta es el efecto sobre el público —creado con el auxilio de técnicas escenográficas y medios de comunicación, cuyo efecto es amplificado por las redes sociales— antes que la calidad de los resultados o la construcción del consenso. Esto implica que la primera cualidad del representante político será la capacidad para la representación dramática. Haciendo uso de ella, el representante intentará establecer una relación directa con los ciudadanos a través de los medios de comunicación, apoyándose en las redes sociales y su efecto de proximidad emocional; una relación visual que opera en el nivel «sensacional» de las impresiones preconscientes e influye sobre la formación de emociones políticas de adhesión o rechazo. De donde se sigue que cuanto más se apoya la práctica de la democracia en su aspecto visual, más plebiscitario es también *de facto* su funcionamiento.

Cuando hablamos de los efectos sobre el público, es conveniente ponderar la medida en la cual el cerebro político es ante todo narrativo. Los seres humanos poseen una natural inclinación a estructurar la realidad a través de narraciones o historias que les permiten vincularse afectivamente con los acontecimientos (Westen, 2007). No por casualidad se ha propuesto el principio narrativo —la idea de que los seres humanos piensan, perciben, imaginan y toman decisiones morales de acuerdo con estructuras narrativas— como fundamento para la psicología política, esto es, como herramienta para la comprensión de fenómenos psicológicos como la cognición política, la toma de decisiones, la identificación ideológica o las emociones colectivas (Hammack y Pilecki, 2012). En este contexto, recordemos la crítica que Iris Marion Young hace del deliberativismo racional, acompañado de una demanda de expansión de las formas de expresión aceptables en un contexto democrático: la retórica o el *storytelling* son a su juicio tan válidas como la argumentación racional, cuya prevalencia daría de otro modo ventaja a los sujetos más capacitados para desarrollarla (Young, 1996). Pues bien, los medios de comunicación digitales convierten los sucesos en *happenings*, al proporcionar una plataforma donde las distintas operaciones, patrones de relación y procesos de búsqueda de significado tienen lugar, haciendo así posible que el público que forma la red se *apropie* del suceso mismo (Massumi, 2002; Karatzogianni, 2013).

Ahora bien, cuando tomamos en consideración la influencia de las redes sociales sobre la afectividad de los ciudadanos, hay que recordar que «aunque el sujeto ciudadano haya podido ser un sujeto lector, el ciudadano contemporáneo es un sujeto visual [*viewing*]» (Panagia, 2009: 19). De ahí que este mismo pensador subraye que la «narratocracia» de nuestros días —el privilegio de la narrativa como género para la exposición de demandas e ideas en el pensamiento político contemporáneo— merezca ser cuestionada. Por ello llama la atención sobre un concepto que no es primariamente político pero adquiere, en nuestras democracias pluralistas, valencia política: el de sensación. Si entendemos por esta una heterogeneidad de impulsos que impactan sobre nuestro cuerpo, interrumpiendo una forma convencional de ver el mundo, las sensaciones se convierten en momentos políticos porque pueden suponer una dislocación de nuestra subjetividad. O sea, una disrupción del régimen de percepción que condiciona nuestra mirada sobre la sociedad y, por tanto, nuestros juicios políticos y opciones electorales. Este trabajo político de la sensación, activado por estímulos de todo tipo, tiene lugar «por debajo y más allá del registro discursivo que tiene sentido comunicativo» (Panagia, 2009: 5). Sucede que en una sociedad pluralista y democrática, individuos y grupos se atienden recíprocamente en el nivel de las apariencias: la vida política se convierte así en una empresa perceptiva. Para Panagia, dentro de todo régi-

men de percepción existe una micropolítica evaluativa que formula aquellas condiciones compartidas que sirven para dar sentido a las cosas en el interior de cada grupo social (o tribu moral). Resulta de aquí una caracterización de la vida democrática como coexistencia de distintas culturas, cada una de las cuales conlleva un régimen de percepción que condiciona lo que cuenta y lo que no cuenta como experiencia, motivación o intuición. En consecuencia, las condiciones y los procesos de formación de las percepciones individuales —más acá y más allá de la deliberación racional o la transmisión de mensajes articulados— se convierten en inevitable objeto de atención política. Y en una «democracia sensorial» no es posible ignorar la multiplicación digital de los estímulos —visuales, verbales, musicales, ambientales— a los que nos vemos expuestos.

Sea como fuere, parece claro que las nuevas tecnologías intensifican la comprensión de la democracia como *contienda por la influencia*: influencia sobre el modo en que los ciudadanos perciben o enmarcan determinados asuntos, como presupuesto para el cambio cultural que precede al político. Esto incluye ideas, razonamientos, emociones, estados de ánimo; también sinrazones. Para comprender el proceso político contemporáneo, pues, es conveniente tomar en consideración la dimensión afectiva de las redes sociales y demás plataformas digitales (entendiendo afecto en un sentido amplio que incluye emociones, estados de ánimo y sensaciones). Es a través de las redes digitales que el ciudadano sentimental se convierte en público afectivo, que a su vez constituye la audiencia de la democracia ocular y es sujeto receptor de sensaciones susceptibles de alterar su mapa perceptivo. En este contexto, el representante político no desaparece, sino que se convierte en uno de los actores privilegiados dentro de la compleja malla de interacciones en que se convierte la vida democrática; privilegiado en la medida en que su voz y sus acciones poseen más visibilidad y por tanto más potencial influencia que la de otros.

## V. CONCLUSIÓN

¿Qué consecuencias tiene para la democracia el proceso de digitalización que está transformando de manera acelerada la economía, la cultura y aun nuestros hábitos y percepciones cotidianas? Hay muchas formas de responder a esta pregunta, porque muchas son los modos en que puede abordarse el análisis de semejante tema. En este trabajo, la atención se ha centrado sobre la digitalización de la conversación pública, vale decir, sobre el modo en que los ciudadanos participan en la esfera pública socializándose en los asuntos públicos, discutiendo sobre ellos y movilizándose en compañía de otros con objeto

de reivindicar una u otra posición sobre los mismos. Tal como se ha señalado, la opinión pública posee una dimensión prescriptiva que remite a la forma en que el debate público debería conducirse: como una deliberación racional entre ciudadanos que sirve para refinar el uso público de la razón. Sin embargo, este ideal de raigambre ilustrado no parece realizarse fácilmente en las democracias realmente existentes, últimamente marcadas de hecho por el ascenso de los populismos y una creciente polarización ideológica que a menudo desemboca en dinámicas vetocráticas. Este trabajo trata de esclarecer de qué manera está contribuyendo a esa tendencia la generalización de las redes sociales como instrumento habitual de comunicación y conexión intersubjetiva.

A tal fin, se han combinado dos giros aún recientes en las ciencias sociales. Por un lado, el giro digital que trata de dar cuenta del impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación; por otro, el giro afectivo que se ocupa de elucidar cuál es el papel que las emociones y demás procesos preconscientes juegan en la percepción y toma de decisiones individuales (incluyendo la percepción de los asuntos públicos y la toma de decisiones políticas, así como el efecto colectivo de su agregación). De acuerdo con la literatura sobre los afectos políticos, los individuos no son sujetos soberanos, sino víctimas de sesgos cognitivos y emocionales que influyen sobre su agencia individual. Así las cosas, nos hemos preguntado de qué manera contribuyen las redes sociales y la conectividad digital a la formación de afectos políticos. La respuesta es que las nuevas tecnologías de la información son intrínsecamente afectivas, por cuanto en ellas priman el uso expresivo y la vinculación emocional, que puede cautamente describirse con arreglo a la metáfora del contagio. El sujeto conectado es un sujeto afectivo que experimenta sentimientos de comunidad en su contacto con formaciones más o menos fluidas en torno a asuntos o problemas concretos, al tiempo que se adscribe a una tribu moral concreta y desarrolla el consiguiente antagonismo hacia grupos sociales rivales. Esta realidad obliga a revisar el moderlo habermasiano de opinión pública, por cuanto la inclusión y la participación son menos deliberativas que sentimentales, más «sensacionales» que persuasivas.

Si a la digitalización le sumamos fenómenos tales como el creciente pluralismo social y el vigor de una cultura de masas de matriz audiovisual, nos encontramos con una mutación de la democracia liberal-representativa digna de atención teórica. No es que esta deje paso a formas postrepresentativas de articulación democrática, pero sí es claro que tanto la relación representativa como la acción política están experimentando cambios que justifican la búsqueda de nuevas categorías capaces de dar cuenta de los mismos. Se discuten así al final del trabajo las nociones de democracia ocular (conforme a la cual la relación representativa se basa menos en la voz del pueblo que en su mirada sobre el desempeño de los representantes, lo que acentúa su cualidad plebiscitaria) y democracia sensorial (que, asentada igualmente sobre la condición

visual del ciudadano contemporáneo, alude a los estímulos y sensaciones que modifican nuestras percepciones sociales, lo que les concede relevancia política). La generalización de las nuevas tecnologías de la información no puede sino reforzar los procesos descritos por estas categorías.

### **Bibliografía**

- Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Arias Maldonado, M. (2009). Planeta Wikipedia. *Revista de Libros*, 155, 3-7.
- Athique, A. (2013). *Digital Media and Society. An Introduction*. Cambridge: Polity.
- Beer, D. y Burrows, R. (2013). Popular Culture, Digital Archives and the New Social Life of Data. *Theory, Culture & Society*, 30 (4), 47-71. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0263276413476542>.
- Bennett, W. L. (2012). The personalization of politics: political identity, social media, and changing patterns of participation. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 644 (1), 20-39. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0002716212451428>.
- Bennett, W. L. y Segerberg, A. (2012). The logic of connective action: Digital media and the personalization of contentious politics. *Information, Communication and Society*, 14 (6), 770-799. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/1369118x.2012.670661>.
- Berry, C., Kim, S. y Spigel, L. (2010). *Electronic elsewheres: Media technology and the experience of social space*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Bimber, B. (1998). The Internet and political transformation: Populism, community, and accelerated pluralism. *Polity*, 31 (1), 133-160. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/3235370>.
- Brader, T. y Marcus, G. (2013). Emotion and Political Psychology. En L. Huddy *et al.* (comps.). *The Oxford Handbook of Political Psychology*, 2ª ed. (pp. 165-204). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199760107.013.0006>.
- Canavagh, A. (2007). *Sociology in the Age of the Internet*. London: Open University Press.
- Caplan, B. (2008). *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*. Princeton: Princeton University Press.
- Castells, M. (1996). *Information Age: Rise of the Network Society, vol. 1*. Malden: Wiley-Blackwell.
- (2008). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza.
- Chadwick, A. (2009). Web 2.0: New challenges for the study of e-democracy in an era of informational exuberance. *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 5 (1), 9-41.
- (2013). *The hybrid media system: Politics and power*. London: Oxford University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199759477.001.0001>.
- Coleman, S. (2013). *How voters feel*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dahlgren, P. (2009). *Media and political engagement*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Flew, T. (2002). *New Media: An Introduction*. Melbourne: Oxford University Press.
- (2008). *New Media: An Introduction*. Oxford: Oxford University Press.



- Fraser, N. (1992). Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. En C. Calhoun (comp.). *Habermas and the Public Sphere* (pp. 109-142). Cambridge: MIT Press.
- Fuchs, C. (2008). *Internet and Society*. London and New York: Routledge.
- Gladwell, M. (2010). Small Change: Why The Revolution Will Not Be Tweeted. *The New Yorker*, 4 de octubre.
- Green, J. (2010). *The eyes of the people: democracy in an age of spectatorship*. Oxford: Oxford University Press.
- Greene, J. (2013). *Moral Tribes. Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*. London: Atlantic Books.
- Gregg, M. (2011). *Work's intimacy*. Cambridge: Polity.
- Habermas, J. (1981). *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Valencia: Gustavo Gili.
- Haidt, J. (2012). *The Righteous Mind. Why Good People are Divided by Politics and Religion*. London: Penguin.
- Hammack, P. y Pilecki, A. (2012). Narrative as a Root Metaphor for Political Psychology. *Political Psychology*, 33 (1), 75-103. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9221.2011.00859.x>.
- Han, B. (2013). *Im Schwarm*. Berlín: Matthes and Seitz.
- Heimans, J. y Timms, K. (2014). Understanding 'New Power'. *Harvard Business Review*, diciembre.
- Hölscher, L. (1978). Öffentlichkeit. En O. Brunner, W. Conze y R. Koselleck (comps.). *Geschitliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 4 (pp. 413-468). Stuttgart: Klett-Cotta.
- Howard, P. N. y Hussain, M. (2013). *Democracy's fourth wave? Digital media and the Arab Spring*. New York: Oxford University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199936953.001.0001>.
- Hug, T. (2013). On the Medialization of Knowledge in the Digital Age. *International Journal of Humanities and Social Science*, 3 (11), 22-35.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. London and New York: Allen Lane.
- Karatzogianni, A. (2013). A cyberconflict analysis of the Arab Spring. En G. Youngs (comp.). *Digital world: Connectivity, creativity and rights* (pp. 159-175). London: Routledge.
- Klemperer, V. (2007). *LTI: Notizbuch eines Philologen*. Stuttgart: Reclam.
- Krause, R. (2011). Bodies in Action: Corporeal Agency and Democratic Politics. *Political Theory*, 39(3), 299-324. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0090591711400025>.
- Mair, P. (2013). *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*. London: Verso.
- Manovich, L. (2014). *Software takes command*. London: Bloomsbury Academic.
- Mansbridge, J. (1990). Feminism and Democracy. *American Prospect*, 1, 126-139.
- Massumi, B. (2002). *Parables for the virtual: Movement, affect, sensation*. Durham: Duke University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1215/9780822383574>.
- McLuhan, M. (1962). *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press.

- Miller, P. R. (2011). The Emotional Citizen: Emotion as a Function of Political Sophistication. *Political Psychology*, 32, 575-600. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9221.2011.00824.x>.
- Morozov, Evgeny (2013). *To Save Everything, Click Here. Technology, solutionism and the urge to fix problems that don't exist*. London: Allen Lane.
- Naim, M. (2013). *The End of Power. From Boardrooms to Battlefields and Churches to States, Why Being In Charge Isn't What It Used to Be*. New York: Basic Books.
- Neuman, W. R., Marcus, G. E., Crigler, A. N. y Mackuen, C. (2007). Theorizing Affect's Effects. En W. R. Neuman *et al.* (comps.), *The Affect Effect. Dynamics of Emotion in Political Thinking and Behavior* (pp. 1-20). Chicago and London: University of Chicago Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7208/chicago/9780226574431.003.0001>.
- Orwell, G. (2000). *Essays*. London: Penguin.
- Panagia, D. (2009). *The Political Life of Sensation*. Durham and London: Duke University Press.
- Papacharissi, Z. (2015). *Affective Publics. Sentiment, Technology, and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Popkin, S. (1994). *The Reasoning Voter: Communication and Persuasion in Presidential Campaigns*. Chicago: University of Chicago Press.
- Poster, M. (1995). *The Second Media Age*. Cambridge: Polity.
- (2006). *Information please: culture and politics in the age of digital machines*. Durham and London: Duke University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1215/9780822388470>.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Reese, S. *et al.* (2007). Mapping the Blogosphere: Professional and Citizen-based Media in the Global News Arena. *Journalism*, 8 (3), 235-261. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/1464884907076459>.
- Rosenberg, S. (2014). Political Psychology. En M. T. Gibbon (comp.). *The Encyclopedia of Political Thought* (pp. 2792-2793). Malden: Wiley-Blackwell.
- Sartori, G. (2005). *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza.
- Schechner, R. (2002). *Performance studies: An introduction*. New York: Routledge.
- Scherer, K. (2005). Unconscious process in emotions: The bulk of the iceberg. En L. Barrett *et al.* (eds.). *Emotion and Consciousness* (pp. 332-344). New York: Guilford.
- Schumpeter, J. (2015). *Capitalismo, socialismo y democracia*, vol. 2. Barcelona: Página Indómita.
- Scott, L. (2015). *The four-dimensional human. Ways of Being in the Digital World*. London: William Heinemann.
- Standage, T. (2013). *Writing on the Wall. Social Media, The First 2000 Years*. London: Bloomsbury Publishing.
- Sunstein, C. (2008). *Republic.com 2.0*. Princeton: Princeton University Press.
- Surowiecki, J. (2005). *The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few*. New York: Abacus.
- Tocqueville, A. de (2005). *La democracia en América*. Madrid: Alianza.
- Ward, I. (2014). Public Sphere. En M. T. Gibbon (comp.). *The Encyclopedia of Political Thought* (pp. 3051-3059). Malden: Wiley-Blackwell.
- Webster, F. (1995). *Theories of the Information Society*. London: Routledge.
- (2006). *Theories of the Information Society*. London and New York: Routledge.

- Westen, D. (2007). *The Political Brain. The Role of Emotions in Deciding the Fate of the Nation*. New York: Public Affairs.
- Wetherell, M. (2012). *Affect and Emotion. A New Social Science Understanding*. London: Sage.
- Wren, A. y McElwain, K. (2009). «Voters and parties». En R. Goodin (comp.). *The Oxford Handbook of Political Science* (pp. 365-391). Oxford: Oxford University Press.
- Young, I. M. (1996). *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press.

# LA CONSTRUCCIÓN DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES<sup>1</sup>

## The construction of the limits of free speech within social networks

ANDRÉS BOIX PALOP

Universitat de València

### *Cómo citar/Citation*

Boix Palop, A. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.02>

### **Resumen**

La generalización de las comunicaciones electrónicas, junto a otras muchas transformaciones, ha facilitado enormemente tanto la comunicación interpersonal como la participación en el debate público a cualquier ciudadano. Como resultado, el pluralismo se ha visto indudablemente enriquecido, así como las posibilidades de recibir información y ser miembro activo de la comunidad política. Otras consecuencias de esta transformación, sin embargo, presentan algunas aristas. Así, esta ampliación del espacio público ha limitado también los espacios de estricta privacidad, incluyendo aquellos ámbitos donde históricamente la expresión de todo tipo de ideas y opiniones quedaban en la intimidad, que cada día son los menos. Las redes sociales amplifican notablemente este efecto y, como consecuencia, es preciso analizar cómo trasladamos los clásicos límites expresivos a ese nuevo entorno en el que las fronteras entre lo público y lo privado se diluyen. Este es el objetivo del presente trabajo, a partir del estudio de los conflictos que, esencialmente en el ámbito bien de las afeciones al honor o a la intimidad de otras personas, bien de la emisión de opiniones

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en las labores de investigación llevadas a cabo en el seno del Proyecto de I+D+i «Pluralismo y contenidos en la nueva regulación española de los mercados audiovisuales» (DER2012-37122), financiado por el Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no Orientada del Ministerio de Economía y Competitividad.

incitadoras a la violencia, odio o discriminación, ya se están produciendo y que reflejan los problemas de nuestro derecho para adaptar con solvencia los equilibrios tradicionales a la nueva realidad.

### ***Palabras clave***

Internet; libertades expresivas; pluralismo; redes sociales; discurso del odio.

### ***Abstract***

The massive use of electronic communications by citizens, along with many other changes, has facilitated both interpersonal communication and participation in the public debate. As a result, diversity has undoubtedly been enriched, along with access to information and thus the possibility of being an active member of the political community. Other consequences of this transformation, however, present some risks and potential downsides. The extension of the domain of communicative public space has also limited citizens' privacy, reducing those areas in which, historically, the expression of all kinds of ideas and opinions was possible. Social networks amplify this effect and, therefore, it is necessary to understand how the classic limits to expression are applied in this new environment, which blurs the public and private spheres of communication. This is the main objective of this paper, which also studies conflicts related to privacy issues and the circulation of statements intended to incite violence, discrimination or hatred that have appeared in recent years. The paper thus reflects on the struggles of Law to balance the complex relationship between the individual right to freedom of speech and the social expression of limits to this right.

### ***Keywords***

Internet; freedom of speech; pluralism; social networks; hate speech.

## SUMARIO

---

I. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET Y EN LAS REDES SOCIALES. 1. Comunicación y expresión digital y redes sociales: una acelerada aproximación a sus novedades y riesgos. 2. Un punto de partida: los límites a la expresión en las redes no han de ser diferentes, en lo sustancial, a los límites generales a la expresión admitidos constitucionalmente para otros canales. II. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS LÍMITES PENALES A LA EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES. 1. Discurso del odio o enaltecimiento del terrorismo en las redes. 2. La represión de la expresión atentatoria contra los derechos de la personalidad. 3. La posible responsabilidad penal de las redes sociales o sus responsables en tanto que intermediadores. III. LÍMITES CIVILES A LA EXPRESIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS O DE LA RED SOCIAL DONDE SE PRODUZCAN. IV. ¿HACIA UN CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA EXPRESIÓN EN LAS REDES? 1. Formas indirectas de control administrativo sobre los contenidos publicados en las redes sociales. 2. La disciplina administrativa respecto de ciertos contenidos y mensajes publicados en las redes sociales. V. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LAS INSUFICIENCIAS DE LA RESPUESTA REPRESIVA EN ESTE CONTEXTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS NUEVOS LÍMITES. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

## I. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET Y EN LAS REDES SOCIALES

### 1. COMUNICACIÓN Y EXPRESIÓN DIGITAL Y REDES SOCIALES: UNA ACELERADA APROXIMACIÓN A SUS NOVEDADES Y RIESGOS

Reviste pocas dudas a día de hoy que Internet y la comunicación en red tienen un potencial enorme, con efectos no solo democráticos y políticos, sino también personales, en la medida en que amplían de forma notabilísima las posibilidades de acción y relación social, especialmente a partir de la aparición de plataformas de todo tipo, de una tipología muy variable, que facilitan e incentivan un contacto constante con otras personas<sup>2</sup>. Las reflexiones al res-

---

<sup>2</sup> Así, las llamadas «redes sociales», término que engloba de manera muy general muy diversos tipos de aplicaciones informáticas donde los usuarios registrados tienen la posibilidad de entrar en contacto con otros muchos, en ocasiones previamente conocidos, en otras no. Sobre la tipología y funcionamiento de las «redes sociales» hay ya una abundante bibliografía, de entre la que se pueden señalar a efectos de lograr una introducción al tema trabajos como el de Casella (2015) para lograr tanto una cierta

pecto, desde las primeras aportaciones que de forma sistemática recopiló Castells antes del cambio de milenio en un momento entonces incipiente del

---

comprensión general del fenómeno como un análisis de las redes sociales más relevantes y sus diferentes tipologías; o el de Bruggeman (2013), mucho más técnico, con una detenida exposición sobre los fundamentos de su funcionamiento, claramente ejemplificado con los modelos de más éxito (en esta misma línea, Prell, 2011). Un tratamiento muy interesante, desde una óptica española, sobre estas redes y su importancia creciente en términos no solo de comunicación interpersonal sino periodística, puede encontrarse en López García (2015), donde además hay una descripción en castellano bastante atinada de cuáles son las características más significativas de cada una de estas plataformas y aplicaciones informáticas. A nuestros efectos, las redes sociales que más interés suscitan son precisamente las que comparten, junto a esta finalidad esencial de puesta en contacto de unas personas con otras, la vocación de servir como vehículo de expresión y transmisión de ideas u opiniones, en la medida en que plantean más problemas jurídicos en relación a la acotación de los límites expresivos constitucionales. Es el caso, notoriamente, de redes como Facebook (o equivalentes como Tuenti, MySpace...) o Twitter, cada una con sus peculiaridades. Otras redes semejantes pero destinadas a compartir fotos (Instagram, por mencionar la más conocida) o vídeos (Youtube o Google Videos, por ejemplo, no fueron construidas inicialmente como redes sociales, pero han evolucionado de modo similar y a nuestros efectos plantean problemas equivalentes) han generado, hasta la fecha, menos atención porque los problemas expresivos específicos de los materiales audiovisuales, más centrados en consideraciones de propiedad intelectual, han sido menos tratados desde esta óptica, pero han de ser igualmente tenidos en cuenta. Otro tipo de redes sociales, en la medida en que destinadas al intercambio de opiniones, informaciones y todo tipo de contenidos por medio de un canal privado (o semiprivado, si son grupos amplios con muchos participantes) como Whatsapp, Line, Telegram o equivalentes, han generado, también, menos problemas estrictamente expresivos y más conflictos centrados en la privacidad, pero, de nuevo, hay elementos comunes que hemos de atender. Por último, y por concluir una acelerada tipología, hemos de recordar también aquellas redes sin vocación expresiva y sin visibilidad para quienes no son parte de las mismas, que emplean estos sistemas para facilitar el contacto entre los usuarios normalmente con finalidades muy específicas (las más importantes cuantitativamente por número de usuarios son las que se dedican a las redes de relaciones profesionales, ya sean generalistas, de entre las que la más conocida es LinkedIn, ya para profesiones concretas; y las que sirven de plataforma para entablar contacto para buscar pareja o simplemente facilitar la identificación de personas interesadas en mantener relaciones sexuales, sector en el que hay una infinidad de redes y modelos de aplicaciones informáticas multiplataforma siempre en constante expansión e innovación, desde Meetic a Match pasando por Badoo, Tinder y tantas otras). Este tipo de redes plantean menos problemas en su dimensión externa, pero, por el contrario, pueden también generar conflictos asimilables, como tendremos ocasión de comprobar, cuando hay desbordamientos expresivos que afloran más allá del ámbito de la privacidad.

desarrollo de Internet, han sido muchas, son a estas alturas muy conocidas y no tiene por ello sentido reiterarlas una vez más (Castells, 1997-1998)<sup>3</sup>. Asimismo, y como es también evidente, este potencial convive necesariamente con ciertos riesgos. Algunos tienen que ver con la propia capacidad intrusiva de la tecnología y sus consecuencias sociales y de todo tipo respecto de la construcción de nuestra identidad en unos entornos donde la noción de privacidad queda transformada por las posibilidades y peligros de una exposición que puede ser constante y que, además, deja muchas huellas y trazos quizá indelebles<sup>4</sup>. Otros, con el uso que pueden hacer ciertos sujetos (desde los Estados a compañías transnacionales con capacidad económica y tecnológica suficiente para ello) de las inmensas posibilidades de recopilar información sobre todos nosotros, ya sea por medios legales, ya ilegalmente, disponibles actualmente; tal y como algunos escándalos recientes han permitido visualizar<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Aunque Manuel Castells ha vuelto sobre el tema y lo ha desarrollado temáticamente en los quince años que han seguido a esta obra, que puede caracterizarse como seminal, muchas de sus reflexiones posteriores, ya sea aplicadas a la sociedad de la información, ya sea a la cultura, a las redes, a los movimientos políticos... (véase, en este sentido, por ejemplo, López García, 2003) se encuentran en su germen ya en esta primera aportación de vocación descriptiva y sociológicamente muy completa. A nuestros efectos el primero de los volúmenes, dedicado a la descripción de las sociedades en red, es una acabada síntesis de las características y magnitudes de las transformaciones operadas que a día de hoy sigue siendo útil (y aceptada canónicamente) para ubicar el contexto de transformación en que nos situamos como consecuencia de los cambios tecnológicos operados.

<sup>4</sup> Se trata de una consecuencia directa de la forma en que los seres humanos nos relacionamos con los demás que nos hace tender a la sociabilidad en determinadas condiciones, lo que puede ser fácilmente explotado a estos efectos (véase la explicación general del fenómeno en Lieberman, 2013), pero que tiene unas repercusiones potencialmente perniciosas nada desdeñables que entre nosotros han sido estudiadas y sistematizadas por el fantástico trabajo de Rendueles (2013).

<sup>5</sup> Entre las revelaciones más significativas que Wikileaks ha realizado empleando el material recopilado por Edward Snowden, antiguo empleado de una contrata que trabajaba en estos dominios para la CIA y la NSA (esto es, para los servicios de espionaje y de seguridad de los Estados Unidos de América), destacan las pruebas que mostraban cómo las grandes empresas tecnológicas aportaban al gobierno de los Estados Unidos toda la información que este requería sobre los usuarios de sus plataformas y redes sociales, corriendo con todos los gastos (Pétiniaud, 2014; Rotenberg, 2014) y, además, con la complicidad de los Estados europeos, que han hecho caso omiso a sus obligaciones de protección de los ciudadanos respecto de estas injerencias que se deducen tanto de sus propias normas constitucionales como de compromisos adquiridos en tratados como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Salamanca Aguado, 2014).



Por último, en esta acelerada tipología, aparecen otro tipo de riesgos, que son los que nos interesan a nosotros, relacionados con las consecuencias puramente expresivas y en términos de pluralismo de este incremento de la capacidad de los sujetos de interrelacionarse de forma mucho más sencilla y masiva, pero, también, mucho más expuesta al escrutinio público y a la indelebilidad de los mensajes emitidos, que se almacenan y quedan (¿o no?<sup>6</sup>) no solo en la memoria colectiva sino en la memoria digital de servidores y redes. Así, la aparición y consolidación de Internet como canal de comunicación al alcance de todos los ciudadanos y la generalización de las redes sociales, con una descomunal capacidad de penetración en todas las capas de la población facilitada por un uso extraordinariamente sencillo y al alcance de cualquier teléfono móvil, nos han aportado posibilidades hasta hace pocos años insospechadas: podemos recibir, siquiera sea potencialmente, información de casi cualquier punto del planeta emitida por millones de personas; de forma simétrica, somos también emisores con capacidad para que la expresión de nuestras ideas y opiniones, e incluso de meros exabruptos, llegue a toda la población a golpe de *click*<sup>7</sup>.

Lo cual nos sitúa, básicamente, ante dos grandes novedades con consecuencias jurídicas. Por una parte, la capacidad nociva y la peligrosidad de la emisión de determinados contenidos que estén efectivamente vinculadas a sus posibilidades de expansión y difusión se incrementa notablemente si esta difusión pasa a ser, de veras, concreta y efectiva y no una mera posibilidad teó-

---

<sup>6</sup> Volveremos sobre esta cuestión, pero una de las más interesantes novedades sobre la disciplina que desde el derecho se está imponiendo a la expresión en las redes sociales es la capacidad que se concede, de forma creciente, a los poderes públicos para decidir sobre la perdurabilidad de la huella digital de lo expresado y, en consecuencia, sobre la facilitación o no de los procesos de «olvido» (Boix Palop, 2015a).

<sup>7</sup> Por esta razón, la solución a muchos de los problemas que plantean las consecuencias de la libertad de expresión en la red tienden a ser transnacionales (Muñoz Machado, 2001: 235-244; Boix Palop, 2003) o, en su defecto, a parecerse mucho en todos los países de nuestro entorno cultural o económico. Ello no obstante, las manifestaciones problemáticas que vamos a tener ocasión de estudiar suelen requerir de una intervención pública que necesita de un cierto control por parte de las autoridades nacionales sobre los sujetos emisores, como vamos a tener ocasión de comprobar a lo largo de estas páginas. En ausencia de la misma, la capacidad para disciplinar y, en su caso, castigar, estas manifestaciones expresivas es extraordinariamente compleja (piénsese, a modo de paradigmático ejemplo, en la incapacidad de los Estados occidentales para actuar sobre los participantes en las redes sociales propias de los activistas del llamado Estado Islámico de Siria y Levante —ISIS— cuando están fuera del efectivo alcance de las autoridades nacionales europeas).

rica en la práctica imposible de materializar. Por otra, y hasta cierto punto en conexión con la primera, determinados comentarios que históricamente quedaban en un ámbito, si no privado, sí restringido (amigos, familiares...), propio de las relaciones de familiaridad distendidas que se tienen en esos entornos cercanos, a día de hoy tienen también un alcance mucho mayor. Ambos elementos están en el centro de los nuevos problemas a los que se enfrenta el derecho a la hora de disciplinar la expresión en las redes sociales en la medida en que nos sitúan frente a una reevaluación sobre cómo nuestras sociedades se enfrentan a los discursos tenidos por «peligrosos» y sobre la conveniencia de limitar el derecho a emitirlos y transmitirlos, así como nos obligan a reflexionar de nuevo sobre los verdaderos límites de la efectiva «publicidad» y en qué consiste la participación en el debate público, diferente de la relación interpersonal con el propio entorno y que no aflora más allá de este.

## 2. UN PUNTO DE PARTIDA: LOS LÍMITES A LA EXPRESIÓN EN LAS REDES NO HAN DE SER DIFERENTES, EN LO SUSTANCIAL, A LOS LÍMITES GENERALES A LA EXPRESIÓN ADMITIDOS CONSTITUCIONALMENTE PARA OTROS CANALES

A la hora de desarrollar el análisis que pretendemos realizar sobre esta cuestión, eso sí, partimos de una serie de planteamientos jurídicos básicos que, aunque bastante obvios, conviene dejar claros desde un principio. En primer lugar, no parece a estas alturas necesario reiterar la importancia del pluralismo en nuestras sociedades como fundamento mismo de la esencia democrática de los regímenes en que vivimos<sup>8</sup>. En la medida en que muchas de las situaciones conflictivas que vamos a estudiar tienen que ver con peligros derivados de esa capacidad de maximización de la expresión, así como de su difusión, que tienen las redes sociales, es esencial contemplar siempre que estos no son sino el inevitable envés de la gran capacidad para fomentar ese mismo pluralismo que esas herramientas poseen. De manera que no puede desatenderse nunca que la cercenación o imposición de excesivos controles y restricciones afecta indefectiblemente a ambas caras de la moneda. El recuerdo de la importancia del pluralismo como elemento democrático esencial y la

---

<sup>8</sup> Aunque quizá sí tenga algo más de sentido recordar que, en las actuales coordenadas evolutivas de nuestro modelo representativo, en el que cada vez se hacen más evidentes las efectivas dificultades para establecer mecanismos de participación totalmente inclusivos, las aspiraciones de una sociedad liberal requieren probablemente de un esfuerzo por el pluralismo si cabe más decidido a la hora de entender las libertades y sus garantías (De Miguel Bárcena, 2005; García Guitián, 2009).

convicción de que las posibilidades que las comunicaciones electrónicas, Internet y las redes sociales, aportan a la consecución del mismo son cuando menos tan grandes como sus supuestos riesgos nos van a llevar por sistema a ser prudentes a la hora de analizar el papel que han de desarrollar los poderes públicos en esta materia, especialmente en una vertiente activa y limitadora. Esta tesis, por lo demás, es perfectamente coherente con los criterios interpretativos más clásicos en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, que como es sabido preconizan una visión de los mismos favorecedora de su extensión y obligan a restringir posibles límites a los mismos cuando estos no tengan una base constitucional suficiente.

Exactamente por esta misma razón es por lo que, como hemos tenido ocasión de comentar en otras ocasiones, partimos de la base de que la comunicación por Internet no requiere de una actuación activa de ordenación o fomento a cargo de los poderes públicos. Las necesidades de una actuación *ex ante* ordenadora del fenómeno de las redes sociales equivalente a la que se realiza en otros ámbitos de la comunicación se antoja, así, y por lo general, superflua. La propia estructura de la red y las dinámicas comunicativas que genera, incluyendo las empresariales vinculadas a las redes sociales, hacen, por ejemplo, totalmente innecesario y absurdo un reparto de espacios o una protección de cuotas para minorías, a diferencia de lo que ocurre en el sector audiovisual (Mitra, 2000: 416-419; Boix Palop, 2006: 94-105). Algo más de sentido puede tener una vigilancia en términos de defensa de la competencia del mercado de la comunicación o la información por Internet cuando este sea susceptible de control o de poder padecer prácticas desleales (normalmente apoyadas en gigantes de la comunicación en materia de redes) desde una perspectiva de defensa de la competencia (Rallo Lombarte, 2000: 193 y 230; Laguna de Paz, 2000: 2825-2851; Boix Palop, 2002: 171-177) (aunque la arquitectura en red potencia los monopolios naturales y puede requerir de ciertas medidas contra los mismos si se abusa de esta posición, también es cierto que los pocos costes de entrada al sector facilitan constantemente la innovación y la competencia<sup>9</sup>) y de protección de los ciudadanos en tanto que consumido-

---

<sup>9</sup> Las redes sociales, en la medida en que no dejan de ser enormes plataformas de intermediación comunicativa, están sometidas a ciertas dinámicas económicas más generales, que afectan a todos los negocios construidos con una estructura de red y, por ello, con cierta tendencia al monopolio natural. Como es sabido, esta tendencia era tradicionalmente tenida como un elemento que justificaba una intensa regulación para evitar que este riesgo se concretara, pero lo cierto es que en las últimas décadas los entornos con un desarrollo tecnológico notable han tendido a permitir aligerar la regulación y confiar en que la rebaja de costes inducida por aquel minimice estos riesgos (Prosser, 1997). La adaptación de esta reflexión económica a los entornos

res de estos espacios, a fin de protegerlos en sus derechos (pero esta última cuestión tiene pocas implicaciones expresivas). Asimismo, en la interacción entre las informaciones que circulan por las redes y la propiedad y control sobre estas (o sobre los mecanismos de búsqueda e indexación de los contenidos de las mismas), las exigencias de neutralidad pueden necesitar de apoyo por parte del derecho, imponiendo ciertas cargas o restricciones a los operadores privados, por mucho que estos consideren que el acceso segmentado o dar preferencia a unos consumidores sobre otros, o incluso a ciertos contenidos pueda tener todo el sentido económico del mundo (Belli, 2003; Fuertes López, 2014), que garanticen una cierta equidad o neutralidad en la gestión del canal que haga posible que el potencial de fomento del pluralismo horizontal que suponen las redes no sea puesto en cuestión<sup>10</sup>.

Como puede verse, no son ninguno de ellos aspectos centrales en la regulación y decantación de los límites expresivos a la comunicación en las redes sociales. De forma coherente con el mandato constitucional del art. 20 de

---

donde la intermediación y los efectos de red se producen en negocios de base digital está todavía por hacer totalmente, pero en general ciertas intuiciones compartidas conducen a evaluar de modo menos dramático estos riesgos. Quizás quien mejor ha desarrollado las razones por las que estos intermediarios tienden por razones estructurales a no poder imponer monopolísticamente un gran poder de mercado sea el reciente premio Nobel Jean Tirole en sus trabajos sobre las dinámicas y estructura de lo que él conceptualiza como *two-sided economy* y los *platform markets*, que reflejan perfectamente los modelos de negocio de compañías como Facebook o Google, que ofrecen servicios de intercomunicación o de facilitación de información a los usuarios a cambio de la posibilidad de que estos puedan dedicar parte de su tiempo y atención a ver anuncios de compañías que usan estas redes como soporte para su publicidad. A partir de las dinámicas que este tipo de negocios generan, su tesis es que la capacidad de imponer pautas anticompetitivas no es excesiva, lo que eliminaría alguno de los riesgos que tradicionalmente justificaban una intensa regulación de los monopolios naturales (Rochet y Tirole, 2002, 2004 y 2005).

<sup>10</sup> La importancia de esta cuestión no parece, sin embargo, ser comprendida por la Unión Europea, cuyo Parlamento aceptó el pasado septiembre, a propuesta de la Comisión y tras un intenso *lobby* por parte de las empresas de telecomunicaciones, enmendar la Directiva 2002/22/CE sobre servicio universal en el sentido de abrir la puerta a derogaciones de este principio. En nuestra doctrina, la cuestión ha pasado inadvertida, con contadas excepciones que sí han alertado sobre la importancia de la neutralidad en la red (Fuertes López, 2014) y la reacción, por el momento, a la decisión europea ha sido, sobre todo, en blogs y medios digitales. Por ejemplo, véase aquí el comentario muy crítico de Enrique Dans: <http://www.enriquedans.com/2015/10/el-parlamento-europeo-mata-la-neutralidad-de-la-red.html> (fecha de la última consulta: 15 de enero de 2016).

nuestra Constitución española (CE), que configura un modelo de garantías expresivas donde priman las libertades y el papel del Estado es por ello esencialmente reactivo (actúa con posterioridad a la acción conflictiva, no antes tutelándola u orientándola) y represivo (contra los excesos, sin que el Estado lleve a cabo labores preventivas que serían incompatibles con, por ejemplo, la prohibición de la censura previa de contenidos), las cuestiones esenciales que hemos de estudiar son las que tienen que ver con la efectiva represión de los hipotéticos excesos expresivos en las redes sociales.

La segunda asunción que anunciábamos como punto de partida de estas reflexiones es que, junto a la conveniencia de centrarnos en las efectivas posibilidades de represión de posibles excesos y en la delimitación de los mismos, hay que tener en cuenta que estos límites que nos van a indicar cuándo una determinada expresión de ideas u opiniones en la red ha ido más allá de lo admisible han de ser sustancialmente los mismos que los que enmarcan la expresión que se desarrolla fuera de las redes sociales. Y ello porque no hay base jurídica alguna para pretender aplicar un nivel diferente (ya sea mayor, ya sea menor) de exigencia al fijado por los estándares tradicionalmente definidos respecto de la expresión de opiniones, ideas o informaciones por otras vías, como he tenido ocasión de argumentar a partir de las previsiones constitucionales contenidas en el art. 20 CE, que en todos los casos configuran una respuesta pública ante estos supuestos (y posibles) excesos que ha de tratar de ser absolutamente neutra, también, con respecto al canal por el cual se realiza la comunicación (Boix Palop, 2002).

La expresión en Internet y las redes sociales es, sencillamente, una forma más de expresión donde el canal empleado puede suponer ciertos matices, como veremos, pero no altera en lo sustancial la posición constitucional ni el análisis jurídico de los intereses en conflicto. Su mayor capacidad de penetración, multiplicada cuando nos referimos a redes sociales que difunden y rebotan de usuario en usuario todo tipo de contenidos, es simplemente la concreción de sus particulares bondades como mecanismo para ser un eficaz instrumento comunicativo al servicio del pluralismo. Los contenidos de un mensaje disidente, por mucho que este pueda molestar u ofender, si históricamente habían sido tenidos como constitucionalmente admisibles, no deberían pues poder dejar de serlo (constitucionalmente admisibles) por el simple hecho de que, gracias a las redes, exista ahora el «riesgo» de que puedan ser más conocidos o difundidos. Porque ese supuesto «riesgo», en puridad, no es tal sino, antes al contrario, el efecto deseado por un ordenamiento jurídico que considera no solo deseable sino directamente necesario que este tipo de mensajes tenga derecho a tener su espacio y a participar, siquiera sea para ser conocido y poder ser mejor refutado, del debate público (muy extensamente, estas razones se desarrollan cuidadosamente en mi trabajo, ya citado, Boix Palop, 2002: 145-157).

Sentadas estas bases, eso sí, ello no significa que en ocasiones la comunicación en Internet y los problemas asociados a la misma que a veces se generan en las redes sociales no se puedan desarrollar de unas determinadas formas que pueden alterar algunas de las dinámicas tradicionales que ha empleado el derecho para enmarcar y dar respuesta a las controversias respecto de supuestos excesos expresivos (reglas de tipo procedimental, o pautas y procedimientos jurídicos de determinación de autoría, etc.). Por esta razón no creemos que sea preciso detenernos en la explicación de los límites entre unos derechos (expresivos, art. 20 CE) y otros (de la personalidad u otros derechos que puedan limitarlos, art. 18 CE) en sus conflictos más o menos usuales<sup>11</sup>: es bastante obvio que las injurias o calumnias, por ejemplo, no son sustancialmente diferentes en un caso y otro y que, como mucho, puede alterarse únicamente la percepción social respecto de la importancia de una misma ofensa a partir del canal en que sea realizada o, en ocasiones, la eficacia en la propagación de las mismas. No es esta, sin embargo, a nuestro juicio, una diferencia mayor ni, sobre todo, una que no pueda resolverse empleando los mecanismos de evaluación tradicional de que el derecho se ha dotado para estos supuestos cuando se desarrollan por otros canales (así, si la propagación efectiva de una injuria se entiende como elemento para valorar su efectivo carácter lesivo o la gravedad del mismo, este mismo elemento habrá de ser tenido en cuenta también cuando se produce en las redes sociales, simplemente, trasladando esta evaluación al nuevo medio en que nos encontramos, de manera que, por ejemplo, no será lo mismo que se haya realizado en un grupo de Whatsapp o en un muro de Facebook cerrado que en un muro de una red social en abierto o en Twitter, de igual manera que tampoco será lo mismo que la cuenta emisora tenga 200 seguidores que 200.000)<sup>12</sup>. Es decir, puede ocurrir, en efecto, que una expresión realizada en redes sociales logre *de facto* mayor publicidad y provoque más daño que si se hubiera realizado por otras vías, pero el juicio sobre su carácter antijurídico o la intensidad del desvalor se verán alterados por esta razón solo en la medida en que pudieran ser predicados del mismo mensaje si esa mayor difusión la hubiera logrado por otros medios. En definitiva, nada en la expresión en Internet o en redes sociales, en sí misma conside-

---

<sup>11</sup> Por lo demás, los estudios sobre el particular son muchos y de gran calidad, contruidos a partir de la jurisprudencia que sobre estas materias ha ido dictando el Tribunal Constitucional (Pardo Falcón, 1992; Bastida Freijedo y Villaverde Menéndez, 1998), matizada y enriquecida posteriormente por las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Bastida Freijedo, 2002).

<sup>12</sup> Razón por la cual podemos seguir acudiendo a estudios clásicos (Muñoz Machado, 1998) para identificar los perfiles de estas acciones, incluyendo muy particularmente todo lo referido a la reflexión sobre la importancia de su efectiva propagación.

rada, debiera hacernos considerar a un mensaje intrínsecamente peor que si es comunicado por otros canales<sup>13</sup>.

Ahora bien, establecidas estas dos bases, sentados estos dos puntos de partida, ello no significa que la respuesta represiva a la expresión realizada en las redes sociales que consideramos no amparada constitucionalmente haya de ser siempre la misma que la que se produce cuando nos enfrentamos a contenidos transmitidos empleando medios de comunicación o canales tradicionales. Antes al contrario, algunas de sus características tanto tecnológicas como económicas, e incluso sociales, introducen no pocas novedades en estos procesos que tienen consecuencias para el derecho y que le obligan a afinar su respuesta. Así, la construcción del espacio de expresión en las redes sociales se concreta en la aplicación de las reglas generales a la expresión realizada en las mismas, con las matizaciones que puedan ser precisas y que están todavía, poco a poco, dubitativamente apareciendo. En materia penal, y por el momento, resulta llamativo constatar cómo las redes sociales están llevando a nuestro derecho a una rebaja de los umbrales de admisibilidad en la expresión, en ocasiones derivada de reformas legislativas que se producen tras la constatación de que estos nuevos medios de expresión parecen estar generando nuevos riesgos sociales frente a los que urgiría una respuesta más severa. En materia civil, la generalización de las redes sociales, sobre todo, nos sitúa en un contexto donde hay una presencia constante de intermediarios que facilitan la difusión de estos contenidos, lo que está obligando a redefinir y concretar las reglas generales sobre la situación de quienes están en esa posición, que ahora ya no serán solo los medios de comunicación tradicionales, pero que además y sobre todo, no tienen ya la misma relación que los medios de comunicación tenían con quienes se expresaban a través de ellos. Por último, este nuevo contexto está reforzando el papel de las Administraciones públicas en la delimitación de las efectivas posibilidades expresivas de los ciudadanos, un papel que resulta en principio llamativo en las sociedades liberales occidentales y que parece claramente contraintuitivo, pero cada vez más presente por cuanto cierta labor en materia de protección de datos o de los consumidores de estas redes incide sobre las posibilidades expresivas y los mensajes que

---

<sup>13</sup> A pesar de ello, muchas de las controversias iniciales sobre la regulación de la expresión en Internet pretendieron prohibir en las redes manifestaciones lícitas en el mundo *offline*. Véanse las discusiones en torno a la reforma legislativa que pretendió regular los contenidos que afectaban a la «decencia» en Internet en los Estados Unidos, finalmente abandonada (para una explicación completa del proceso y la controversia judicial, Fayos Gardó, 1997, con mucho detalle) o las acaecidas hace ya también casi dos décadas con los diversos procesos judiciales iniciados en Francia contra la venta de ciertos objetos y simbología nazi por Internet que puede consultarse en Cotino Hueso y De la Torre Forcadell (2002).

se consideran lícitos y, además, porque empiezan a detectarse también acciones de represión de la expresión de origen directamente administrativo (si bien, es cierto, todavía con carácter muy excepcional).

## II. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS LÍMITES PENALES A LA EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES

Los límites penales de la expresión al uso a la hora de definir el ámbito de la expresión pública constitucionalmente admisible se dividen entre los que protegen ciertos derechos de la personalidad de otros ciudadanos (art. 18 CE, honor, intimidad y propia imagen) y los que vedan en abstracto la expresión de ciertas ideas por considerarse socialmente peligrosas (aspecto este que las sociedades liberales siempre han mirado con desconfianza pero que en los últimos tiempos parece ser asumido como posible y compatible con un régimen liberal con mayor naturalidad), tales como la incitación al odio racial o religioso, que en tiempos recientes se solapan cada vez más con los tipos de apología de ciertos delitos (terrorismo, esencialmente), en la medida en que se han ampliado legal e interpretativamente de forma considerable. De modo que, a la vista del actual entramado regulador represivo, pudiera acabar pareciendo, en no pocas ocasiones, que es posible llegar a castigar la mera emisión de ideas cercanas a los supuestos ideales en nombre de los cuales ciertas organizaciones llevan a cabo sus acciones terroristas, algo que históricamente no era el caso en los Estados de derecho inspirados en un constitucionalismo de corte liberal<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Véanse, sobre esta cuestión, tanto la exposición sobre la incorporación a nuestro arsenal punitivo del delito de enaltecimiento (Cuerda Arnau, 2007) como las críticas a una interpretación expansiva de estos instrumentos que habitualmente ha realizado la doctrina penal, siempre partidaria de una interpretación restrictiva que atienda de forma estricta a la efectiva existencia de una conducta suficiente como para superar el umbral mínimo que exige el principio de ofensividad (Vives Antón, 2001). La tendencia a la introducción de este tipo de ilícitos penales y, muy particularmente, su interpretación expansiva, se enmarcan en un modelo de respuesta penal casi unánimemente condenado e impropio de sociedades abiertas y que respetan e incentivan el pluralismo político como es el establecimiento de reglas más estrictas y restrictivas para las conductas asociadas a quienes son considerados como el «enemigo» o emiten opiniones y difunden ideas que son, a su vez, tenidas por «enemigas» (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 2006). No tenemos aquí espacio para reiterar y desarrollar estas críticas, pero sí conviene apuntar que, como tendremos ocasión de comprobar, la expresión en las redes sociales es un privilegiado observatorio que permite comprobar hasta qué punto las mismas están fundadas, en la medida en que se manifiesta una patente desigualdad en la respuesta



Por su mayor relevancia social dada su muy notable afición al pluralismo, tiene sentido comenzar por estos últimos.

## 1. DISCURSO DEL ODI O ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO EN LAS REDES

La aparición de límites, crecientes, al *hate speech* (discurso del odio) es un fenómeno que, como es sabido, ha contado siempre con un más fácil caldo de cultivo en Europa, donde tras la experiencia del nazismo suele decirse que se considera necesario establecer algún tipo de regulación respecto de estas manifestaciones expresivas como expresión de un modelo de democracia más «militante» (Revenga Sánchez, 2015; Carrillo Donaire, 2016). Estas restricciones son a veces más abiertas, como ha sido el caso de la tradición constitucional alemana o, en ocasiones, se daban únicamente bajo la cobertura de penar la mera apología o limitándose a prohibir las apelaciones directas a la comisión de actos violentos contra ciertos grupos y personas, pero el caso es que la tendencia es a incrementar estas posibilidades represivas. Así, cada vez más, se logra por medio de diversos procedimientos que se castigue también la emisión de expresiones que se considera que objetivamente puedan ser aptas para lograr este efecto de «movilización» aunque no sean estrictamente supuestos de apología, en ordenamientos como el español, con la inclusión de los delitos ya referidos de enaltecimiento o directamente con todas las reformas que se suceden desde 1995 en el art. 510 del Código Penal que los contiene y que ha tipificado conductas de incitación al odio racial o por razones discriminatorias de todo tipo<sup>15</sup>. Sin embargo, y como puede trazarse con rela-

---

punitiva del Estado frente a unos comportamientos y otros estrictamente equivalentes. Algo que daría, sin duda, la razón a quienes ponen de relieve los riesgos ínsitos a establecer este tipo de medidas de criminalización de la disidencia meramente expresada.

<sup>15</sup> Sobre la evaluación, crítica, de las reformas recientes del precepto, que han ido ampliando su capacidad de punir conductas, véase Teruel Lozano (2015a). Como es sabido, estos delitos no han sido considerados inconstitucionales por violar las libertades expresivas, a diferencia de lo que entendió el Tribunal Constitucional respecto de la mera negación del genocidio (anulando el inciso «y nieguen» que convertía esta acción en conducta típica en el antiguo 607.2 CP por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 235/2007). Esta decisión del Tribunal Constitucional fue más restrictiva que lo expresado unos años antes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que en el caso *Garaudy contra Francia* (2003) había establecido la posibilidad de que una criminalización del negacionismo fuera acorde con el CEDH. Sin embargo, la evolución posterior del TEDH se alinea con la STC 235/2007, y así en *Perincek contra Suiza* (2013) se establece que para que

tiva facilidad, aunque en Europa se da el fenómeno de forma muy aguda<sup>16</sup>, no es perceptible esta evolución únicamente en nuestro continente: en los Estados Unidos de América, por poner un ejemplo paradigmático de país con una supuesta tradición de respeto a la libre expresión de ideas y opiniones por muy cuestionables que fueran en este plano, es cada vez más patente el empleo de técnicas jurídicas para considerar que ciertas manifestaciones expresivas caen de lleno dentro de la «actividad terrorista» y que puedan ser así efectivamente perseguidas, como, de hecho, lo están siendo<sup>17</sup>. También son cada vez más las voces que reclaman la asunción con normalidad de las ideas europeas que

---

la prohibición sea compatible con el tratado es necesario que las manifestaciones puedan considerarse como una incitación al odio, a la violencia o a la intolerancia (razón por la cual no ampara la condena a un conferenciante turco). Sobre las dificultades para justificar la criminalización de este tipo de manifestaciones puramente negacionistas a partir de la lógica del CEDH y una interpretación coherente de la jurisprudencia del TEDH hay mucha bibliografía (Bilbao Ubillos, 2008), entre la que destaca sobremanera el reciente e ingente trabajo de Teruel Lozano (2015b) con muchísima información sobre las distintas estrategias adoptadas en esta materia por diversos países europeos y los riesgos que pueden suponer para el pluralismo.

<sup>16</sup> La tendencia que hemos señalado en España forma parte de una dinámica más global, de la que hay constantes manifestaciones. Por ejemplo, la más reciente de ellas en Francia, donde su Conseil Constitutionnel ha validado, por Decisión de 8 de enero de 2016, la constitucionalidad de la norma conocida en Francia como *loi Gayssot* de 1990, que estableció el carácter delictivo del negacionismo en Francia por primera vez y que no pasó, en su día, por este análisis de constitucionalidad. La norma en estos momentos sanciona en Francia la negación de cualquier crimen contra la humanidad, y lo hace simplemente por el hecho de que éstos sean negados, lo que por mucho que luego sea matizado por los tribunales a la hora de su aplicación, puede resultar conflictivo con la doctrina referida del TEDH. De hecho, el órgano de control francés de la constitucionalidad argumenta de forma tortuosa la compatibilidad de la norma francesa con esa interpretación dejando ver este flanco. La decisión, sea entendida como correcta jurídicamente por esta razón o no, es muy interesante como elemento de esa evolución del derecho europeo que comentábamos y, por lo demás, se inserta de forma muy obvia en el actual clima de opinión existente en Francia tras la ola de atentados islamistas de 2015.

<sup>17</sup> Véanse, por ejemplo, en Carrillo (2016) las reflexiones en torno a la Sentencia *Holder contra Humanitarian Law Project* (2010) del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos donde se falla a favor del gobierno en un caso que utiliza la amplia definición de terrorismo y acciones relacionadas con el terrorismo para vetar ciertas ayudas a actividades de organizaciones humanitarias que realizan proyectos en relación con el Partido Comunista del Kurdistán (PKK), considerado una organización terrorista en los Estados Unidos y aplicando para ello la tristemente famosa *Patriot Act* que tantas

tienden a vedar el *hate speech* en ciertos casos (Waldron, 2014). Esta corriente general solo encuentra de momento cierto freno cuando nos las habemos con la pretensión de castigar las críticas a los dogmas religiosos, pues este tipo de declaraciones, siempre que no sean incitadoras al odio, por lo general, sí están siendo consideradas amparadas por los ordenamientos occidentales<sup>18</sup>. Y ello a pesar de la legislación de algunos países como Turquía o España, que siguen manteniendo en sus ordenamientos delitos que penan simplemente, como es nuestro caso, la mera «mofa o escarnio» del dogma (Mira Benavent, 2014), claramente en contradicción con estas tesis (sobre esta contradicción con los postulados de las sociedades liberales abiertas, Vázquez Alonso, 2016). Es cierto, no obstante, que probablemente ha sido precisamente la nada frecuente aplicación del tipo, pues los jueces no suelen condenar por el mismo, lo que ha impedido hasta la fecha su confrontación ante el TEDH, y lo que explica por ello (junto a la ausencia de voluntad de derogación del legislador español) la pervivencia de este tipo penal en el art. 525 del Código Penal español.

Esta evolución es general, en ningún caso una reacción singularizada contra la expresión en las redes sociales de ideas y opiniones de esta índole. Se cumple así la regla y premisa de partida en la que nos basábamos que establecía la necesidad de dar un tratamiento igualitario a la expresión en las redes frente a la que se lleva a cabo fuera de ellas. Sin embargo, y aunque el tratamiento sea el mismo en un caso y en otro, esta involución represiva sí incide muy particularmente sobre la expresión realizada en Internet y, muy particularmente, en las redes digitales. De una parte, porque no puede desconocerse que esta reacción de incremento de la sensibilidad punitiva del sistema en que estamos inmersos, básicamente operada por medio de un incremento en la reactividad de las instancias que persiguen de oficio estos delitos, ha tenido mucho que ver con la percepción social de que la comunicación digital y, por ende, las redes sociales, facilitan la «propagación» de estos discursos e incrementan su capacidad de penetración, haciéndolos más peligrosos (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2015). Nos enfrentamos aquí, de manera muy clara, a la contradicción ínsita a la reacción restrictiva frente a cualquier expresión que desagrada socialmente a que nos referíamos antes: si la expresión en sí

---

restricciones a numerosos derechos y garantías fundamentales introdujo con posterioridad a los atentados del 11-S.

<sup>18</sup> La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también avala numerosas manifestaciones expresivas críticas con dogmas religiosos que se entiende que son legítimas expresiones de la libertad de expresión, por virulentas que puedan ser, como puede comprobarse en las sentencias de asuntos como *Müslüm Gündüz contra Turquía* (2003), *Paturel contra Francia* (2005), *Giniewski contra Francia* (2006) o *Aydin Tatlav contra Turquía* (2006).

misma desagrada y ofende pero históricamente no nos había parecido suficientemente grave por sus efectos como para ser tenida por delictiva y confiábamos en que aceptar y tolerar su difusión era socialmente mejor que establecer una censura estatal sobre la misma por los evidentes riesgos de someter a tutela el *free flow of news*, pero también de ideas y opiniones, el hecho de que las redes faciliten ahora que esa misma expresión pueda llegar mucho más lejos y alcanzar a muchas más personas no debiera ser una mala noticia en sí misma, sino más bien una buena, en la medida en que se incrementan las posibilidades de que sea conocida y rebatida por un mayor número de personas. Réplicas que, a su vez, tienen también a su disposición en la actualidad más y mejores medios para alcanzar eficazmente en su refutación de las mismas a más gente, contribuyendo así a mejorar el debate público y la construcción de la opinión pública libre en una sociedad democrática, antes que a generar riesgos sociales<sup>19</sup>.

Sin embargo, la percepción dominante en la actualidad, en contradicción evidente con los postulados liberales de nuestro sistema en cuestiones expresivas, no es esta sino, más bien, la contraria. Se considera que el carácter en ocasiones

---

<sup>19</sup> De algún modo, estaríamos ante una reactualización de las conocidas tesis que ya John Stuart Mill realizara en 1859 en su famoso ensayo *On Liberty*, defendiendo al principio de su capítulo segundo la conveniencia de no prohibir nunca las opiniones, incluso las equivocadas o las que contradicen lo que opina todo el resto de la humanidad por los beneficios que la expresión de las mismas reporta: «If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind. Were an opinion a personal possession of no value except to the owner; if to be obstructed in the enjoyment of it were simply a private injury, it would make some difference whether the injury was inflicted only on a few persons or on many. But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error». De alguna manera, toda la doctrina liberal sobre la protección de la libertad de expresión en las sociedades liberales reposa sobre esta convicción. La conveniencia de que, en el «mercado de las ideas», corresponda a las opiniones correctas y sensatas la carga de ir poco a poco erradicando a quienes se equivocan o defienden posiciones dañinas para la sociedad, en lugar de dejar esta tarea en un omnímodo poder público muy propenso a equivocarse o actuar en su propio beneficio en este y otros ámbitos (Salvador Coderch, 1990), es a día de hoy todavía una de las bases compartidas por casi todas las democracias occidentales liberales y pluralistas.

cerrado o semipúblico de las redes sociales dificulta que este debate se desarrolle correctamente, en tanto que segmenta a la opinión pública y este elemento (que curiosamente, en cambio, no es valorado a la hora de determinar si estaríamos ante expresiones de odio racial o religioso, por ejemplo, no tanto públicas como, más bien, realizadas en una comunidad más o menos cerrada y limitada, lo que serviría a efectos de restringir la aplicación de ciertas figuras delictivas) se toma como argumento explicativo de la necesidad de impedir que ciertos contenidos se difundan en las redes, pues supuestamente en esos entornos más bien cerrados los ciudadanos acaban por recibir solo ciertos *inputs*, solo cierto tipo de opiniones, impidiéndose el contraste e incrementándose con ello los riesgos sociales de extensión de este discurso y de «fanatización» de sus destinatarios.

Como es evidente, esta evolución de la percepción social tiene mucho que ver con determinados fenómenos terroristas, de tipo político, aunque en ocasiones mezclado con reivindicaciones que se pretenden religiosas, que usan también estos medios, como no puede ser menos en una sociedad que los emplea para todo tipo de actuaciones, para la captación de terroristas. En sociedades, como la estadounidense, traumatizada por el recuerdo de los atentados del 11-S de 2001 en Nueva York y el Pentágono, ha sido fácil emplear el terrorismo como coartada para introducir numerosas restricciones y crecientes controles a la expresión en las redes (básicamente la posibilidad de acceder a todos estos contenidos indiscriminadamente para su almacenamiento y control), como ya hemos referido, en un contexto de recortes en las garantías derivados de la tristemente famosa *Patriot Act*. Algo para lo que, además, se cuenta con la ayuda y el apoyo de las propias empresas del sector, de las propias redes sociales (algo sobre lo que volveremos en breve) que son las primeras interesadas en presentar a sus usuarios entornos lo menos «contaminados» posible, por razones de imagen y de mercado, de contenidos que choquen o hieran en este plano, particularmente sensible. También en Europa, donde a pesar de atentados como los del 11-M de 2004 en Madrid o del 7-J de 2005 en Londres no se había producido inicialmente una reacción en exceso restrictiva, los tiempos han cambiado. Tanto la presión de la opinión pública y política como la de las regulaciones contraterroristas que vienen de los Estados Unidos han modificado el contexto en que se aplican unas reglas (por ejemplo, las referidas a la apología o enaltecimiento del terrorismo) que, claramente, a día de hoy son interpretadas de modo mucho más restrictivo que antaño en casi todo el continente y, por supuesto, también en España. Además, y recientemente, tras los atentados de París en varias oleadas a lo largo de 2015<sup>20</sup>,

---

<sup>20</sup> Matanza de Charlie Hebdo el 7 de enero de 2015, así como los asesinatos que se derivaron de la huida de los miembros de la célula que los llevó a cabo; ola de atentados

abiertamente reivindicados por extremistas religiosos vinculados al autodenominado Estado Islámico de Siria y Levante (ISIS), esta presión jurídica se ha incrementado, provocando un escrutinio cada vez más atento de las redes sociales y otros foros y modos de relación digital que son empleados para la radicalización, fanatización y reclutamiento de posibles futuros terroristas. Hasta qué punto esta reacción tenga sentido y sea eficaz es muy cuestionable<sup>21</sup>, como también lo es su compatibilidad con los principios liberales que rigen en nuestra sociedad, pero en la medida en que suele aplicar mecanismos de coerción estatal no públicos y que no recurren al derecho penal plantean menos problemas<sup>22</sup>. Así pues, podría decirse, en definitiva, que las redes sociales (o,

---

de la noche del 13 de noviembre de 2015 en diversas cafeterías y en la sala de conciertos Bataclan. Sobre las consecuencias de estos atentados en cuestiones de tolerancia y discurso del odio religioso, Martínez Torrón (2015).

<sup>21</sup> El derecho no está acostumbrado a combatir estas manifestaciones como lo que son: expresiones de violencia y exclusión originadas en la propia normalidad de las sociedades occidentales y que, por ello, tienen mucho más que ver con lo que somos todos y lo que son las sociedades europeas que con esos supuestos «enemigos» externos contra los que empleamos el aparato punitivo del Estado en las reacciones habituales para combatir el fenómeno. Por ello, frente a las reacciones de control y represión que tienen como objetivo protegernos frente al «otro», conviene reflexionar sobre cómo nos protegemos frente a nosotros mismos. ¿Cómo deviene un joven europeo normal uno de los protagonistas de sucesos como los del Bataclan? A este respecto, más que un trabajo científico al uso, es muy recomendable la lectura de la novela *Métamorphoses*, que François Vallejo publicó en 2012 (reeditada por Viviane Hamy en 2015), que ayuda a entender hasta qué punto ciertos hechos no son solo ejercicio exógeno de la violencia, sino agresiones que en ocasiones tienen su origen en nuestras propias comunidades.

<sup>22</sup> La presión informal sobre las redes sociales (y sobre los proveedores de acceso a Internet), que a fin de cuentas son vehículo de transmisión ineluctable para que estas informaciones y opiniones puedan difundirse, suele ser muy eficaz. En un mundo donde, además, la capacidad de detección de ciertos contenidos es enorme a partir de búsquedas automatizadas, redes como Facebook o Twitter pueden aplicar, como de hecho hacen, todo tipo de políticas de control de los contenidos que comparten por medio de las mismas sus usuarios. Políticas, además, que cuentan con la ayuda de la propia comunidad para identificar y detectar contenidos conflictivos, por medio de la denuncia ante los propios gestores de la red de los mismos y que, por lo general, resultan extraordinariamente eficaces (incluso, en ocasiones, excesivamente eficaces, por cuanto el *block & report* —bloqueo y denuncia— de un usuario suele llevar por defecto a la eliminación del contenido y posible suspensión, siquiera sea temporal, de la cuenta por manifestaciones en ocasiones nimias dado que estas empresas, por razones de imagen y de política comercial, prefieren pecar, por lo general, de «prudentes»). De hecho, estas políticas, al ser aplicadas por empresas privadas que

más bien, cierto histerismo público asociado a la expresión que se lleva a cabo en las mismas) están en parte en la génesis de esta visión más restrictiva que poco a poco se está imponiendo en nuestras sociedades. Pero es que, por otro lado, es justamente en las redes sociales donde más visibles son los efectos de este endurecimiento de la reacción estatal frente a los discursos del odio, dado que es precisamente en ellas donde resulta más sencillo encontrar expresiones agresivas y disparatadas de usuarios que, sin ser muy conscientes del escrutinio público al que se somete en la actualidad a este tipo de comportamientos,

---

facilitan un espacio para el encuentro y el intercambio de información a partir de unas reglas voluntaria y libremente aceptadas por sus usuarios por medio de la aceptación libre de unas condiciones reguladas por el derecho privado, pueden ser, como de hecho lo son, mucho más restrictivas que las reglas en materia de libertades expresivas que enmarcan nuestros derechos. Lo cual puede suponer, y posteriormente nos ocuparemos de ello, un problema desde la perspectiva de la libertad de expresión, que queda crecientemente supeditada a la visión sobre ciertos aspectos del mundo y de la vida que tienen empresas privadas, que pueden ser mucho más restrictivas y conservadoras, por razones de mercado, de lo que son las reglas que han disciplinado desde hace dos siglos en las sociedades occidentales, al menos como principio, la libertad de expresión (son recurrentes, por ejemplo, las polémicas derivadas del tratamiento que redes como Facebook o Instagram, frente a otras más permisivas como Twitter, dan a la desnudez, particularmente femenina, que en ocasiones ha llevado a eliminar o bloquear contenidos tanto claramente artísticos como, por ejemplo, asociados a la información sobre cuestiones de indudable interés público como la prevención del cáncer de mama). Por supuesto, esta capacidad privada puede ser también empleada, si hay acuerdo con las autoridades, tanto para controlar a quienes difunden ciertos contenidos como para, llegado el caso, bloquearlos a voluntad. Ello explica, por ejemplo, la facilidad con la que las administraciones públicas españolas han logrado que se bloqueen en todos los sitios web *mainstream* y redes sociales masivas los contenidos asociados a enfermedades como la anorexia y la bulimia, por mucho que resulta evidente que entra dentro de los márgenes de la libertad de expresión contemplada en el art. 20 CE dar consejos sobre dieta, por extremos que sean, en las redes sociales. Ocurre, sin embargo, que la libertad de expresión efectiva en las redes sociales no es tanto la que enmarca la Constitución como la que marcan las empresas que las gestionan y estas, aunque en ocasiones puedan tener intereses económicos evidentes en no limitarla en exceso si se genera tráfico y hay comunidades numerosas interesadas en esos contenidos por muy errados que puedan estar y a pesar de los riesgos potenciales que siempre existen asociados a difundir información no rigurosa científicamente (piénsese, por ejemplo, en la homeopatía y otros tratamientos acientíficos que se difunden por las redes), sí que se ven en cambio compelidas a actuar cortando el acceso cuando son contenidos socialmente tenidos por muy claramente nocivos y la presión de las autoridades es grande.

incurren en excesos expresivos que tradicionalmente no habrían trascendido socialmente, y menos aún jurídicamente, por haber sido desarrollados en una esfera privada o reservada. Que, por supuesto, estos usuarios no coincidan con los que efectivamente se fanatizan y radicalizan, que suelen ser tanto más prudentes cuanto más peligrosos, no parece ser una razón de peso suficiente para aligerar el creciente fardo de preocupación social con el que carga la reputación de la expresión en las redes sociales.

Ahora bien, precisamente por esta razón, justamente por el hecho de que se aplica sobre las mismas este mayor escrutinio respecto de este tipo de discursos, las redes sociales son también un privilegiado observatorio no solo de ciertas patologías sociales (más trágicas que peligrosas) sino, también, de las insuficiencias y peligros de la represión jurídica, y particularmente penal, frente a este tipo de situaciones. El derecho penal no es bueno para reprimir la expresión en estos planos por muchas razones que teóricamente están más que desarrolladas (Vives Antón, 2001), pero las redes sociales permiten a diario contrastar este bagaje teórico crítico con la realidad. Así, la predicada inocuidad de la mayor parte de expresiones ofensivas o vejatorias hacia colectivos o grupos (que no superarían el umbral requerido por el principio de ofensividad, por mucho que haya quien considera que puedan ayudar a crear caldos de cultivo generales), es bastante manifiesta cuando analizamos cada acción individual en este sentido en las redes (lo que, como es obvio, e incluso en el caso de que consideráramos que la emisión de este tipo de expresiones globalmente consideradas es nociva, desconsejaría un tratamiento penal singularizado de solo algunas de ellas, que por sí mismas no tendrían relevancia). También se hace fácilmente patente cuando analizamos cómo se aplica a la expresión en las redes sociales este tipo de restricciones, por esta misma razón, la inevitable y absurda arbitrariedad de actuar solo contra algunos (de entre los que puedan emitir contenidos de cierto tipo, pues acaba siendo imposible actuar contra todos) que, además, lleva necesariamente a diferenciaciones entre contenidos expresivos sustancialmente idénticos de imposible generalización y que acaban haciendo depender el procesamiento e incluso la condena de alguien de cuestiones tan contingentes como la casualidad o denuncia pública de quien cuenta con suficiente capacidad de movilización, la relevancia social o política del emisor del contenido o, directamente, de la sensibilidad de aplicadores (policías, fiscales, jueces...), lo que conduce a arbitrariedades sin cuento... y sin demasiado sentido que reflejan de forma patente todas las insuficiencias y peligros del «derecho de la policía expresiva del enemigo». Así, e inevitablemente, los contenidos y colectivos socialmente mejor considerados gozarán de cierta carta blanca y manga ancha, mientras que aquellos que expresan opiniones críticas o disidentes, incluso cuando lo son de forma humorística, pueden verse con mucha mayor facilidad en situaciones comprometidas. Basta un rápido repaso a las



acciones penales más significativas de los últimos tiempos para comprobar que, en efecto, esto es lo que viene ocurriendo<sup>23</sup>.

Resulta llamativo, además, que venga ocurriendo cuando en las propias redes sociales, por ejemplo, la propia Policía Nacional, que tiene una cuenta en Twitter muy popular y desenfadada con varios millones de seguidores, expresa con cierta naturalidad y sentido común lo que podríamos considerar que es una posición liberal (y que sería por ello tradicionalmente compatible con el entendimiento clásico en la materia que aplicábamos, de siempre, fuera de las redes sociales):



Es decir, que la mera expresión del deseo genérico de que un cierto colectivo padezca alguna desgracia o agresión (seguidores de un club de fútbol, habitantes de una región de España, miembros de una comunidad religiosa...) realizada en abstracto, sin incitación concreta a la acción y sin pretender convencer a nadie de que, efectivamente, coloque una bomba contra nadie, sería una expresión lamentable de estupidez pero no tendría sentido asimilar-

<sup>23</sup> Resulta interesante comprobar, para lo que es suficiente una realizar una búsqueda en CENDOJ por año, el incremento en los últimos años de las condenas por delitos expresivos de apología del terrorismo, tanto más sorprendente cuanto se ha producido coincidiendo con el fin de la actividad de la banda terrorista ETA. Así, frente a solo 5 condenas por este delito en 2011, en 2012 ya fueron 10, en 2013 subieron a 15, cifra que prácticamente se mantiene en 2014 con 14 para dispararse a lo largo de 2015 a ni más ni menos que 25 condenas. La mayor parte de las mismas, por lo demás, lo son por comentarios vertidos en redes sociales, lo que nos indica claramente que no se está castigando más porque se haya producido un incremento de la apología del terrorismo, sino que el fenómeno es más bien probablemente resultado tanto de una mayor sensibilidad a la hora de activar procedimientos (relacionada con el estrechamiento reciente de la concepción dominante respecto de la libertad de expresión en este campo), como sobre todo de una mayor prominencia de las referidas redes, que hacen más trazables estas afirmaciones y las sitúan en un terreno supuestamente más público, y así lo entienden nuestros jueces, cuando probablemente sus autores se estaban expresando de un modo equivalente a como antaño lo hacían en el ámbito privado.

la a un delito por muchas razones: su inocuidad social, la normalidad con la que estos comportamientos se suceden (por lamentables que sean), los enormes costes (económicos y sociales) que supondría la persecución de todos y cada uno de estos casos e incluso el riesgo, siempre cierto, de que por esta vía se persiga a la disidencia por sus ideas políticas mientras que expresiones estrictamente equivalentes se tengan por perfectamente admisibles y no sean perseguidas.

De hecho, este riesgo se ha concretado no pocas veces en los últimos años, y ha sido una constante de la actuación de la Policía (a pesar de su sensata declaración de intenciones) y de la Fiscalía, que como órganos estatales y dependientes del Gobierno de España han demostrado una selectiva tendencia a perseguir ciertos comportamientos expresivos dependiendo de los colectivos respecto de los que iban dirigidos los deseos expresados de exterminio o las ideas de fondo latentes en el mismo. Así, y en flagrante contradicción con la idea que transmitía la Policía en su mensaje, oleadas de afirmaciones agresivas del estilo de las señaladas («hay que matarlos a todos», «hay que poner una bomba en...», «qué bien que mueran los...») no han merecido nunca reproche si los colectivos señalados son, por ejemplo, los habitantes de ciertas regiones de España, pero sorprendentemente sí lo merecen cuando los destinatarios son la clase política:



Este usuario de Twitter, por ejemplo, ha visto cómo se le detenía por mensajes de este estilo, concretados finalmente en un procesamiento en el que se le piden de 7 a 10 años de cárcel<sup>24</sup>. Como puede fácilmente entenderse, es

<sup>24</sup> Puede encontrarse información sobre esta detención en <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2014/05/16/5375cc24268e3eb87a8b456b.html> (última consulta: 15 de enero de 2016). La detención y posterior procesamiento de este tuitero se produce en un determinado contexto, posterior al asesinato (por cuestiones personales, no políticas) de la presidenta de la Diputación de León en mayo de 2014, asesinato que provocó numerosas detenciones y procesamientos de personas, normalmente jóvenes y absolutamente desvinculadas de este crimen, por la emisión de mensajes equivalentes.

muy llamativo que, a partir de una identificación tan abstracta («fills de putes feixistes»), y por mucho que resulte evidente del contexto que se refiere a la clase política conservadora española, se entienda que hay una apología del terrorismo en este caso. Y eso por no mencionar la de mensajes estrictamente equivalentes que podemos encontrar en otras direcciones. Sin embargo, las actuaciones policiales se realizan a partir de la reactividad que provocan ciertos eventos (en este caso, como se ha comentado, el asesinato de la presidenta de la Diputación de León, que condujo a la detención de una decena de tuiteros por expresiones equivalentes a esta) y siempre con una determinada orientación que nada tiene que ver con el efectivo riesgo social asociado a estos mensajes. ¿O acaso plantea riesgo alguno lo que pueda decir en una red social un adolescente con apenas dos centenares de «seguidores», que además están compuestos por su grupo de amigos y que, por ende, permite augurar que los mismos no van a tener mayor difusión? Actuaciones como esta son un ejemplo paradigmático de la inadecuación de la respuesta penal ante afirmaciones de este tipo y de cómo es inevitable que respuestas penales de esta índole se acaben convirtiendo en correa de transmisión de la ideología dominante para coartar a ciertos grupos sociales frente a otros. Si no fuera así, por ejemplo, en coherencia con pedir hasta diez años de cárcel por apología del terrorismo a quien expresa un deseo genérico en las redes sociales ante una limitada audiencia de conocidos y amigos de asesinar a la clase política «fascista», la Policía y la Fiscalía deberían actuar con idéntico aparataje y diligencia (detenciones, procesamiento, peticiones de cárcel de una decena de años de cárcel...) frente a quien expresara un deseo semejante frente a la clase política progresista y más todavía si se hace con nombres y apellidos y más todavía si se hace en una radio de ámbito nacional y con decenas de miles de oyentes. Pero, como es bien sabido, esto dista de ser el caso<sup>25</sup> (y, además, muy probablemente, es

---

<sup>25</sup> Por referirnos solo al último ejemplo en el momento de escribir esta líneas, el 21 de enero de 2016 el conductor de un programa radiofónico de ámbito nacional expresó en antena cómo la visión de ciertos miembros de un concreto partido político, Podemos, a los que identificó con nombre y apellidos, le generaba el deseo de coger una escopeta y dispararles. Más allá de la condena, por ejemplo, por parte de la Asociación de la Prensa de Madrid (<http://www.apmadrid.es/noticias/generales/la-apm-deplora-las-declaraciones-de-federico-jimenez-losantos-sobre-miembros-de-podemos?Itemid=209>), este tipo de manifestaciones no se suele considerar en España que merezcan un reproche penal y son, de hecho, habituales, con mayor o menor fortuna, en el ámbito de lo que generosamente podríamos calificar como «crítica política». Llama la atención, en cambio, que expresiones estrictamente equivalentes sí lo merezcan, aunque solo en ciertos casos, cuando los protagonistas son anónimos ciudadanos que se expresan en las redes sociales.

bueno que sea así<sup>26</sup>). Por muy estúpidas, desagradables y, si se quiere, incluso no amparadas por el derecho que puedan entenderse estas manifestaciones, es innecesario emplear la represión penal contra ellas. La estupidez en la vida, y también en las redes sociales, es consustancial a los seres humanos y hay un cierto «derecho a ser idiota» siempre y cuando no se dañe a nadie más que a uno mismo con ello. «Derecho» que, por lo demás, suele manifestarse sobre todo en nuestra vida privada, personal y familiar, como también era el caso, en el fondo, en el supuesto analizado, a pesar de la mayor reactividad por parte del Estado.

Esta mayor reactividad, con todo, suele ser contenida por los jueces, que hasta la fecha, y sensatamente, son reacios a condenar por este tipo de manifestaciones. Aunque lo cierto es que la afirmación puede ser matizada pues, como hemos señalado, se detecta en los últimos años un incremento cierto del empleo de la respuesta penal frente a algunas de estas manifestaciones expresivas, si bien de manera totalmente asistemática. Un ejemplo paradigmático de lo que señalamos, y que probablemente junto con el ya expresado permiten, por la crudeza extrema del anterior y lo significativo de este, entender cómo es la respuesta en España frente a los mensajes en redes sociales que se consideran de incitación al odio y al terrorismo, es el procesamiento del líder de un grupo de música en la Audiencia Nacional por unos tuits que se consideraron vejatorios para las víctimas del terrorismo y, como consecuencia de ello, delito de enaltecimiento del mismo. La Audiencia Nacional finalmente absuelve al músico, en medio de una gran polémica mediática, por entender que los mensajes propagados en las redes sociales en su cuenta, en los que celebraba el asesinato de Carrero Blanco por la banda terrorista ETA o hacía mofa de otras víctimas como Ortega Lara, no podía entenderse probado que hubieran sido escritos por este<sup>27</sup>. Pero no hay tanta deferencia cuando los comentarios son hechos, aunque sea en un mismo sentido (es llamativo en ocasiones hasta qué punto se pueden repetir patrones, incluyendo la atención que presta nuestra Fiscalía a quienes manifiestan alegría por el asesinato a manos de ETA del primer presidente del Gobierno de la dictadura franquista), por

---

<sup>26</sup> Como, por otra parte, ha confirmado recientemente el TEDH al anular la condena a este mismo locutor de radio por expresiones tenidas por injuriosas en España y referidas a un prominente político al que se acusaba de tener una actitud moralmente reprochable respecto de matanzas terroristas (*Jiménez Losantos contra España*, junio 2016).

<sup>27</sup> Los medios de comunicación dieron cuenta con amplitud del caso. Véase, por ejemplo, la noticia de la absolución en [http://politica.elpais.com/politica/2015/10/04/actualidad/1443980757\\_097452.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/10/04/actualidad/1443980757_097452.html) (última consulta: 15 de enero de 2016). Con todo, la sentencia absolutoria se encuentra en estos momentos recurrida ante el Tribunal Supremo.

un ciudadano anónimo, que ve cómo la expresión de ese tipo de comentarios se concreta en una condena a 18 meses de cárcel en la misma Audiencia Nacional<sup>28</sup>. El problema de estas actuaciones, de nuevo, y más allá de su desproporción, es que nos ponen ante los ojos todos los problemas del derecho penal del enemigo: arbitrariedad en la persecución, doble rasero, violación de garantías, excesos represivos innecesarios... Estos ejemplos obligan a reflexionar sobre la inconveniencia de respuestas punitivas fragmentarias, que parecen ir solo en una dirección (no se conocen procesamientos por jaleo a las actuaciones de los GAL o los asesinatos de jóvenes antifascistas, por mucho que es extraordinariamente sencillo encontrar también mensajes de este tipo en las redes) y que además tienden sistemáticamente a mezclar el enaltecimiento del terrorismo y su apología con expresiones en redes sociales de usuarios que las emplean para relacionarse con conocidos y amigos y que, por ello, podría entenderse también que forman parte del ámbito privado.

Lo que pone de manifiesto la persecución de ciertos comentarios en las redes sociales, tanto en España como en los países de nuestro entorno, es el verdadero carácter de la persecución de estos delitos de opinión, que sistemáticamente son empleados solo contra las minorías (así, por ejemplo, en países como Pakistán, Arabia Saudí, Kuwait... son ya habituales las condenas por blasfemia en Twitter o Facebook<sup>29</sup>) y además incluso obligan a las autoridades a desarrollar una

<sup>28</sup> Y ello tras una conformidad, pues la Fiscalía pedía una pena muy superior, que además obliga a aceptar una inhabilitación por muchos años: [http://politica.elpais.com/politica/2015/11/05/actualidad/1446754630\\_805499.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/11/05/actualidad/1446754630_805499.html) (última consulta: 15 de enero de 2016).

No se trata, además, de casos aislados. Hay una constante puesta a disposición de las autoridades judiciales de usuarios de las redes sociales que emiten opiniones de esta índole, el más reciente el procesamiento de una joven que hacía chistes sobre víctimas de ETA en su cuenta de Twitter (por lo demás, bastante ingenuos en su mal gusto, del tipo de «son la bomba») o enlazaba con comentarios no se sabe si irónicos vídeos o fotos, contextualizándolos en un «Gora ETA», a la que la Fiscalía solicita dos años de cárcel: <http://www.20minutos.es/noticia/2650584/0/twitter-tuit-denuncia/eta-audiencia-nacional-condena/juicio-chistes-irene-villa/> (última consulta: 15 de enero de 2016).

<sup>29</sup> La identidad de razón con nuestro art. 525 CP que denunciábamos antes (Mira, 2014) es evidente, así como con las expresiones de represión de la disidencia y el pensamiento minoritario. No lo son, en cambio, las condenas y su dureza, que causan por ello cíclicamente indignación en las sociedades europeas presuntamente libres de este tipo de mecanismos de coacción estatal. Véanse los casos del joven kuwaití condenado a 10 años de cárcel por blasfemar en Twitter ([http://internacional.elpais.com/internacional/2012/06/04/actualidad/1338813447\\_059698.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2012/06/04/actualidad/1338813447_059698.html), última consulta: 15 de enero de 2016) o el más extremo si cabe del pakistaní condenado a muerte por blasfemar en Facebook (<http://>

serie de tareas, como la de juzgar ciertas manifestaciones expresivas políticas o humorísticas, que es mucho más sensato dejar que lleve a cabo la sociedad por sí misma. Esta dinámica represiva que nos parece sistemáticamente aberrante cuando se produce en sociedades lejanas y respecto de expresiones de disidencia social y política que entendemos bien porque no formamos parte del grupo dominante que las reprime, en cambio, nos cuesta mucho más identificarla como peligrosa y gravemente limitadora del pluralismo cuando somos nosotros los que conformamos el grupo dominante y son nuestras ideas las que, empleando estos medios, combaten manifestaciones que se alejan de nuestra normalidad y que, por ello, podemos llegar a entender, estas sí, como gravemente erradas y nocivas.

Como es lógico, este rasgo se intensifica en momentos o frente a situaciones de gran emotividad social, y por ello los conflictos en las redes sociales españolas en Twitter suelen tener como protagonista a la banda terrorista ETA. Pero algo semejante ocurre en cualquier sociedad en situaciones homologables, planteándose problemas muy similares. Así, frente a los atentados islamistas sufridos por la redacción de la revista *Charlie Hebdo* el pasado 7 de enero de 2015, y en medio de una oleada de encendidas defensas de la libertad de expresión y de los valores que representaba esa publicación, vehiculada por etiquetas sociales como #JeSuisCharlie, nuestras sociedades compatibilizaron esa reacción con la condena por apología del terrorismo al humorista francés Dieudonné por publicar en Facebook y Twitter una frase como «Je me sens Charlie Coulibaly» (en referencia no solo a la revista sino también al responsable de la matanza sucedida dos días después en un supermercado parisino, relacionada con el primer atentado, y a los que se ponía en el mismo plano por razones que pueden compartirse o no pero que han de tenerse como perfectamente legítimas para iniciar un debate político)<sup>30</sup>. Que un contenido como este pueda conllevar una condena penal a su autor en un contexto que, a la vez, está glorificando las virtudes de la defensa a ultranza, en términos *voltairianos*, de la libertad de expresión no deja de reflejar una grotesca paradoja sobre el funcionamiento de nuestros aparatos represivos de la expresión disidente.

Y no solo ello, sino que como las redes sociales son un canal de expresión y de emoción compartida que permite participar de la misma de modo muy sencillo a muchos ciudadanos, que ante cualquier situación transmiten a través de las mismas todo tipo de expresiones, desde la imagen que a día de hoy

---

[www.taringa.net/posts/noticias/5847801/Creador-de-facebook-condenado-a-muerte-por-blasfemo-y-hereje.html](http://www.taringa.net/posts/noticias/5847801/Creador-de-facebook-condenado-a-muerte-por-blasfemo-y-hereje.html), última consulta: 15 de enero de 2016).

<sup>30</sup> La noticia de la condena obtuvo mucho eco mediático: [http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/je-me-sens-charlie-coulibaly-dieudonne-condamne-a-deux-mois-de-prison-avec-sursis\\_1662430.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/je-me-sens-charlie-coulibaly-dieudonne-condamne-a-deux-mois-de-prison-avec-sursis_1662430.html), (última consulta: 15 de enero de 2016).

todos asociamos a las matanzas de París la noche del 13 de noviembre de 2015 como símbolo de la paz y que su autor difundió por sus cuentas en las redes a muchos más ejemplos de reflexión, crítica y creatividad de ciudadanos anónimos. ¿Tiene sentido controlarlos y enjuiciarlos respecto de su corrección y pertinencia ideológica? ¿Es posible recurrir al humor en estos casos? La inherente pluralidad a la expresión en las redes sociales, su carácter desarticulado, el hecho de recibir influencias y congregar mensajes de cientos de miles de personas muy diversas, obligan a ser particularmente comprensivos con los códigos expresivos empleados, que pueden ser muy diversos, tanto como lo son los participantes. De modo que es peligroso juzgar con un entendimiento muy estrecho de lo que es la expresión «correcta» y de cuáles son las intenciones subyacentes a cada mensaje las manifestaciones plurales que se congregan en las redes. No hacerlo así lleva a más paradojas sangrantes, cuando no trágicas, que muestran los límites a la acción de quienes aspiran a controlar la expresión en las redes por medio de un dirigismo estatal exacerbado que acaba derrapando. Así, como un estudiante francés de Nantes descubrió, y por paradójico que resulte, la misma portada de *Charlie Hebdo* que estaba siendo aclamada como símbolo de la libertad de expresión y de la conveniencia de que un régimen democrático pudiera aceptar como legítimas todo tipo de críticas a colectivos e ideas, podía considerarse delictiva si simplemente era colgada en su muro de Facebook con unos pequeños retoques<sup>31</sup>:



<sup>31</sup> La Fiscalía francesa procesó a este estudiante de instituto, menor de edad, ni más ni menos que por apología del terrorismo (<http://www.ouest-france.fr/pays-de-la-loire/nantes-44000/apologie-du-terrorisme-un-lyceen-nantais-poursuivi-pour-un-dessin-3119401>, última consulta: 15 de enero de 2016).

Esta incomprensión respecto del humor y el tipo de reflexiones tan enriquecedoras para el pluralismo que tienen en las redes sociales un ámbito muy natural de expresión nos lleva al ejemplo quizás más paradigmático que hemos vivido recientemente en España sobre los efectos de la criminalización en Twitter de ciertas expresiones, el conocido «caso Zapata». Este caso condensa a la perfección, en un solo supuesto, todos los problemas de acudir a estas vías para disciplinar contenidos expresivos u opinativos por medio del derecho penal, así como hasta qué punto estas contradicciones se agravan cuando son realizados en las redes sociales. En este caso, varios tuits, necesariamente descontextualizados (pues por un lado había pasado ya mucho tiempo cuando le son achacados a su autor<sup>32</sup>; por otro la propia dinámica de las redes sociales, y particularmente de Twitter, dificulta el entendimiento de los mismos si no se analizan globalmente y en relación a los de otros usuarios con los que se está interactuando; al margen de que los códigos expresivos de las redes sociales tienen unas particularidades propias que han de ser tenidas en cuenta, como que muchas veces no se expresa exactamente lo que uno piensa, sino que se transmiten frases de otras personas o reflexiones hipotéticas para criticarlas, ridiculizarlas o reflexionar sobre ellas), que en su momento no generaron ningún problema, pasan a ser objeto de atención mediática solo cuando su autor es elegido concejal en el Ayuntamiento de Madrid. Y pasan a ser no solo objeto de atención mediática sino incluso de controversia jurídica, pues la Fiscalía, contra la opinión del instructor, considera que los mensajes en cuestión, donde hay una serie de reflexiones sobre los límites del humor poniendo como ejemplo chistes antisemitas, constituyen un delito de incitación al odio racial<sup>33</sup>. Que manifestaciones expresivas de esta índole, humorísticas, irónicas,

---

<sup>32</sup> Esta dimensión resulta interesante también. ¿A partir de qué momento ha de entenderse que comienzan a correr los plazos de prescripción por manifestaciones expresivas contenidas en redes sociales? ¿O puede considerarse que mientras estén disponibles, como es consustancial a las mismas, no lo hacen? En esta línea se han pronunciado ya algunos órganos, como la Junta Electoral Central, en supuestos semejantes (por ejemplo, obligando a retirar a un gobierno autonómico vídeos colgados en Twitter y Facebook que seguían disponibles en tiempo de campaña electoral aunque lo habían sido tiempo antes, aduciendo que esos contenidos se entendían mientras estuvieran disponibles como publicados en ese momento, y por ello vedados: Decisión en el Expediente 293/701 de la Junta Electoral Central de 2 de junio de 2016).

<sup>33</sup> El «caso Zapata» no ha sido zanjado jurídicamente aún en el momento en que se escriben estas líneas. Tras sucesivos archivos por parte del juez instructor finalmente apoyado en estas tesis por la Fiscalía se han sucedido recursos de acusaciones populares de marcado cariz ideológico que han logrado que hasta en tres ocasiones



autoparódicas, con la vocación expresa de chocar y de pretender explorar los límites de «lo políticamente correcto» para reflexionar sobre ellos... puedan ser reprimidas (y, de hecho, lo estén siendo a día de hoy en España) da una idea muy acabada sobre la naturaleza y gravedad del problema de comprensión de algunos de nuestros operadores jurídicos tanto sobre la realidad de lo que ocurre en las redes y su significación como sobre el valor del pluralismo y las libertades expresivas en una sociedad democrática.

En definitiva, en Twitter y Facebook, sobre todo, pero también en el resto de redes sociales, podemos encontrar expresión de ideas que pueden resultar molestas, desagradables o chocantes, pero no parece que debiéramos escandalizarnos en exceso por ello ni, sobre todo, recurrir a la vía penal para su represión. Esta criminalización de ciertos contenidos expresivos y opinativos no logra sus objetivos de evitar la aparición de estos mensajes (finalidad de prevención general), que se siguen produciendo, y que solo pueden ser proscritos por medio de una acción social destinada a convencer. Algo para lo que las redes sociales, lejos de ser perjudiciales, son muy beneficiosas, en la medida en que permiten una reacción colectiva de crítica y reflexión. Y ello por no reiterar que la propia dinámica empresarial de las mismas ya hace que, de por

---

la Sala encargada de revisar la acción del instructor reabra el caso hasta el punto de haber determinado, en julio de 2016, la necesaria apertura de juicio oral. Así pues, y al menos hasta este momento, frente a las razones que se acogían a las garantías constitucionales en materia de libertad de expresión y a la doctrina del TEDH sobre la admisibilidad de las conductas que hieren, desagradan o chocan, la Audiencia Nacional ha considerado definitivamente que en España, en 2016, ha de abrirse juicio oral para determinar si unos chistes antisemitas colgados por un usuario de una red social como ejemplificación de cuáles pueden ser o no los límites de la libertad de expresión en el seno de una discusión entre usuarios de Twitter han de ser merecedores de una condena penal en el marco, cada vez más generoso e interpretado expansivamente, de nuestro art. 510 CP (puede verse una noticia sobre el estadio actual del proceso en [http://politica.elpais.com/politica/2016/07/11/actualidad/1468239108\\_060111.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/07/11/actualidad/1468239108_060111.html), última consulta: 11 de julio de 2016). La criminalización del humor, incluso del humor de mal gusto, es socialmente muy criticable, pues cualquier chiste tiene siempre el efecto de mover a la reflexión (o, al menos, de poder hacerlo potencialmente). Esta propia naturaleza humorística de la reflexión conflictiva, unido al hecho de que el contexto permitía identificar claramente que ni su autor es antisemita ni parecía claramente avalar el chiste, sino más bien al contrario, dan al caso un cariz más perturbador. Además, resulta particularmente inquietante que esta criminalización pueda llegar a fructificar solo frente a ciertas personas cuando hay conductas equivalentes o mucho más graves todos los días no perseguidas.

sí, los contenidos más conflictivos suelen ser retirados sin que sea necesaria la intervención de las autoridades. Globalmente, de hecho, parece que los riesgos para el pluralismo derivados de que las redes se conviertan en un canal de difusión privilegiada de expresiones y opiniones son, más bien, los que pasan por las posibilidades de silenciamiento que las mismas otorgan a ciertos sujetos, pocos, respecto de las opiniones de muchos otros antes que por los de que la opinión disidente se descontrola en las mismas. Paradójicamente, a este riesgo se le presta poca atención porque allí donde se desconfía de su capacidad para imponer las opiniones de la abrumadora mayoría social contraria a la violencia y al terrorismo sí se entiende, por el contrario, que la propia presión social y política de los usuarios será más que suficiente para garantizar los suficientes espacios de expresión a las minorías.

## 2. LA REPRESIÓN DE LA EXPRESIÓN ATENTATORIA CONTRA LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En todo caso, nada de ello significa que no pueda haber, más allá de los contenidos políticos y opinativos, usos de las redes sociales que sí merezcan reproche penal, como pueden ser las amenazas directas de un individuo a otro (que pueden canalizarse por las redes exactamente igual que se canalizan por otros medios, pero con la ventaja para su persecución de que en este caso dejan un rastro muy evidente) o con atentados clásicos a derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen), que sustancialmente no han visto alterados sus perfiles aunque la generalización de las redes sociales sí haya supuesto ciertos cambios en la manera en que estas agresiones puedan producirse y que sin duda hemos de tener en cuenta (Lloria García, 2013).

Internet y las redes sociales pueden ser canal para la comisión de muchos delitos, como ha sido largamente estudiado por la doctrina penal<sup>34</sup>. No todos ellos, ni siquiera la mayoría, tienen que ver con el acotamiento de los límites a las libertades expresivas en la red. Los más significativos desde el plano del pluralismo, de hecho, son los ya analizados. El otro gran grupo de restricciones que también inciden en moldear esos límites son los que ponen en relación las expresiones que se vierten en las redes sociales con los derechos de la personalidad (Morales Prat, 2011). Así como en el caso de la emisión de jui-

---

<sup>34</sup> Véase la inicial categorización de Rodríguez Morullo, Lascaraín Sánchez y Alonso Gallo (2001). Sobre los nuevos riesgos asociados a la difusión de ciertas informaciones y nuevos delitos que pueden aparecer, Suárez-Mira Rodríguez (2010). Por último, sobre delitos con particular incidencia en redes sociales, y muy principalmente aquellos que pueden tener como víctimas a menores de edad (García González, 2015).

cios y opiniones que puedan considerarse chocantes o, en su caso, nocivas, el problema que han puesto de manifiesto las redes sociales no es sino un supuesto problema, esto es, y como hemos señalado, la intensificación de una característica de la libre expresión y del pluralismo que, simplemente, las redes ayudan a visualizar con mayor claridad, incidiendo con nueva luz sobre las contradicciones y sombras de nuestro modelo de garantías y libertades, algo semejante puede decirse de los conflictos que surgen en este ámbito en materia de honor, intimidad o propia imagen, pues la cuestión de fondo tampoco ha variado sustancialmente. En estos casos, sin embargo, la dinámica social y expresiva propia de las redes sociales sí ha intensificado algunos elementos que, teniéndose por relevantes desde siempre, ahora se hacen más presentes.

Así, por ejemplo, y en materia de honor, el tratamiento penal de las injurias y calumnias que se puedan producir por medio de las redes sociales obliga simplemente a reevaluar dos elementos que ya el Código Penal estimaba esenciales para pautar la respuesta punitiva cuando se producían por otros canales: por un lado, la consideración social de la gravedad de la ofensa (el artículo 208 CP clásicamente establece, así, que solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, fueran «tenidas en el concepto público» por graves); por otro, el mayor reproche que supone que estas se hagan con publicidad (tanto el artículo 206 CP para las calumnias como el 209 CP para las injurias incrementan la pena si son realizadas con publicidad; de hecho, la pena por estos delitos es siempre multa menos en el caso del 206 CP, único caso en que la pena puede llegar a ser de prisión). Ambos elementos están, a su vez, hasta cierto punto relacionados, por cuanto socialmente es obvio que las injurias y calumnias realizadas con publicidad son tenidas por más graves (de ahí que así lo considere también el Código Penal) y generan por ello una mayor reacción por parte de los afectados, elemento esencial en estos delitos de tipo privado (Muñoz Machado, 1998).

A partir de este bosquejo muy general ha de indicarse que es detectable un cierto relajamiento en la consideración social de lo que es objetivamente injurioso en las redes sociales, consecuencia del uso social actual y, sobre todo, consecuencia de que en el fondo estas pautas de consideración social están trasladando a un plano más público formas de expresión y de relacionarse habitualmente conectadas con la esfera privada, pero lo hacen portando consigo algunas de las reglas propias de esta. Por esta razón es detectable ese menor nivel de reproche, quizás coherente con lo que ocurre en todas las esferas donde la interacción personal alcanza ciertos niveles de publicidad, con la animosidad que ello a veces supone, lo que obliga a tomársela con cierta filosofía. Es, por ejemplo, y quizás sirva el paralelismo, el caso del ejercicio de funciones públicas y muy en particular de la tradicional relativización que del

honor de los políticos han predicado siempre nuestros tribunales a la hora de enjuiciar las críticas que reciben (García Ferrer, 1998; Catalá Bas, 2014)<sup>35</sup>. Por

<sup>35</sup> La lista de sentencias de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional al respecto es larga y constante y basta remitirnos al completo trabajo de García Ferrer (1998). En cuanto al modelo de crítica política que resulta admisible, y por ponerlo en un contexto reciente, la STC 79/2014 ha admitido como amparado por la libertad de expresión que un periodista haga crítica política de un modo que el Tribunal califica de «hiriente y descarnado», pero admisible, en unas manifestaciones que incluían apelaciones tales como cuestionarse si un determinado político era «terrorista» o «mero brazo político de los terroristas». Este tipo de afirmaciones permiten entender bien la laxitud con la que el juicio social de gravedad se ventila en los entornos donde las relaciones personales entre los diversos actores y los comentarios sobre su personalidad, aspectos que normalmente quedan en el ámbito de la privacidad, forman parte de la esfera pública, como ocurre en el caso de la política. Y permiten comprobar también hasta qué punto nuestro Tribunal Constitucional, probablemente con razón, entiende que estos excesos expresivos no han de ser merecedores de reproche penal, como tampoco lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como la recentísima sentencia de junio de 2016 en el caso *Jiménez Losantos contra España* ha permitido comprobar una vez más.

Por el contrario, parece que esta consideración no es compartida siempre por la Fiscalía. Así ocurre, significativamente, cuando la figura pública analizada es el Jefe del Estado y, muy señaladamente, cuando afirmaciones de este estilo son vertidas en las redes sociales. Por mencionar el ejemplo más reciente, una concejal alicantina ha sido condenada en Sentencia de 24 de enero de 2016 de la Audiencia Nacional por varias críticas a la familia real y a la figura del anterior Jefe del Estado, al que calificaba además en su blog y en las redes de «borracho» o de «asesino de animales» por su conocida afición cinegética. La Fiscalía, con el exceso de celo que también ha demostrado en ocasiones para defender el honor de la familia real frente a publicaciones en papel (recuérdese la condena a unos dibujantes por una portada humorística en la revista *El Jueves* que conllevó incluso el secuestro judicial de la publicación), pidió hasta dos años de cárcel para esta concejal por estas expresiones en las redes sociales por un delito de injurias y calumnias contra la Corona (<http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2015/09/11/55f2d14e46163f942d8b458d.html>; última consulta: 15 de enero de 2016) y finalmente la condena ha quedado en 6.000 euros de multa (el juez, significativamente, y aun condenando, rebaja el ardor punitivo de la Fiscalía y zanja la cuestión con una indemnización que bien podría haberse establecido en vía civil: <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2016/01/25/56a6085d22601dc5028b457c.html>; última visita: 25 de enero de 2016). Es dudoso, por cierto, que una condena de estas afirmaciones pueda superar el escrutinio del TEDH, al menos si atendemos a su posición expresada en el caso *Otegi Mondragón contra España* en su Sentencia de 15 de marzo de 2011. El TEDH declara contraria al CEDH la previa condena a Arnaldo Otegi (avalada por el Tribunal Constitucional) por haber criticado al Jefe del Estado en tanto que responsable máximo de un régimen

supuesto, hay razones de incentivo de la crítica política y su no represión en esta mayor tolerancia tradicional, pero también las hay asociadas a la evidencia de que, si no se aceptara esa mayor tolerancia, la publicidad de las cuitas políticas y personales ínsita al debate público obligaría a una catarata de condenas por cualquier desbordamiento expresivo, por lo demás muy comunes. De esta evolución social las propias sentencias son el mejor reflejo, en la medida en que la misma se filtra en las decisiones de los jueces, cada vez menos tendentes a condenar por estos delitos a partir de la literalidad de ciertas expresiones y partidarios de atender al contexto. No abundan por ello tanto como parece que debería ser el caso las condenas por injurias en redes sociales a pesar de los contenidos objetivamente muy ofensivos que en ocasiones contienen, dado que esa percepción social de poca gravedad lleva a que la litigiosidad sea menor de la esperable y a que, en todo caso, pueda siempre acudir a que ciertas expresiones, visto lo visto, ya no serían tenidas por graves «en el concepto propio de las redes sociales». Por supuesto, no se está queriendo decir con ello que esta gravedad no exista nunca o sea imposible, sino simplemente dejar constancia de esa relativización.

En esta línea, hay que señalar también que es altamente positivo que la idea de gravedad asociada a la publicidad, tal y como está expresada en la actualidad en el Código Penal (de forma muy genérica), pueda ser modulada muy fácilmente por el juez, lo que permite adaptar la respuesta punitiva que merecen ciertos mensajes en las redes sociales a su efectiva capacidad de dañar y de hacerlo de forma pública. No es lo mismo, a estos efectos, como puede comprender cualquiera que conozca el funcionamiento de las redes, un perfil de Facebook cerrado que uno abierto, como tampoco lo es uno de una persona con muy escasos amigos en la red que uno que tenga una actividad incesante y volcada hacia el exterior. Tampoco debería ser considerada equivalente una cuenta de Twitter con varias decenas de seguidores, por mucho que pueda ser potencialmente vista por todo el mundo, que una con decenas de miles. Y en ningún caso parece sensato equiparar la capacidad de penetración de las mismas, o de un blog, por muy populares que puedan llegar a ser, a la que tienen los medios de comunicación social tradicionales de cierta envergadura.

---

impuesto por medio de la «tortura y la violencia» (afirmación esta, sin duda, mucho más grave que imputar a alguien la cualidad de «borracho» o de «asesino de animales»). Por otra parte, como destaca Catalá Bas (2014), esta relativización se manifiesta no solo respecto de la protección del honor de políticos y personajes públicos, sino también respecto de su intimidad, tal y como significativamente, por ejemplo, refleja la evolución de las múltiples sentencias del TEDH que analiza y, muy particularmente, las SSTEDH *Von Hannover*.

Es por ello, en definitiva, muy positivo que, en casos de desbordamientos efectivamente injuriosos, los jueces puedan valorar también estos aspectos a fin de no entender siempre y necesariamente que la publicación de un comentario de esa naturaleza en una red social es algo que, por definición, ha sido hecho «con publicidad».

En todo caso, el debate sobre los límites de la libertad de expresión y la no cobertura del insulto o la calumnia por la libertad de expresión, sustancialmente, no se ven modificados por las redes sociales y, más allá de estas cuestiones de modulación, no plantean excesivos problemas específicos. Como ocurría antes con estas manifestaciones por otros canales, las deficiencias de la respuesta jurídica de nuestro ordenamiento tienen más que ver con los incentivos a emplear el cauce penal para obtener condenas cuando muchas de estas controversias podrían ser mejor resueltas en sede civil.

Más transformada por la generalización de las redes sociales y las enormes facilidades que conllevan para el intercambio de información y, también, de material audiovisual, ha sido la respuesta de nuestro ordenamiento a los peligros para la propia imagen y la privacidad. En primer lugar, porque aparecen nuevos riesgos que afectan al control de la propia imagen a cargo del propio sujeto, una propia imagen que antes era más sencilla de gestionar y ahora requiere de cierto cuidado. De otra, porque las posibilidades de difusión masiva hacen que ciertos comportamientos que históricamente podían no tenerse por lesivos (asociados al uso que se hiciera con el material lícitamente obtenido con la imagen o sobre la intimidad de otras personas) ahora adquieren otra dimensión al no requerir de darles publicidad de forma masiva y por medio de los medios de comunicación para, violando los derechos a la intimidad del otro, poder acabar resultando muy lesivos como resultados de su mera compartición por canales como Whatsapp y demás grupos que, aunque no públicos y reducidos, pueden ser suficientes para llegar a todo el entorno próximo de una persona (Lloria García, 2013; Comes Raga, 2013).

Es extraordinariamente interesante, en este sentido, que esta evolución social haya hecho necesaria la modificación del Código Penal para poder penar la conducta de reenvío a través de redes sociales, e incluso grupos privados, de imágenes o vídeos obtenidos lícitamente por medio de la adición de un nuevo tipo en el art. 197.4 bis CP (Martínez Otero, 2013 y 2014). La modificación surge a raíz de un conocido caso donde una antigua pareja difunde imágenes por vía telefónica de una concejal de un pequeño pueblo manchego, logrando por esta vía que las mismas lleguen a prácticamente todos sus conocidos, familiares y amigos. Como es obvio, una conducta así puede darse también en redes sociales abiertas, y de hecho se da, pero más interesante es su penalización cuando se da su difusión en redes sociales tipo Whatsapp o Telegram, destinadas a la comunicación en grupo o bilaterales.

El resto de conductas problemáticas, en sus perfiles en las redes digitales, ya estaban penadas con anterioridad y, simplemente, su aplicación ha sido adaptada a lo que puede ocurrir en las redes. Lo cierto, por lo demás, es que este tipo de agresiones son más fáciles en la actualidad, dado que Internet y las redes sociales han puesto a disposición de todos los ciudadanos la posibilidad de difundir malévolamente intimidaciones o contenidos privados de otros sujetos que, al menos, pueden tener gran penetración en su esfera de conocidos y amistades. Con todo, la mayor parte de las conductas de esta índole se realizan fuera de las redes sociales públicas, como consecuencia de las políticas de privacidad que se implementan en ellas y que se activan ante la denuncia de cualquier usuario. Así, las «venganzas sexuales» consistentes en publicar material audiovisual íntimo de antiguas parejas, conducta relativamente habitual y muy problemática, suelen ser más habituales en blogs o páginas webs privadas, o en plataformas específicamente destinadas a ello<sup>36</sup>, antes que en redes sociales que restringen estos contenidos en cuanto tienen conocimiento de ello. La otra cara de la moneda es la extraordinaria trazabilidad de estas conductas, que garantiza la fácil obtención de pruebas para su posterior persecución, así como el control privado, no público, que estas compañías realizan sobre lo publicado por sus usuarios, de modo que ante cualquier denuncia el contenido conflictivo es rápidamente retirado.

### 3. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS REDES SOCIALES O SUS RESPONSABLES EN TANTO QUE INTERMEDIADORES

En todo caso, el papel muy relevante de las plataformas que son las redes sociales, a la hora de disciplinar la difusión de ciertos contenidos, se pone de manifiesto sobre todo en la responsabilidad en que incurren por su labor de intermediación. Una responsabilidad que va más allá de la que las redes sociales asumen libremente, comprometiéndose a determinadas políticas de privacidad y a la retirada de ciertos contenidos para proteger a sus usuarios y a terceros, y que es exigida por el Estado, en ciertas ocasiones, como consecuencia de ciertos excesos expresivos por parte de sus usuarios que el ordenamiento

---

<sup>36</sup> Plataformas que, por lo demás, no pueden estar radicadas en países occidentales con una legislación protectora de la privacidad, como el creador de los sitios web dedicados a las «venganzas sexuales» YouGotPosted.com y ChangeMyReputation.com ha podido comprobar tras ser condenado por un tribunal californiano a 18 años de cárcel por crear y mantener estas páginas web con ánimo de lucro radicadas en los Estados Unidos (<https://www.unocero.com/2015/04/07/a-la-carcel-18-anos-por-crear-sitio-web-pornografico-de-venganza/>; fecha de última consulta: 15 de enero de 2016).

considera que, en ciertos casos, pueden engendrar responsabilidad de los gestores de las plataformas. Tanto a efectos penales como civiles, resulta esencial entender cuál es su papel en este terreno, poco a poco asentado a partir de la introducción de normas jurídicas específicas en materia de responsabilidad por la emisión de contenidos informativos u opinativos en Internet. Ha sido cuestionada la conveniencia de limitar jurídicamente las responsabilidades de los diversos actores intervinientes en la misma. Estos actores, en un primer momento proveedores de acceso a Internet y empresas encargadas de proveer de *hosting* a terceros y, en un momento posterior, también respecto de negocios de Internet basados en agregar contenidos producidos por terceros o facilitar el intercambio de opiniones e informaciones como son las redes sociales, ¿han de ser responsables de los contenidos lesivos, penalmente reprochables, que puedan haber introducido sus usuarios?

Se presenta aquí un caso donde la dinámica de la comunicación en Internet y redes digitales es, por las propias características técnicas de cómo se realiza, sustancialmente diferente y en el que, por ello, una traslación mimética de las reglas tradicionales daría resultados contrarios a lo que es el sentido que esas mismas reglas tradicionales pretendían. No conviene perder de vista, que la tradicional regla de la responsabilidad penal en cascada (art. 30 del Código Penal) no ha sido nunca tanto un sistema de determinación de una responsabilidad subsidiaria a la del autor de una intromisión ilegítima como, antes al contrario, un mecanismo que establecía cortafuegos en materia de responsabilidad. En ausencia de un precepto como el referido art. 30 CP, en efecto, directores, editores o impresores de un medio de comunicación habrían podido ser siempre entendidos como colaboradores necesarios (y por ello responsables) de las intromisiones ilegítimas realizadas empleando como soporte el medio de comunicación del que son responsables. Por el contrario, la regla vigente genera un corte de la responsabilidad siempre que esté identificado el autor o, en caso contrario, un modelo en cascada de búsqueda de un responsable (director, si existe; editor, si no; impresor, si el editor no es conocido) pero, y esta apreciación es importante y conviene no perderla de vista, solo uno en cada caso (y he ahí la exclusión de las reglas al uso en materia de responsabilidad penal, que se ven excepcionadas en este caso pues, más allá de las discusiones sobre si podrían ser o no autores materiales los otros sujetos, sin duda serían cómplices o cooperadores necesarios). En el fondo, el art. 30 CP está estableciendo un mecanismo de salvaguarda que protege la expresión de informaciones y opiniones al excluir la responsabilidad penal (que en condiciones normales, si se aplicaran los normales mecanismos de atribución, como hemos señalado, sí se daría) con la finalidad de no desincentivar la publicación de informaciones que puedan entrañar riesgos de veracidad o prueba, o de opiniones comprometidas, estrictamente



equivalente a exenciones semejantes a lo largo de la historia cuando, en contextos más liberales, se ha tratado de incentivar el pluralismo (Mira Benavent, 1995). Es un modo, en definitiva, de no hacer criminalmente responsable a quienes puedan dar soporte a estas manifestaciones empresarialmente o como proyecto de comunicación (o a quienes imprimen estos medios), y ello con la intención de fomentar el pluralismo.

En consideración a la importancia social que tiene la existencia de estas plataformas se las «protege» de las consecuencias punitivas adversas que podrían padecer en condiciones normales por su descuido o falta de atención (o incluso cuando fueran conscientes del carácter ilícito de lo publicado) en aras a no desincentivar, por temor a esas sanciones, la aparición de canales nuevos de comunicación, incluso en el caso de que puedan cometer ilícitos. La sociedad entiende, para garantizar un equilibrio entre la conveniencia de no silenciar ciertas posibilidades expresivas y la necesidad de castigar a quienes se excedan y compensar a las víctimas, que basta con un sistema que garantice lo más posible (responsabilidad solidaria de actor y medio) la reparación pero que, en cambio, limite las posibilidades de persecución penal al agente más directamente responsable de la acción punible. De este modo, se logra una reparación suficiente, un castigo adecuado pero, a la vez, no se corre el riesgo de silenciar a los medios de comunicación por obligarlos a un exceso de prudencia. Este equilibrio, logrado para los medios de comunicación, ¿ha de ser trasladado a las empresas que hacen negocio ofreciendo plataformas de intermediación para la emisión de opiniones e informaciones como son las redes sociales?

Aunque las redes sociales pueden ser tenidas como proyectos empresariales de una tipología ligeramente diferente a los servicios de *hosting*, más interesados en el negocio que en la difusión y fomento del pluralismo, tendencialmente se les había venido aplicando, sin reflexionar excesivamente al respecto, la misma regla que a los servidores y otros proveedores de servicio de Internet, inspirada en las reglas civiles específicas en materia de responsabilidad ya introducidas para estos servidores y que no solo excluían la responsabilidad penal, como hace el mecanismo del art. 30 CP para medios de comunicación tradicionales, sino también, casi siempre, como veremos a continuación, incluso la responsabilidad civil que se pudiera derivar de estos excesos. Este estado de cosas, con todo, ha variado recientemente en la muy importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Delfi AS contra Estonia*, de 10 de octubre de 2013, que ha resuelto que a los portales de noticias y otros agregadores no se les aplica respecto de los posibles comentarios difamatorios que puedan aparecer la exclusión de responsabilidad propia de las reglas civiles contenidas en la directiva de servicios, que solo obligan a reaccionar borrando los mismos tras un previo aviso, sino un estándar de dili-

gencia mayor (Orenes Ruiz, 2014). Es decir, que podría haber supuestos de responsabilidad penal del gestor de las redes cuando no demuestre diligencia respecto del control de comentarios delictivos de sus usuarios. La aplicación de esta doctrina al modelo español de responsabilidad en cascada no solo no es incompatible, sino, antes al contrario, fácilmente cohonorable. Si entendemos que las redes sociales ofrecen un servicio equivalente al de un agregador de noticias antes que al de un servicio de la sociedad de la información de tipo comercial a sus usuarios, cosa que todavía puede ser objeto de discusión pero no es descabellada, el estándar de diligencia pasaría a ser mayor para las redes, y *de facto* más parecido al de un medio de comunicación tradicional, obligando a los responsables de las redes a una mayor cautela o, al menos, a extremar su preocupación identificando a sus usuarios y eliminando comentarios denunciados que sean efectivamente delictivos, pues, caso de que estos no fueran identificables o los comentarios no fueran retirados diligentemente, la responsabilidad sobre posibles comentarios delictivos sí podría recaer en esos casos sobre la red social. Con todo, los casos de responsabilidad penal de las propias redes sociales, aun entendiendo que a las mismas se les pueda aplicar la misma doctrina que *Delfi* permite predicar para los medios digitales, están llamados a ser los menos. La verdadera batalla se plantea respecto de la posible responsabilidad civil por contenidos aportados por terceros y usuarios. Y ahí, de forma coherente con la necesidad de fomentar el pluralismo y no poner límites rígidos, las reglas han flexibilizado el modelo de responsabilidad solidaria civil de los medios para, por el contrario, excluir la responsabilidad de alojadores y agregadores como norma general.

### III. LÍMITES CIVILES A LA EXPRESIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS O DE LA RED SOCIAL DONDE SE PRODUZCAN

La lógica de exclusión de responsabilidad como regla general es la que encontramos, como hemos dicho, para las consecuencias civiles y que, aunque matizada para hacerla menos automática, se encuentra ya totalmente asentada en nuestro ordenamiento jurídico con las exclusiones de responsabilidad que la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) contiene respecto de las responsabilidades por contenidos expresivos no amparados por la norma (Teruel Lozano, 2010). Más allá de la evidente necesidad, por razones empresariales obvias, de garantizar que quienes dan soporte técnico (servidores, operadoras...) no puedan ser en ningún caso tenidos por responsables (art. 14.1 LSSI), la lógica de protección se extiende, atendiendo a las características de Internet, a quienes gestionan sitios

web en los que se admiten participaciones de terceros (art. 16 LSSI, responsabilidad de servicios de alojamiento o de mantenimiento de datos, entendidos en sentido amplio) y a quienes faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17 LSSI). Parece razonable entender, pues, que las redes sociales quedan cubiertas sustancialmente por lo que establecen estos preceptos y, muy particularmente, por lo que señala el referido art. 16 LSSI. Hay, por lo demás, una lógica empresarial coincidente en que así sea, pues el carácter masivo de las interacciones y las relaciones de la red social con sus usuarios es muy diferente al de un medio de comunicación tradicional respecto de quienes publican en él. Sin esta regla de exclusión, sencillamente, muchas de las posibilidades de negocio, pero también de expresión, asociadas a las redes sociales, simplemente, no existirían, y de forma consiguiente el pluralismo se resentiría gravemente.

En todos estos casos, y resulta muy interesante, además, la expansión del entorno protegido por la norma, se prevé expresamente en la Ley la no responsabilidad por esos contenidos de terceros, alojados, enlazados o redireccionados, siempre que no se tenga «conocimiento efectivo de que la actividad o la información (en cuestión) es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización». La norma, pues, establece un mecanismo sustancialmente equivalente a efectos prácticos, aunque con ciertos matices, al de la responsabilidad en cascada del art. 30 CP siempre y cuando se logre demostrar, y ésa será la clave de la exclusión, que no se tenía ni podía tener conocimiento efectivo del ilícito (Peguera Poch, 2007). Al igual que ocurre en ese caso, hay una clara vocación de limitar las responsabilidades para tratar de fomentar el pluralismo eliminando cargas que podrían ser excesivas y desincentivadoras. La diferencia es que, obviamente, la comunicación en Internet, más generalizada y masiva, requiere de una exención mayor, que abarca incluso la responsabilidad civil, para poder permitir el funcionamiento en condiciones de seguridad jurídica de estas plataformas, que solo responderán en caso de negligencia por su parte a la hora de controlar *ex post* las derivas expresivas.

Es decir, tanto por el hecho de que también limita la responsabilidad civil como por otros elementos, no podemos perder de vista que el traslado tiene esa misma función pero no es estrictamente mimético. Se trata de adaptar esta misma pauta al entorno digital, donde los automatismos y menores controles podrían generar el efecto silenciador si la regla incluyera una responsabilidad civil equivalente, pero, por otro lado, se incorporan algunos requisitos, pues la exclusión solo opera cuando no haya culpa o negligencia (a diferencia de la exclusión de responsabilidad penal por aplicación de la «cascada» del art. 30 CP). Por ello, en atención a los menores controles (autoría más difusa) y posibilidades de mayor repercusión (efecto red), así como por la

existencia de la posibilidad técnica de la «retirada» del contenido o enlace comprometido, la norma en este caso excluye la responsabilidad (y en eso es mucho más exigente que el precedente penal que venimos tomando como referencia) si se entiende que la difusión del contenido o enlace ilícito lo ha sido de forma inconsciente y, además, siempre y cuando se pueda predicar la inexistencia de una relación de dirección, autoridad o control de uno y otro sujeto implicado. A estos efectos, además, la propia ley da una definición legal de lo que sea esa conciencia de haber cometido la infracción, ese «conocimiento efectivo», que depende de una serie de elementos que puedan hacer fehaciente el conocimiento por parte del sujeto, si no de la ilegalidad, sí al menos de la existencia de un posible conflicto<sup>37</sup> (frente al que, en su caso, se habría decidido seguir adelante arrojando con ello el riesgo de incurrir en responsabilidad caso de que se verifique que efectivamente el contenido o enlace en efecto no tenga cobertura por el ordenamiento jurídico). En definitiva, que la norma parece haber hecho una sensata traslación al mundo digital de esa necesidad de cortar la posible exigencia de responsabilidad en todo caso que puede derivar en un peligroso efecto silenciador, razón por la cual nuestros ordenamientos jurídicos tratan de establecer cortafuegos (en nuestro caso, los arts. 16 y 17 LSSI) para conjugar ese riesgo socialmente nada deseable.

Junto a estas reglas, absolutamente esenciales, la LSSI contiene alguna más que completa el modelo de atribución de responsabilidades (así como limitaciones y algunas prohibiciones) en una misma línea globalmente coherente con lo que pueden ser las exigencias de un modelo de libertad de expresión como el de nuestra Constitución, más allá de su excesiva preocupación por regular las comunicaciones más comerciales y un desinterés por el resto (Teruel Lozano, 2010: 70-71). Globalmente se puede señalar, con todo, que, en este aspecto, el punto de equilibrio alcanzado por el derecho español parece satisfactorio desde la perspectiva de proteger y no cercenar las posibilidades comunicativas que abre Internet con regulaciones en exceso sesgadas a favor del control. Más allá de casos en que estas reglas puedan haber sido aplicadas de manera quizás muy severa (algo por lo demás inevitable en momentos de asentamiento normativo de las mismas y su interpretación) con-

---

<sup>37</sup> A estos efectos, ambos preceptos, tanto el 16 como el 17 LSSI, tienen una dicción idéntica: «Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

viene entender y valorar el espacio de seguridad jurídica que reportan y las importantes consecuencias que para la defensa del pluralismo tienen, al igual que esa es la función, a la hora de la verdad, del referido art. 30 CP. La consecuencia evidente, como es obvio, es que una vez asentadas estas normas conviene ser muy vigilantes respecto de su aplicación y asimismo exigentes en su reconocimiento y expansión a cualquier manifestación expresiva frente a pretensiones limitadoras que, por ejemplo, son habituales respecto de la labor de agregadores o buscadores (¿es responsable Google genéricamente de contenidos enlazados?) o por cuestiones de propiedad intelectual (¿debe YouTube ser proactivo en la revisión y retirada de vídeos que puedan infringir derechos de autor?) pero que no parece que a partir de una lectura estricta y favorable a la libertad de expresión de la regulación, en consonancia con las pautas de interpretación constitucional al uso (*favor libertatis*), deban ser las que hayan de aceptarse menos en los supuestos, por ahora excepcionales, de responsabilidad, ya sea penal, ya sea civil por no actuar teniendo conocimiento efectivo. No parece que, de momento, la lógica en materia de responsabilidad para las redes sociales esté siendo, más bien, esta nueva visión más exigente y solo si expresamente hubiera un cambio en este sentido nos encontraríamos en ese panorama. Puede criticarse un excesivo laxismo sin duda relacionado con las exigencias de estas grandes empresas que gestionan las redes sociales y que necesitan de este régimen jurídico para hacer negocio. Pero no parece, de momento, que del mismo se están derivando excesivos problemas, por lo que hay que entender que la regulación parece haber logrado un equilibrio más o menos satisfactorio.

Un segundo elemento muy relevante de la definición de los límites a las libertades de expresión en las redes sociales tiene que ver, por su parte, con la aplicación de las reglas civiles en materia de intimidad, propia imagen y honor de la vetusta Ley Orgánica 1/1980, evidentemente poco adaptada a la actividad de las mismas, y más pendiente de la acción de los medios de comunicación clásicos o de la revelación de secretos tradicional, respecto de la que con vendría una cierta actualización, por cuanto está provocando una absoluta coincidencia de los límites expresados en la misma con los límites penales, condenando a la norma a la irrelevancia. Sería muy necesario, como ya se ha dicho, replantear la conveniencia de una doble gradación respecto de estos ilícitos, eliminando casi todos los que tienen a día de hoy castigo penal y remozando la norma civil para adaptarla a las necesidades del mundo digital, convirtiéndola en un conjunto de reglas sencillas que sean capaces de delimitar los límites de la efectiva capacidad de expresión civilmente admisible por no violar derechos. En caso contrario, de no acometer esta reforma, continuaremos teniendo un régimen civil de retirada de contenidos e indemnización por los daños producidos lento e ineficaz, que será sistemáticamente preterido en

favor de la vía penal, con los costes indirectos que ello genera... o por soluciones de tipo administrativo directamente ofrecidas por los poderes públicos.

En efecto, una consecuencia interesante de la constatación de la incapacidad del derecho privado para disciplinar correctamente ciertos aspectos conflictivos de la expresión en las redes sociales (pero no tan peligrosos como para merecer reproche penal) es que la Administración ha ido, poco a poco, adquiriendo un inusitado protagonismo, desplazando a los propios ciudadanos, a la hora de identificar algunos contenidos que, sin ser delictivos, se entiende que no han de ser difundidos en las mismas. Ello ha ocurrido con la determinación de algunas políticas de privacidad impuestas a algunas redes sociales, que estas han aceptado poner en marcha por medio de políticas de autorregulación, pero también se extiende al control de algunos contenidos (ya hemos hecho referencia al caso de la anorexia y la bulimia) y más recientemente se está incluso extendiendo a cierta fiscalización que, con orígenes en algunas normas administrativas sobre control de contenidos audiovisuales, ha ido normalizando la intervención pública a la hora de determinar la corrección de algunos de los mensajes que se difunden por las redes sociales: normas de policía administrativa sobre contenidos, labores de protección de datos que pueden derivar en la tutela y restricción de ciertas expresiones y, en conexión con esta última posibilidad, el control y decisión última sobre la aplicación del derecho al olvido en las redes sociales.

#### **IV. ¿HACIA UN CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA EXPRESIÓN EN LAS REDES?**

##### **1. FORMAS INDIRECTAS DE CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE LOS CONTENIDOS PUBLICADOS EN LAS REDES SOCIALES**

Como acabamos de señalar, una de las novedades más interesantes jurídicamente de la delimitación de la expresión en las comunicaciones electrónicas y, por ende, en las redes sociales, es la sorprendente aparición, por vías indirectas, de la Administración con un papel muy preponderante en la definición o delimitación de los posibles derechos en conflicto. Y ello en materia de protección de la intimidad frente a terceros e, incluso, frente a uno mismo, con consecuencias para el pluralismo a las que nos referiremos brevemente, siquiera sea de modo telegráfico, para completar este cuadro. Estas intervenciones han sido jurídicamente insólitas en nuestro pasado más reciente. Lo han sido, al menos, desde la aprobación de la Constitución española de 1978 que, por buenas razones, trató de despojar a Gobierno y administraciones públicas en todo lo relativo a la Policía y control de contenidos expresivos.

Sin embargo, recientemente, las redes sociales (y especialmente aquellas más empleadas por menores) se están convirtiendo en un terreno abonado a la experimentación sobre nuevas formas de paternalismo jurídico que llevan al Estado (de nuevo, por cierto, vía Administración Pública antes que vía legislador) a establecer controles e incluso sanciones a partir de reglamentos y códigos de conducta (López Jiménez, 2009) y que alteran la conclusión de contratos entre partes libremente acordados (Boix Palop, 2010). Estas regulaciones, como decimos, por mucho que sean manifestaciones de autorregulación, lo son más bien de una «autorregulación regulada» (Darnaculleta Gardella, 2005) esto es, de una autorregulación impuesta de manera bastante clara, tanto en la necesidad de ponerla en marcha como en no pocos de sus contenidos, por las Administraciones públicas (Díaz Buck, 2013). Esta política, en nuestro país, ha sido particularmente intensa en aras a tratar de proteger a los menores de edad, para los que estas regulaciones han sido muy exigentes (De Miguel Molina y Oltra Gutiérrez, 2011), incluso cuando se trata de menores que, aun siendo menores de edad, tienen ya edad más que suficiente para consentir civilmente conociendo las implicaciones de sus actos. En definitiva, tenemos aquí una primera vía de «administrativización» del control de contenidos que, por mucho que parezca discreta y no excesivamente importante, ya supone un cambio cualitativo al mostrar una inusitada actuación previa por parte de la Administración en labores de policía expresiva.

Lo cual nos lleva, a continuación, al peculiar fenómeno de que en Internet se considere cada vez más normal el control a cargo de autoridades administrativas de ciertos contenidos, en sus diversas variantes y por diversas razones. En primer lugar hay que hacer referencia a cómo, indirectamente, la Agencia Española de Protección de Datos se arroga este tipo de capacidad, pudiendo conminar a eliminar contenidos bajo amenaza de cuantiosas sanciones y con una capacidad de actuación crecientemente expandida, ya sea con instrumentos de orientación o de *soft law* no desdeñables, ya con medidas como el apercibimiento (Marzal Raga, 2014a), que nos dibujan cada vez más una Administración con una capacidad de *indirizzo* ciertamente notable y que de resultas de ello se convierte en un inopinado actor en materia de control de contenidos y de arbitrio sobre las libertades expresivas. Con particular incidencia, además, en unas redes sociales que emplean imágenes y vídeos que son considerados datos de carácter personal y que por esta razón permiten acceder a la tutela de la Administración para exigir su retirada por medio del derecho de oposición, como ha demostrado Marzal Raga (2014b). Las ventajas de esta tutela administrativa no pueden negarse, frente a una tutela civil costosa (que requiere de asistencia letrada), lenta y por ello cara, además de ineficaz. De modo que para quien no desee iniciar la vía penal, que en estos delitos privados también resulta costosa y que siempre puede acabar en una absolución por

la nimiedad del daño, convirtiendo todos estos esfuerzos en inútiles, esta herramienta de tutela pública puede ser una alternativa interesante por expeditiva y eficaz. Cuestión diferente es si tiene sentido una arquitectura de control de los excesos expresivos en redes sociales asociados a imágenes, vídeos u otros contenidos que contengan datos de carácter personal que obligue a desplegar tantos esfuerzos administrativos y si ello no puede acabar engendrando nuevos riesgos para el pluralismo.

Asimismo llamativo es el activismo administrativo, también con claras consecuencias para el pluralismo y la libertad de expresión e información (Cotino Hueso, 2010b), e incluso para la conformación en la esfera pública de una cierta memoria colectiva, en relación con el llamado «derecho al olvido»<sup>38</sup>. De todos es conocido, dada la inusitada repercusión y expectación que han generado el llamado «*caso Google*» y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 que lo resuelve (Boix Palop, 2015), que la Agencia de Protección de Datos se considera legitimada para impetrar a Google (señeramente, pero como es obvio, si se puede hacer con ese buscador eso significa que jurídicamente la Agencia estaría legitimada para hacer lo propio con todos los prestadores de servicios equivalentes y también con las redes sociales) a que elimine determinados enlaces a contenidos que aparecen en la red (del mismo modo que se puede también dirigir directamente a otras páginas, no buscadores, donde estén efectivamente alojados para que se proceda a su eliminación). Con ser esta última posibilidad notable y jurídicamente problemática en ocasiones, lo es mucho más en un contexto en el que no se actúe contra el contenido en sí (e incluso se pueda considerar legítimo, por ejemplo, según es doctrina de la Agencia de Protección de Datos) por corresponderse con una noticia publicada en la web (o en la hemeroteca, incluso aunque no sea contenido estrictamente informativo como puede ser un anuncio) pero, en cambio, sí se obligue al buscador a desindexar la referencia a la misma. O, en su caso, a la red social (Cotino Hueso, 2014). Se trata, como

---

<sup>38</sup> Sobre los muchos trabajos que han aparecido en torno al llamado «derecho al olvido» en la red recientemente, vale la pena consultar el excelente primer repaso de Brotons Molina (2014) a partir de las Conclusiones del abogado general. El trabajo cita toda la bibliografía relevante española referenciada hasta la fecha en derecho español sobre esta cuestión. A efectos bibliográficos deben añadirse, además, otros trabajos sobre el particular como los de Simón Castellano (2013), Orza Linares (2013), Burguera Ameave y Corbacho López (2013) y Cernada Badía (2013). Ya con posterioridad a la sentencia, y al margen de los trabajos de Cotino Hueso (2014) y Boix Palop (2015a) ya citados, han aparecido excelentes monografías sobre la aplicación del derecho al olvido y su ordenación tras las pautas marcadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como las de Rallo Lombarte (2014) y Simón Castellano (2015).



puede verse, de un juego de equilibrios sumamente singular donde se ve con claridad ese elemento de actuación pretoriana a cargo de la Administración que, gracias a la invocación del «derecho al olvido», podrá revisar las decisiones que sobre esta eliminación o no de ciertos enlaces adopten los buscadores o redes sociales tras la solicitud de los afectados (Boix Palop, 2015).

Ello deja en manos de, en primer lugar, estas empresas y, en segundo lugar, la Administración las decisiones sobre la conveniencia social de «olvidar» (o, al menos, de recordar más o menos fácilmente con ayuda de la moderna tecnología de la que en la actualidad disponemos y diseñada para ello) o no ciertos eventos del pasado. Genera, por muchas razones, un enorme vértigo pensar en las implicaciones de aceptar la premisa, por mucho que sus defensores se apresuren siempre a matizarla (explicando que se hace con función tuitiva y que no supone reescribir la historia sino solo «dificultar» el acceso a ciertas partes de la misma). Pero, sin entrar ahora en esa discusión (véase Martínez Martínez, 2014), es importante simplemente resaltar el efecto de que, con este desplazamiento de los mecanismos de composición de la historia y memoria colectivas, que pasan de la sociedad y sus dinámicas dispersas y desordenadas, caóticas y quizás en ocasiones dañinas e injustas a partir de la interacción de sus diversas partes (todas ellas, que incluyen las fuentes primarias, profesionales, oficiales o ciudadanas y los motores de búsqueda e instrumentos equivalente) con un Estado, encarnado en la Administración Pública, que aspira a ser menos dañino e injusto, a aquilatar mejor lo que conviene «saber» (o, mejor, tener a mano, a golpe de *click*) y lo que en cambio ha perdido vigencia, relevancia, interés... lo que estamos haciendo es trasladar al Estado un impresionante poder que hasta la fecha nadie había dudado nunca que estaba en manos de los ciudadanos, de la sociedad. No está claro que sea un buen negocio o que los riesgos que de ello se deriven no sean, a la hora de la verdad, mucho mayores. Pero sí parece evidente, en todo caso, que estamos hablando de un modelo de control vertical, realizado desde arriba, y muy diferente del modelo a partir del cual una sociedad va construyendo por sí misma, de forma desconcentrada y horizontal (algo a lo que ayudan mucho las redes sociales), sus mecanismos de recuerdo y olvido o de asignación de una importancia mayor o menor a los hechos del pasado.

Por último, no conviene perder de vista un segundo elemento de la polémica, referido a la forma en que puede afectar una decisión sobre «olvido», según cuál sea su resolución, a la propia arquitectura y entendimiento de las relaciones entre libertades expresivas y derechos de la personalidad. Téngase en cuenta, de hecho, que en paralelo a la resolución del caso Google, el Parlamento Europeo ha perfilado un nuevo Reglamento europeo de protección de datos que trata de dar una solución de tipo legislativo a esta cuestión (Boix Palop, 2015). En su texto se aplica la lógica de la protección de datos personales (es decir, el

reconocimiento de una serie de derechos —acceso, rectificación, cancelación y oposición—) a toda información que en Internet esté publicada sobre una persona física, lo que, aunque el artículo introduce ciertos límites a ese derecho de borrado, sin duda significa realizar una peculiar contorsión de la lógica constitucional tradicional respecto de las relaciones entre libertades expresivas y derechos de la personalidad (estas primaban sobre aquellos cuando las informaciones eran veraces y de interés público y además los derechos de la personalidad eran un límite a su ejercicio, no un presupuesto liberador del mismo)<sup>39</sup>. Lo cual significa muy probablemente modificar las relaciones de los ciudadanos respecto de los medios de difusión y los contenidos que les afecten a muchos niveles, que a día de hoy aún ni sospechamos siquiera. Y, también, que esa capacidad de petición de retirada puede operar respecto de cualquier contenido publicado en una red social, por cualquier usuario, que refleje datos, información o la enlace sobre nosotros y que entendamos inexacta o desactualizada. Teniendo en cuenta que la decisión última sobre si se puede o no ejercer este derecho al olvido va a depender en gran medida de las autoridades en materia de protección de datos, se trata, de nuevo, de una evolución que abunda a la postre en la tendencia de apoderar extraordinariamente a la Administración y al poder público y desempoderar a los ciudadanos. Y ello a pesar de que, aparentemente, el juego en primera instancia es entre agentes privados, donde van a tener un gran protagonismo empresas como Google (o las propias redes sociales) que van a recibir muchas de estas peticiones y deben decidir si atenderlas o no. Pero, en la práctica, y la propia puesta en marcha del protocolo de actuación de Google ya da muchas pistas sobre ello al asumir no pocas de las indicaciones de las diversas agencias europeas

---

<sup>39</sup> La lectura del art. 17 del nuevo Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016, deja claro que la lógica que lo enhebra presupone la existencia de un derecho al borrado activado por parte del sujeto afectado siempre y cuando se den ciertas circunstancias listadas en el precepto, entre las que se encuentra la posibilidad de que el sujeto afectado lo pida para que la autoridad en materia de protección de datos evalúe su adecuación a las normas en la materia. Esta peculiar fórmula, máxime si se entiende que ha de ser ejecutada a la luz de la manera en que se entiende el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el ámbito de la protección de datos, podría incluso llegar a concluir que toda información publicada sin consentimiento y sin cobertura legal podría ser cancelada. El Reglamento no llega a tanto, aunque su lógica subyacente es esa, y establece una peculiar excepción a la lógica de la protección de datos según la cual la autoridad (administrativa, por supuesto) deberá valorar y ponderar la función que cumple a día de hoy el hecho de que ese dato esté accesible. No parece un sistema coherente con los principios constitucionales en materia de libertades expresivas (ni con el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

de protección de datos sobre cómo interpretar el fallo del TJUE (si bien no todas, Cotino Hueso, 2014), la capacidad de predeterminación y de revisión de estos órganos administrativos está llamada a ser clave también. El hecho de que, además, ciertas multinacionales vayan a ser también protagonistas también muy destacadas de este control de contenidos no quita gravedad al papel que se arroga la Administración (más bien, permite simplemente adicionar inquietudes).

## 2. LA DISCIPLINA ADMINISTRATIVA RESPECTO DE CIERTOS CONTENIDOS Y MENSAJES PUBLICADOS EN LAS REDES SOCIALES

Por último, es necesario hacer referencia a una novedad de nuestro derecho público surgida en tiempos recientes, y con mucha incidencia en la expresión y difusión de ciertos contenidos en las redes sociales, como es la aparición de prohibiciones basadas en ilícitos administrativos que se justifican en la posibilidad de establecer límites a la expresión perfectamente constitucionales derivados de la cláusula de orden público del art. 10 CEDH que, en su integración constitucional, habilitaría para proscribir y penar la emisión de contenidos que puedan suponer un riesgo para ese valor tan evanescente por definición (y caro a los poderes públicos) como es el «orden público». Así, la recientemente aprobada Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, más conocida como «ley mordaza» (Bilbao Ubillos, 2015; Macià Gómez, 2015), que sustituye a la norma en vigor desde 1992, contiene previsiones tales como la prohibición de publicar y compartir imágenes que puedan comprometer la seguridad de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 36.23 de la Ley, configurada como infracción grave) o, directamente, el hecho de pasar a considerar como infracción leve las faltas de respeto a sus miembros que no constituyan infracción penal (art. 37.4). Estas medidas se endurecen en parte, precisamente, como respuesta a la apertura que las redes sociales han supuesto a todos los ciudadanos, permitiendo su participación, por ejemplo, a la hora de documentar gráficamente actuaciones policiales con contenido noticioso. La ubicuidad de los ciudadanos y la posibilidad de compartir estos contenidos se produce, sobre todo, en las redes sociales y no es por ello extraño que, precisamente, los primeros casos de aplicación de estas normas (que muestran a las claras sus perfiles más problemáticos) hayan tenido lugar a partir de comentarios y documentos compartidos en redes como Facebook<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, se han producido ya sanciones muy dudosas, generadas precisamente a partir de informaciones o comentarios surgidos en las redes sociales, que dan idea de hasta qué punto estas normas, definidas además de un modo que necesariamente

Se trataría, con todo, se nos dirá, de supuestos excepcionales previstos para la represión de conductas muy concretas y que además están tipificados únicamente para supuestos donde hay riesgo para la seguridad y orden públicos. Sin embargo, ello no parece una razón de peso para quebrar el tradicional reparto sobre los contenidos expresivos, que reprimía estas conductas por medio de la actuación de los jueces y tribunales. Los riesgos para la libertad de expresión y el pluralismo, al operar de este modo, son evidentes y permiten intuir una paulatina extensión futura de estas posibilidades de intervención administrativa sobre los contenidos en las redes sociales apelando a diversos títulos jurídicos que justificarían estas intromisiones. De hecho, esta evolución sería plenamente coherente, por ejemplo, con la convicción demostrada por las autoridades europeas del audiovisual, en España entusiásticamente secundadas por el Consell de l'Audiovisual de Catalunya, de que disponen de capacidad para disciplinar los contenidos audiovisuales que se difunden por Internet con poderes equivalentes a los que les son propios (Barata i Mir, 2006, *in extenso*) cuando ejercen sus funciones de control sobre los contenidos emitidos por los licenciarios de los servicios de radio y televisión por ondas, obviando el hecho de que Internet es un medio de suyo más libre, plural, abierto... y no sometido a ese control administrativo, lo que probablemente debiera reconducir la fiscalización sobre el mismo a unos controles más en la línea de lo que ha sido la convicción tradicional, con base en el art. 20.5 CE, de que solo una autoridad judicial podía tomar este tipo de decisiones. No debe olvidarse, además, que el art. 20.2 CE establece también la prohibición de la censura previa, de modo que hay quien entiende

---

obligan a su aplicación por parte de la Administración con altas dosis de discrecionalidad a la hora de interpretar cómo se han de aplicar, tienen capacidad para producir controles efectivos desde la Administración pública a la expresión en las redes sociales. Véase, por ejemplo, el caso del Ayuntamiento de Petrer, donde su alcalde, a petición de la Policía local, sanciona a una vecina que comparte en Facebook la foto de un vehículo policial estacionado en una plaza reservada a minusválidos próxima a un área recreativa (<http://www.diarioinformacion.com/sociedad/2015/08/14/multa-800--subir-foto/1665816.html>; fecha de última consulta: 15 de enero de 2015). O el caso de un joven canario, sancionado también con aplicación de la «ley mordaza» por llamar «escaqueados» a los policías de su localidad en una publicación en su muro de Facebook. Compárense, significativamente, los diferentes efectos que se generan sobre las posibilidades expresivas derivadas de aplicar estas normas de tipo administrativo, que permiten disciplinar muy severamente la expresión en las redes sociales, de lo que habría sido el marco jurídico aplicable a una información equivalente publicada en un medio de comunicación o de una crítica hecha en uno de ellos, si se hubieran ponderado los derechos de los arts. 18 CE y 20 CE aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia.

que, por definición, y de la combinación de ambos artículos, se deduce un importante mandato al legislador en el sentido de no ceder excesivos espacios a la Administración en el control de contenidos expresivos (Betancor Rodríguez, 2007). Esta posible extensión, que permitiría controlar los contenidos audiovisuales que se comparten/difunden por medio de las redes sociales (y no olvidemos que cada vez más los grandes operadores tienen perfiles en las redes desde donde promocionan y enlazan sus productos y aspiran a captar audiencia) nos situaría ya de lleno en una quiebra absoluta de los equilibrios tradicionales en punto a quién controla los excesos expresivos, añadiendo a otros entes, además del juez, con capacidad para realizar esta labor. Se trata de una posibilidad ciertamente peligrosa desde la perspectiva proliberal que este trabajo viene defendiendo y que colocaría al Estado en una posición muy ventajosa en sus intentos de disciplinar la expresión de los ciudadanos en las redes (Boix Palop, 2011c: 218-222; Teruel Lozano, 2014).

La conclusión, en definitiva, al menos en este punto, no puede ser sino clara y particularmente inquietante. Con diversas razones de tipo técnico (que no viene al caso ahora discutir o cuestionar, por razones de espacio y de orientación de este trabajo) podemos constatar ya a estas alturas la aparición y consolidación respecto de las formas de comunicación en Internet de mecanismos e instancias de control antes inexistentes respecto de contenidos o informaciones que, cuando lo son en otros formatos, nadie tenía (ni tiene) dudas de que solo podían ser cuestionadas, en su caso, por la autoridad judicial. Que las distintas formas de disciplina de la expresión (sea por razón de protección de datos, o de control de derechos de autor<sup>41</sup> o incluso de la expresión audiovisual *per se*) a cargo del poder ejecutivo van en aumento es, pues, una evidencia que habría que comenzar a resaltar y cuestionar. Esta tendencia, además, es particularmente visible respecto de la expresión de ideas y opiniones, la compartición de informaciones o la difusión de material audiovisual en las redes sociales, y ello a pesar del carácter no totalmente público, sino a caballo entre esa esfera y un ámbito más restringido y familiar o cercano a la actividad más privada que los usuarios de las mismas suelen desarrollar. Es habitual esgrimir para justificar esta creciente tendencia la necesidad de un mayor control de lo que sucede en las redes para el que el derecho penal no estaría preparado, como consecuencia de las propias dimensiones del fenómeno, y que el derecho privado no se estima tampoco capaz de asegurar suficientemente. En tales situaciones, el recurso a la Administración pública y su ca-

---

<sup>41</sup> Véase al respecto el análisis de las facultades de actuación de la Comisión Sínde y sus efectivas capacidades de control de contenidos, que pueden afectar a muchos de los compartidos en redes sociales, contenido en Boix Palop (2016).

pacidad para allegar medios a aquellas situaciones que requieran de cierta firmeza ejecutiva es un cómodo expediente. Lo que dista de estar claro es que sea, no obstante, la mejor solución por mucho que parezca la más sencilla.

Las razones por las que el constitucionalismo liberal clásico (y particularmente el constituyente español en 1978, tras la experiencia de cuatro décadas de censura y férreo control de la información, que durante todos esos años se filtraba al debate público solo a través de los canales que la dictadura franquista determinaba, verticalmente) estableció la imposibilidad, como regla general, de que sean el gobierno o la Administración quienes controlen las manifestaciones expresivas no parece necesario que sean muy remachadas en este punto. Los evidentes riesgos para el pluralismo que se derivan de dar cada vez más poderes en estos ámbitos al poder ejecutivo, tampoco. Conviene, por ello, situar en su correcto contexto (a la luz de la explicación que dábamos también al principio de este trabajo) esta tendencia que da cada vez más potestades a la Administración de control de contenidos: estamos frente a una deriva que socava las mismas bases del constitucionalismo democrático y participativo.

Frente a tales pretensiones, conviene recordar que la expresión en Internet no es, lo reiteramos una vez más, sino simple y ordinaria expresión de ideas y opiniones, pero más potente y por ello no más peligrosa sino, antes al contrario, más beneficiosa para la sociedad. Las reglas con las que se conciben y combaten, en su caso, estos flujos, han de ser por esta razón las mismas que con cualquier expresión ordinaria. Y ello implica actuar, como ordinariamente, a partir del principio *favor libertatis*, no restringir derechos de los ciudadanos cuando difunden información o manifiestan opiniones en las redes sociales que sí tendrían derecho a emitir si lo hicieran por otros medios o si fueran emitidas en medios de comunicación tradicionales, así como luchar por impedir que la Administración, en sus diversas variantes y por las diversas razones técnicas habitualmente afectadas (y por mucho que con posibilidad siempre de un ulterior recurso ante un juez) se pueda convertir en árbitro que determine lo que es adecuado o no que aparezca en la esfera pública y en el debate ciudadano. Esa función la realizan la Constitución y las leyes que la desarrollan, interpretadas por los jueces y tribunales según señala nuestro ordenamiento jurídico y es extraordinariamente importante para el pluralismo que así siga siendo.

## V. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LAS INSUFICIENCIAS DE LA RESPUESTA REPRESIVA EN ESTE CONTEXTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS NUEVOS LÍMITES

Los límites a la expresión que realizamos en Internet por medio de las redes sociales están todavía, a día de hoy, en construcción. La concreta mane-

ra en que acaben siendo decantados finalmente dependerá de una confluencia de elementos que, de momento, todavía no sabemos cómo cristalizará. Sin embargo, ya es posible identificar algunas tendencias que apuntan en direcciones no del todo coherentes con las bases constitucionales a partir de las cuales hemos construido el esquema de intervención pública sobre la expresión de ideas y opiniones en una sociedad democrática. La exagerada percepción de riesgos asociados a la generalización de la comunicación en red y la multiplicación de emisores y receptores ha permitido que se haya aceptado socialmente tanto un incremento de las posibilidades de represión del pensamiento disidente, rebajando la sensibilidad de los mecanismos de represión penal en estos casos, como la aparición de procedimientos directos e indirectos de control administrativo de la expresión que habían desaparecido, en principio, con la Constitución española de 1978. El hecho de que no se controle a medios de comunicación sino a usuarios individuales, y que estos controles no sean particularmente molestos para las propias redes sociales que dan soporte a estos intercambios, ni limiten su negocio en demasía, hace que la reacción frente a estas restricciones sea más complicada. Ello no obstante, no conviene subestimar la gravedad de las mismas, máxime si tenemos en cuenta que las redes sociales están llamadas a ser en un futuro ya muy próximo un espacio cada vez más privilegiado para el intercambio de informaciones y opiniones. El debate público, que en una sociedad pluralista debería estar lo más desligado de controles por parte de los poderes públicos que fuera posible, se va a producir cada vez más en las redes sociales (o, como mínimo, también en las redes sociales) y conviene protegerlo, pues de su salud depende en gran parte la buena forma de nuestras democracias.

A efectos de lograr emplear las redes sociales como un agente dinamizador del pluralismo conviene perfilar límites a la expresión que se realiza en las mismas que actualicen, adaptadas al nuevo entorno social y tecnológico, los principios constitucionales que informan nuestro sistema. Ello requiere, como hemos tratado de demostrar, dejar al derecho penal para aquellas manifestaciones que sean realmente graves y supongan riesgos sociales ciertos y obvios, por mor del cumplimiento del principio de intervención mínima y del de ofensividad, pero también porque, sencillamente, no es realista pretender ordenar la expresión en las redes sociales y «civilizarla» a golpe de sentencia penal. Es preciso también, en paralelo, fortalecer y aclarar las reglas que determinan los ilícitos civiles, a fin de convertir esta vía en el mecanismo idóneo para solventar los problemas que puedan surgir entre particulares, lo que requiere, por último, acabar de acotar las reglas sobre responsabilidad (esencialmente civil) de las propias redes sociales a base de perfilar cada vez mejor cuál es el estándar de «efectivo conocimiento» de una violación cometida empleando sus plataformas que, caso de ser ignorado, deriva en responsabilidad.

Un modelo que funcionara correctamente a partir de estos criterios no abusaría del recurso a la fiscalización administrativa y permitiría que fueran los propios ciudadanos quienes solucionaran sus problemas empleando el derecho privado y sin recurrir a excesivos paternalismos. Y, sobre todo, se replantearía la interposición de instancias administrativas para posibilitar la eliminación o «invisibilización» de contenidos a partir de decisiones adoptadas por autoridades de protección de datos e, incluso, potencialmente, de autoridades de control del audiovisual, dado que el esquema constitucional, en principio, determina que corresponde a los jueces precisar el alcance preciso de las garantías y libertades expresivas y, en su caso, reprimir posibles excesos. Esta mayor contención evitaría que asistiéramos, como es el caso en la actualidad, a una excesiva persecución por parte de las autoridades públicas de ciertos contenidos cuya expresión, en el fondo, no es sino muestra de la vitalidad y buen estado de salud de una democracia donde la libertad permite hacer florecer la discrepancia e, incluso, los contenidos o comentarios que una mayoría social pueden juzgar como francamente desagradables o directamente estúpidos. La protección de estas manifestaciones, que muchos dirán que abundan en las redes sociales, es no solo una obligación constitucional sino, también, una buena idea.

### **Bibliografía**

- Barata i Mir, J. (2006). *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos de la reforma del régimen español*. Madrid: Marcial Pons.
- Bastida Freijedo, F. J. (2002). La libertad de información en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente* (pp. 573-592). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Bastida Freijedo, F. J. y Villaverde Menéndez, I. (1998). *Libertades de expresión e información y medios de comunicación: prontuario de jurisprudencia constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Belli, L. (2003). *Network Neutrality and Human Rights*. Background paper. París: CERSA, PRES Sorbonne University.
- Bermejo Latre, J. L. y Castel Gayán, S. (eds.). (2013). *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*. Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública XIV*. Zaragoza: Gobierno de Aragón.
- Betancor Rodríguez, A. (2007). ¿Están justificadas las autoridades administrativas de control de contenidos de las emisiones? La experiencia norteamericana. *Revista Catalana de Dret Públic*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 34, 31-82.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2008). La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho Político*, 71-72, 19-56. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5944/rdp.71-72.2008.9038>.
- (2015). La llamada ley mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana. *Teoría y realidad constitucional*, 36, 217-260.



- Boix Palop, A. (2002). Libertad de expresión y pluralismo en la Red. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 133-180.
- (2003). La LSSI y las diversas concepciones sobre la eficacia extraterritorial de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia*, 2. Disponible en: [www.uv.es/revista-dret](http://www.uv.es/revista-dret).
- (2006). Del equilibrio entre intereses individuales y colectivos. Derecho y garantía pública de la ajustada conciliación de los mismos. En A. Boix Palop y G. López García (eds.). *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2010). ¿Una red donde todos somos menores de edad? En torno al sorprendente papel de las Administraciones públicas como tutores y garantes de algunos derechos fundamentales en nuestra actividad en Internet. En L. Cotino Hueso (ed.). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (pp. 419-429). Valencia: Publicacions de la Universitat de València. Disponible en <http://www.uv.es/cotino/elibertades2010.pdf>.
- (2011a). Internet. En E. Guichot Reina (coordinador). *Derecho de la comunicación*. Madrid: Iustel.
- (2011b). La protección de la propiedad intelectual. En E. Guichot Reina (coord.). *Derecho de la comunicación*. Madrid: Iustel.
- (2011c). El cambio de prisma en la regulación del audiovisual: la sorprendente continuidad latente en el paso del servicio público a la liberalización. En B. Belando Garín y G. Montiel Roig (coords.). *Contenidos y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual. El nuevo marco normativo de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2015). El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la Sentencia Google. *Revista General de Derecho Administrativo*, 38, 3.
- (2016). Los derechos de autor en el ámbito comunicativo. En E. Guichot Reina (coord.). *Derecho de la comunicación*. Madrid: Iustel.
- Brotons Molina, O. (2013). Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general C-131/12. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 33, 107-126.
- Bruggeman, J. (2013). *Social Networks. An introduction*. Londres: Routledge.
- Burguera Ameave, L. y Corbacho López, Á. (2013). El derecho al olvido de los políticos en las campañas electorales. En L. Corredoira Alfonso y L. Cotino Hueso (coords.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carrillo Donaire, J. A. (2016). Libertad de expresión, discurso del odio y libertad religiosa: la construcción de la tolerancia en la era postsecular. En *Regulación y autorregulación de contenidos audiovisuales*. Cizur Menor: Aranzadi (en prensa).
- Casella, M. (2015). *The Social Networks: an Introduction*: Amazon.
- Castells, M. (1997-1998). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Madrid: Alianza, 3 vols.

- Catalá Bas, A. (2014). Los derechos de la personalidad de los personajes públicos en el espacio público. En A. Boix Palop y J. M. Vidal Beltrán (coords.). *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Cernada Badía, R. (2013). El derecho al olvido judicial en la red. En L. Corredoira Alfonso y L. Cotino Hueso (coords.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Comes Raga, I. (2013). La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconsentida del sexting ajeno. *La Ley penal*, 195, 2.
- Cotino Hueso, L. (2010a). Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD). En A. Troncoso Reijada (ed.). *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales* (pp. 289-315). Madrid: Thomson-Civitas.
- (2010b). La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución. En L. Cotino Hueso (ed.). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: Publicacions de la Universitat de València. Disponible en <http://www.uv.es/cotino/elibertades2010.pdf>.
- (2014). La STJUE del caso Google de 2014. Algunos «olvidos» y otras tendencia negativas respecto de las libertades informativas en Internet. Ponencia presentada en el *Seminari de la Facultat de Dret de València*. Disponible en <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2014/google/ponenciacotino.pdf>.
- y De la Torre Forcadell, S. (2002). El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en Internet. *Actas del XV Seminario de Derecho en Informática*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Cuerda Arnau, M. L. (2007). El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión. *Estudios de Derecho Judicial*, 128, 89-122.
- Darnaculleta Gardella, M. (2005). *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons.
- De Miguel Bárcena, J. (2005). La democracia representativa bajo el régimen de la gobernanza liberal. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, 125-138.
- De Miguel Molina, M. y Oltra Gutiérrez, J. V. (2011). La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España. En L. Cotino Hueso (coord.). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: Publicacions de la Universitat de València. Disponible en <http://www.uv.es/cotino/elibertades2010.pdf>, pp. 476-485.
- Díaz Buck, A. V. (2013). La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales. *Derecom*, 13.
- Fayos Gardó, A. (1997). El nuevo mercado de las ideas (sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet). *Revista de Administración Pública*, 144, 231-244.
- Fuertes López, M. (2014). En defensa de la neutralidad de la red. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 1397-1412.
- García Ferrer, J. J. (1998). *El político: su honor y su vida privada*. Madrid: Edisofer.

- García González, J. (2015). Oportunidad criminal, Internet y redes sociales: especial referencia a los menores de edad como usuarios más vulnerables. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 26.
- García Guitián, E. (2009). Una visión pluralista de los conceptos de libertad. *Revista de Occidente*, 338-339, 68-88.
- Laguna de Paz, J. (2000). La concentración en los medios de comunicación social. En *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (pp. 2825-2851). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lieberman, M. D. (2013). *Social: Why our brains are wired to connect*. Oxford: OUP.
- Lloria García, P. (2013). Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al «sexting»). *La ley penal*, 105, 3.
- López García, G. (2003). Internet, E-Communication and Public Opinion: Anti-War movement in the Internet and from the Internet in Spain. *Actas del Congreso Towards New Media Paradigms*.
- (2015). *Periodismo digital. Redes, audiencias y modelos de negocio*. Madrid: Comunicación Social Ediciones.
- López Jiménez, D. (2009). La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, 2, 237-274.
- Macià Gómez, R. I. (2015). Apuntes sobre la llamada «Ley Mordaza». *Diario La Ley*, 8649, 1.
- Martínez Martínez, R. (2014). El derecho al olvido. *Eldiario.es, Agenda Pública*, 9/9/2014. Disponible en: [http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto\\_social/Olvido\\_0\\_282422332.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/Olvido_0_282422332.html).
- Martínez Otero, J. M. (2013). La difusión del *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Derecom*, 18, 2.
- (2014). El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento. *Diario La Ley*, 8234, 2.
- Martínez-Torrón, J. (2015). La tragedia de «Charlie Hebdo»: algunas claves para un análisis jurídico. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 22-31.
- Marzal Raga, C. R. (2014a). *La nueva sanción de apercibimiento en materia de protección de datos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014b). Imagen audiovisual y autodeterminación informativa en los medios de comunicación. En A. Boix Palop y J. M. Vidal Beltrán (coords.). *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades* (pp. 305-325). Cizur Menor: Aranzadi.
- Mira Benavent, J. (1995). *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014). Demonios, exorcistas y Derecho penal: del caso Grandies al artículo 525 del Código penal español. En T. S. Vives Antón, J. C. Carbonell Mateu y J. L. González Cussac (coords.). *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura* (pp. 549-686). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mitra, S. (2000). The death of media regulations in the age of the Internet. *N. Y. U. Journal of Legislation and Public Policy*, 4, 415.
- Morales Prats, F. (2001). Internet: riesgos para la intimidad. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 10, 63-82.
- Muñoz Machado, S. (1988). *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Madrid: Ariel.

- (2001). *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*. Madrid: Taurus.
- Orenes Ruiz, J. C. (2014). La responsabilidad de los medios digitales, a propósito de la sentencia Delfi contra Estonia. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 877, 2.
- Orza Linares, R. M. (2013). El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal. En L. Corredoira Alfonso y L. Cotino Hueso (coords.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pardo Falcón, J. (1993). Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 141-178.
- Peguera Poch, M. (2007). Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 5, 1.
- Pétiniaud, L. (2014). Cartographie de l'affaire Snowden. *Hérodote*, 152-153, 35-42. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3917/her.152.0035>.
- Prell, C. (2011). *Social Network Analysis: History, Theory and Methodology*. SAGE.
- Prosser, T. (1997). *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press.
- Rallo Lombarte, A. (2000). *Pluralismo informativo y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014). *El derecho al olvido en Internet: Google versus España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rendueles, C. (2013). *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*. Madrid: Capitán Swing.
- Revenge Sánchez, M. (2015). Discursos del odio y modelos de democracia. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 32-35.
- Rochet, J. C. y Tirole, J. (2002). *Platform Competition in Two-Sided Markets*. Disponible en <http://core.ac.uk/download/files/153/6634993.pdf>.
- (2004). *Two-Sided Markets: A Progress Report*. Disponible en [https://www.jstor.org/stable/25046265?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/25046265?seq=1#page_scan_tab_contents).
- (2005). *Two-Sided Markets: An Overview*. Disponible en [http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf).
- Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2015). El discurso del odio a través de Internet. En Revenge Sánchez (ed.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 149-186). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- Rodríguez Morullo, G., Lascuraín Sánchez, J. A. y Alonso Gallo, J. (2001). Derecho Penal e Internet. En J. Fernández Ordóñez, A. Cremades García e R. Illescas Ortiz (coords.). *Régimen jurídico de Internet* (pp. 257-310). Madrid: La Ley.
- Rotenberg, M. (2014). On international privacy. *Harvard International Review*, 35 (4), 24-28.
- Salamanca Aguado, E. (2014). El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 4, 6.
- Salvador Coderch, P. (1990). Difamación y libertad de expresión. En P. Salvador Coderch (coord.). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (2006). La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo. En M. Cancio Melià y C. Gómez-Jara Díez (coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (pp. 893-916). Madrid: Edisofer.
- Simón Castellano, P. (2013). El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. En L. Corredoira Alfonso y L. Cotino Hueso (coords.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*. Barcelona: Bosch.
- Stuart Mill, J. (1859). *On Liberty* (ed. Harvard Classics, vol. 26). Disponible en: <http://www.constitution.org/jsm/liberty.htm>.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (2010). Internet y Derecho penal. En J. J. Fernández Rodríguez y D. Sansó-Rubert Pascual (eds.). *Internet, un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa* (pp. 103-124). Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.
- Teruel Lozano, G. M. (2010). El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. En L. Cotino Hueso (ed.). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: Publicacions de la Universitat de València. Disponible en <http://www.uv.es/cotino/elibertades2010.pdf>.
- (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto*, 62 (2), 41-72. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014pp41-72](http://dx.doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp41-72).
- (2015a). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal. *InDret*, 4.
- (2015b). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Vázquez Alonso, V. (2016). Libertad de expresión y religión en la cultural liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 146, 305-341.
- Vives Antón, T. S. (2001). Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión. En López Guerra (coord.). *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo* (pp. 279-294). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Waldron, J. (2014). *The harm in hate speech*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

# LA GESTIÓN PRIVADA DEL GOBIERNO DE INTERNET: LA CAPACIDAD DE AUTODETERMINACIÓN EN JUEGO

The private ordering of Internet governance:  
powers of self-determination at stake

PATRICIA MINDUS

Universidad de Uppsala

## *Cómo citar/Citation*

Mindus, P. (2016). La gestión privada del gobierno de Internet:  
la capacidad de autodeterminación en juego.  
*Revista de Estudios Políticos*, 173, 113-140.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.03>

## *Resumen*

Para entender mejor qué problemas plantea a día de hoy la tecnología en relación a las libertades políticas, entendidas como autodeterminación, la atención debe desplazarse desde el nivel de los contenidos de Internet hacia los elementos básicos que definen su arquitectura y gobernanza (CIR, protocolos, relaciones de poder, etc.). La ciencia política convencional ha ignorado durante mucho tiempo el campo del gobierno de Internet. A pesar de ello, existe un interesante debate sobre cómo se debe gestionar este nuevo mundo, constituido por la infoesfera, que tenemos en común. El artículo muestra por qué el debate sobre el control de Internet se plantea frecuentemente de manera errónea: al prestar demasiada atención a los actores institucionales tradicionales se ha obviado que las «sedes de poder» ahora se encuentran más repartidas. Para poder moverse a través del modelo de gestión privada que actualmente caracteriza Internet de una manera respetuosa con los derechos fundamentales hace falta repensar las relaciones entre los poderes sociales.

## *Palabras clave*

Libertad política; gobierno de Internet; CIR; arquitectura de Internet; democracia.

**Abstract**

To better understand what issues today's technologies raise in relation to political liberty, understood as self-determination, attention should shift from the level of contents of the Internet to its more basic architecture and governance (critical internet resources [CIR], protocols, governance ecology, etc.). Mainstream political science has for a long time eschewed the field of Internet governance. There is nonetheless an interesting debate on how we should handle this new world we have in common that is constituted by the infosphere. The paper shows why the debate on the control of the Internet is often misleading: too much attention on traditional institutional actors has obscured the fact that the «seats of power» are now elsewhere. In order to move within the private ordering that currently characterizes Internet governance, in a way that is respectful of fundamental rights, we need to rethink the relationships between social powers.

**Keywords**

Political freedom; Internet Governance; CIR; Internet architecture; Democracy.

## SUMARIO

---

I. UN NUEVO ÁMBITO DE LA POLÍTICA. II. CONTROLAR LA ESTRUCTURA. III. MULTISTAKEHOLDERISM Y CENTROS DE PODER. IV. PODER DE Y PODER SOBRE. BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. UN NUEVO ÁMBITO DE LA POLÍTICA

La infoesfera es ese nuevo mundo que habitamos conjuntamente con otros *inforgs*, ya sean agentes naturales o artificiales. En los *bits* se mezclan el *fuero interno*, tradicionalmente influenciado por el poder ideológico a través de la dirección de las almas, las mentes, los pensamientos y los valores, y el *fuero externo*, normalmente bajo el control del poder económico y político que domina los cuerpos, las necesidades y las actividades materiales. El advenimiento de la *Internet de las cosas* y de la robótica civil de masas hace esto evidente al hacer desaparecer la propia distinción entre lo *on-* y lo *off-line*. Gestionar un entorno así es, sin lugar a dudas, una tarea complicada.

Mientras que, inicialmente, la red se consideraba un reino habitado por pioneros librepensadores que habían creado colectivamente reglas y normas para ordenar este nuevo paisaje, a partir de ahora las luchas que se desarrollen en Internet estarán protagonizadas por jugadores más importantes, *in primis* los gobiernos y las grandes fortunas [...]. En el centro de todo está la cuestión de quién puede intervenir, y de qué manera, y quién tiene acceso a qué información [...]. La red es, al mismo tiempo, liberadora y feudal<sup>1</sup>.

La cuestión que se plantea es, por tanto: ¿liberadora para quién, y respecto de qué?

Como medio de comunicación que es, Internet permite a sus usuarios, de diversas formas, gozar de «poder para» expresarse, asociarse, calcular, etc., pero en determinadas circunstancias, esa capacidad de algunos puede implicar también el ejercicio de un «poder sobre» los demás. Como sostiene uno de los miembros del Working Group on Internet Governance (WGIG), Don MacLean, «además de dar la oportunidad a los usuarios individuales y a los

---

<sup>1</sup> Faris y Heacock (2013: 3).



grupos de crear contenidos, desarrollar servicios y ejercitar libertades fundamentales, Internet también otorga la posibilidad de monopolizar los mercados, controlar el acceso a la información y negar derechos humanos esenciales»<sup>2</sup>. El reto que plantean las nuevas tecnologías en relación a las libertades políticas es cómo regular un ámbito así. Si la libertad política, o la autonomía colectiva, presupone que «todo ser humano debe participar de manera directa o indirecta en la conformación de las normas que, a continuación, regularán su conducta en la esfera que no está reservada a la competencia exclusiva de su jurisdicción individual»<sup>3</sup>, nos encontramos de frente con una cuestión clave para la democracia.

Las características de Internet —la maleabilidad de su contenido y su arquitectura difusa— pueden fácilmente llevar a pensar, de manera equivocada, que «nadie controla la red» aunque existan mecanismos de coordinación, en algunas ocasiones centralizados, sobre diversas áreas técnicas y administrativas necesarias para mantener Internet funcionando. «Es ingenuo suponer que la red es como es, o que permanecerá fiel a los mismos principios de hoy, por razones de necesidad técnica»<sup>4</sup>. Más aún, en los últimos veinte años Internet ha cambiado sustancialmente, y con ella los hábitos de quienes la usan, lo cual ha modificado la manera en la que es gestionada: hay quien habla de *additional levers of control* que han venido creándose mediante algoritmos automatizados para regular el contenido *online*<sup>5</sup>. Estas circunstancias han generado nuevas estructuras de poder: «el nexo entre las comunidades profesionales, los puntos de control técnico y la regulación privada ha sido articulado dentro de un [...] modelo de ordenación del contenido de la red donde una pequeña élite profesional controla los límites del *global default* de la expresión libre»<sup>6</sup>.

Para entender mejor los problemas que las nuevas tecnologías suponen para la libertad política, entendida como autodeterminación, conviene fijarse en un ámbito específico: la gestión de la red (*Internet governance*). Para empezar a entender en qué términos se plantea la relación entre la libertad política y las nuevas tecnologías, lo primero es alejarse del mito de la neutralidad de la tecnología<sup>7</sup>. Como ha escrito la especialista en *Internet governance*, Laura DeNardis, al igual que sucede con cualquier otro instrumento técnico, los de Internet —incluso aquellos que son indiferentes al contenido y, por tanto, de

<sup>2</sup> MacLean (2005: 31).

<sup>3</sup> Bobbio (2009: 321).

<sup>4</sup> Wagner (2013: 201).

<sup>5</sup> DeNardis (2012).

<sup>6</sup> Wagner (2013: 14).

<sup>7</sup> Kallinikos (2010: 3). «Los aparatos como medios nunca son neutrales. Hacen posibles algunas cosas, y evitan la realización de otras». Para una explicación más detallada me permito remitirme a Mindus (2014 y 2015).

carácter meramente formal o estructural— no son «instrumentos aislados ni neutrales, sino que reflejan las opciones de control escogidas por sus diseñadores», por lo que «esta estructura técnica no es ajena a la política ni a la cultura, sino que se basa en valores y preferencias políticas que, en última instancia, estructuran la libertad personal en la red y el desarrollo de esta [...]: las riendas de la *governance* también manejan la estructura técnica de Internet»<sup>8</sup>.

Aunque es algo fundamental para el funcionamiento de la red, tal y como la entendemos hoy, la *Internet governance* se desarrolla generalmente fuera de la visibilidad pública. Esto no sirve sino para fomentar la idea de que, cualquiera que sea la naturaleza de la *governance* en cuestión, esta no terminará de ajustarse a la definición de la teoría democrática del siglo xx del «gobierno público en público». De hecho, existen varios problemas que aparecen directamente vinculados con las características que hacen de Internet la red de redes. La gestión de la red<sup>9</sup> se basa en normas, sistemas de reglas y prácticas que, en su nivel más alto, se contienen en leyes nacionales e internacionales, ya se trate de acuerdos de cooperación entre Estados para perseguir más allá de las fronteras los crímenes cometidos a través de la red, o de la garantía que permite a cualquiera expresarse a través de estas redes gracias al art. 27 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

El mismo concepto de *Internet governance* es objeto de disputas políticas, que a menudo se reducen a la dicotomía, demasiado rígida, entre tecno-deterministas como son los ciberlibertarios o los ciberconservadores<sup>10</sup>. Ya en junio de 2005, el *Report of the Working Group on Internet Governance* (WGIG) adoptó una definición muy amplia al respecto<sup>11</sup>, que, por otro lado, se planteaba en términos normativos; de hecho, «esta definición refuerza el concepto de inclusividad de los Estados, del sector privado y de la sociedad civil en los mecanismos de gestión de la red. Esta definición reconoce que cada grupo tiene intereses, roles y (grados de) participación diferentes»<sup>12</sup>. *Internet gover-*

<sup>8</sup> DeNardis (2013: 555-556).

<sup>9</sup> Uso aquí la fórmula, ya adoptada por el CNR, «gestión de la red» para traducir «Internet governance», que debe distinguirse del concepto de *e-governance*, es decir, el uso que se hace de las nuevas tecnologías por parte de la Administración pública y en las funciones de gobierno.

<sup>10</sup> Mueller (2010). Sobre la ideología de los ciberlibertarios y del Partido Pirata, véase Burkart (2014).

<sup>11</sup> «*Internet governance* significa el desarrollo y la aplicación, por parte de los Estados, el sector privado y la sociedad civil, cada uno en su ámbito, de principios, normas, reglas, procedimientos para tomar decisiones y programas compartidos, que determinan la evolución y el uso de Internet»: Working Group on Internet Governance (2005).

<sup>12</sup> *Ibid.*

*nance* es un término ambiguo en el que se engloba la gestión de muchísimas cuestiones como «la calumnia, la difamación, el fraude, la falsificación, las políticas fiscales, la protección de la propiedad intelectual, la protección de los consumidores, el control de la estabilidad e integridad del funcionamiento del sistema DNS, la protección de la privacidad de la información personal almacenada en los registros del *domain name system*, o el control sobre las posibles interceptaciones del tráfico»<sup>13</sup>. Indudablemente, en todos estos temas es necesario tomar decisiones, pero lo delicado es determinar quién tiene el *poder de hacerlo*, en el sentido de poseer los medios que sirven para hacerlas eficaces; quién tiene la *facultad* para ello, o sea, la legitimidad; bajo qué condiciones estas decisiones supondrán *poder sobre* alguien o algo; cuándo la estructura de poder así establecida determina la subordinación de unos a otros; o, por último, de qué tipo son estos poderes. Todos estos problemas son anteriores al concepto de *Internet governance*: la propia finalidad política de la gestión de la red hace referencia a un conjunto de cuestiones cuya finalidad es lograr un uso eficiente, además de legal, de Internet.

Teniendo presente que «para muchos, el mismo término ya genera rechazo»<sup>14</sup>, lo primero es apuntar la existencia de distintas taxonomías que sirven para ilustrar cómo se gestiona la red<sup>15</sup> y que casi siempre intentan arrojar luz sobre «la naturaleza de los jugadores»<sup>16</sup> implicados en esta compleja fórmula de proceso decisional. Esto no debería sorprender, puesto que se trata de un caso de *global multistakeholder networked governance*, consecuencia —se dice— de la «*peer-production of Internet governance*». Tres son las características que hacen que esta forma de gestionar la red —independientemente de su misma legitimidad, que igualmente se discute<sup>17</sup>— se distancie de los diseños propios de la mayoría de los procesos decisionales: *i*) la asimetría entre unas jurisdicciones aún eminentemente nacionales y el carácter no territorial de la infoesfera; *ii*) el hecho de que, junto con fórmulas más o menos formales de *decision-making*, «la mayor parte de la gestión de Internet se realiza de manera descentralizada y emergente; procede de la interacción de decenas de miles de operadores e ISPs —y en ocasiones de los propios usuarios— que están conectados entre sí a través de protocolos»<sup>18</sup>; y *iii*) el hecho de que no exista más obligación de emplear determinados servi-

<sup>13</sup> Cerf (2004: 1362).

<sup>14</sup> Mueller (2010: 8).

<sup>15</sup> Dutton (2007: 63-81).

<sup>16</sup> Dutton (2011); Nash (2013: 441-463).

<sup>17</sup> Hintz y Milan (2009: 23-38); Hintz (2007); Hunter (2003: 1149-1183); Weinberg (2000: 187-260). Para una recopilación de perspectivas críticas: <http://www.icannwatch.org>.

<sup>18</sup> Mueller 2010: 9.

cios que la que se deriva de la *peer-pressure*. No se trata aquí de intentar mostrar en detalle el complejo funcionamiento de la gestión de la red, sino simplemente de evidenciar cómo esta gestión constituye un *nuevo ámbito de la política* y cómo este es objeto de pugna entre *distintos poderes sociales*.

Con una finalidad expositiva, y siguiendo la distinción ya clásica de Yochai Benkler de la «red a tres niveles»<sup>19</sup>, podemos adelantar la conclusión de que la mayor parte de los debates sobre Internet y política, tanto en general como dentro de las instituciones creadas para su «gobierno», como pueda ser el órgano consultivo del IGF (*Internet Governance Forum*), se concentran en el nivel semántico, el del contenido, ignorando de hecho los otros dos; y ello a pesar de que pueden tener una importante incidencia en aquel. Conviene, por lo tanto, partir de algún ejemplo relacionado con los niveles más «profundos» para aclarar cómo el problema de la «libertad política» está relacionado no tanto y no solo con las muy diversas prácticas de «participación digital» que se desarrollan íntegramente en el nivel de los contenidos de Internet, sino con el poder sobre la *backbone infrastructure* de la red: el nivel físico y lógico de Internet. La opción por este punto de vista deriva del simple hecho de que, en comparación con el nivel de los contenidos, «los investigadores han dedicado mucha menos atención a la infraestructura de la red»<sup>20</sup>.

## II. CONTROLAR LA ESTRUCTURA

Desde el punto de vista del nivel físico, Internet es un conjunto de redes que son gestionadas por compañías de telecomunicaciones, propietarias de redes de fibra óptica, cables submarinos o conexiones vía satélite. Todas estas

<sup>19</sup> Benkler (2000: 561-579). Conforme a esta descripción, Internet es un conjunto de redes formado por estratos: el primero es «físico» y se refiere a las infraestructuras de comunicaciones: cables, torres, enlaces de radio, *hotspots*, líneas telefónicas; el segundo es técnico y abarca las reglas y los protocolos (Tcp/Ip, IpV4, IpV6); el tercero es el de los contenidos y lenguajes compartidos en la red (el estándar HTML del W3C, pero también el idioma de los sitios web, e incluso el contenido en sentido estricto: audio, texto, vídeo). Junto con esto hay quien añade un cuarto estrato constituido por las leyes (las normas sobre privacidad, copyright, seguridad, etc.). Preferiría no hablar de ello como un cuarto estrato, ya que se trata del ámbito regulatorio en el que los otros tres tienen que operar. Estos niveles se integran entre sí y se interrelacionan de diversos modos, a partir del trabajo que múltiples sujetos privados y públicos realizan para garantizar la eficiencia, la estabilidad y la evolución de Internet. Este esfuerzo conjunto tiene como objetivo la «gestión de la red».

<sup>20</sup> DeNardis (2013: 566).

redes físicas deben estar conectadas entre sí para que la red funcione, cosa que sucede gracias a puntos de conexión privados o a través de IXPs (Internet Exchange Points) que implican a una gran variedad de actores<sup>21</sup>. Por ejemplo, uno de estos IXPs es el DE-CIX (Deutscher Commercial Internet Exchange) en Frankfurt, que constituye actualmente el principal *hub* de la red en Europa con un tráfico que alcanza 3,4 terabytes por segundo. El DE-CIX es propiedad de la Eco Association, una de las mayores asociaciones con fines no lucrativos de la industria de Internet, que a su vez desarrolla actividad de *lobbying* para alrededor de 500 empresas, sobre todo alemanas. Para conectar redes privadas se requiere obviamente poder desarrollar una interconectividad física, pero se necesitan igualmente contratos que estipulen dónde se localizarán los costes, la responsabilidad, etc. Normalmente estos contratos son de dos tipos, *peering* y *transit*, de los que únicamente el segundo prevé la compensación económica a cambio de la prestación de un servicio por parte de un *backbone provider*. Cualquiera podría argumentar que aquí no hay nada nuevo bajo el sol: desde los tiempos del *negotium* romano se han venido planteando fórmulas destinadas a resolver eventuales controversias. Sin embargo, la realidad es diferente: «los contratos de interconexión son algo nuevo en la medida en que normalmente no es sencillo identificar las normas aplicables, faltan órganos que se encarguen del control y, además, son poco transparentes»<sup>22</sup>.

Si bien está claro que la protección de la infraestructura física es crucial para asegurar una red que funcione, es preciso tener en cuenta que también el plano jurídico influye en la seguridad y fortaleza de la red: esto ya se comprobó en un caso de falta de conectividad producto de una controversia que enfrentó a Cogent y a Sprint<sup>23</sup>. En este punto hay que empezar considerando aquellos problemas con los que los juristas están más acostumbrados a trabajar, como puedan ser las cuestiones sobre competencia o *antitrust*: hay quien se lamenta de la poca competencia existente en el ámbito operativo de los *Internet connection points*, que deriva en unos costes de tránsito que deben ser pagados a los *backbone providers* inasumibles para algunos países en vías de desarrollo. Pero también hay dificultades que se derivan de las situaciones de colaboración voluntaria articuladas mediante los contratos de *peering*, como las que se han puesto de manifiesto con la reciente disputa entre la empresa de telecomunicaciones francesa Orange y el operador americano Cogent<sup>24</sup>. Todo

<sup>21</sup> Wagner y Mindus (2015).

<sup>22</sup> DeNardis (2013: 567).

<sup>23</sup> Weiser (2009).

<sup>24</sup> La primera se quejaba del hecho de que recibía un flujo trece veces mayor del que enviaba, en buena parte debido a que los datos de Megaupload se transmitían a través de Cogent: Weller y Woodcock (2013).

esto, que está relacionado con las relaciones de poder entre los distintos operadores de la infraestructura, puede potencialmente incidir en el nivel de los contenidos, como evidencia el debate sobre la neutralidad de la red<sup>25</sup>.

El hecho de que el nivel de los contenidos está influido por todo aquello que sucede en los otros niveles es quizá más evidente en el caso de los CIR (Critical Internet Resources<sup>26</sup>). El debate sobre el control de los CIR continúa siendo uno de los «temas centrales en el estudio de la gestión de la red»<sup>27</sup>, en la medida en que constituye uno de los grandes asuntos de la política de la red, junto con las controversias relativas a la propiedad intelectual, la seguridad y la censura en la red. Los CIR están relacionados con el sistema de direcciones IP, las funciones IANA, el Domain Name System, el sistema *root zone*, y también el ASN (Autonomous System Numbers). Dentro de los protocolos y las instituciones responsables de su coordinación<sup>28</sup> —como IEFÉ, que se ocupa

---

<sup>25</sup> El concepto de «neutralidad de la red» existe desde mucho antes del nacimiento de Internet: se habló de ello por primera vez en la segunda mitad del siglo XIX, cuando en los Estados Unidos se comenzó a regular la utilización del telégrafo para las comunicaciones. El principio que fundamenta la *net neutrality* es que el todo tráfico en un determinado medio de transmisión debe ser tratado del mismo modo, por lo que el *provider* no puede limitar el ancho de banda destinado a acceder a un determinado sitio en relación a otro, o el destinado a la utilización de un determinado *software* respecto de otro.

<sup>26</sup> CIR son aquellos recursos que pertenecen exclusivamente a Internet, excluyendo por lo tanto las infraestructuras físicas, los recursos virtuales y aquellos asociados a la asignación y gestión del espectro electromagnético que no se destinen únicamente a Internet. Si bien algunas definiciones de CIR tienden a incluir también a las infraestructuras de telecomunicaciones y el *peering* (WGIG), lo habitual es emplear el término para referirse a los recursos lógicos, basados en *software*, típicos de la arquitectura de la red, que necesitan una coordinación centralizada.

<sup>27</sup> Weber (2009: 176).

<sup>28</sup> Los protocolos también plantean preguntas interesantes desde el punto de vista político. Por un lado, se admitirá que «el marco normativo más impresionante que ha gobernado Internet hasta hoy está constituido por las instituciones de *open standard* que han permitido a Internet crecer en modo exponencial, como una red de redes» Weiser (2001: 822). Por otro lado, sigue siendo controvertido qué es un *open standard*: ¿quiénes son los diseñadores? ¿Quién controla a los diseñadores? ¿Son libres de las reglas de la propiedad intelectual? ¿Cuál debería ser el papel de los gobiernos en la implementación de los *standard*? ¿Podría ser que las presiones de los gobiernos europeos relacionadas, por ejemplo, con la implementación del *standard IPv6*, que permitirá elevar el número de potenciales direcciones de Internet de los actuales 2<sup>32</sup> del *standard IPv4* a 2<sup>128</sup>, no sean casuales sino que estén orientadas a acaparar el mayor espacio posible en función de la arraigada lógica colonial? Véase DeNardis (2011).

de los protocolos TCP/IP— pero también organismos como W3C, ITU, IEC, IEEE y muchos otros grupos de normalización y organizaciones internacionales que desarrollan protocolos específicos que permiten la transmisión de datos (JPEG, MPEG, ISO, SAC, etc.), los CIR se encuentran en el centro de las fórmulas institucionales que se han venido conformando en estos años y que constituyen el «teatro de la legitimidad»<sup>29</sup> dentro del que se juega la partida por la «libertad política» en relación a las nuevas tecnologías.

A la vista de esto, Internet está gestionada mediante un sistema de *multistakeholder governance*: una red descentralizada e internacional de grupos compuestos por miembros de la sociedad civil, empresas privadas, actores estatales, organizaciones internacionales, académicos y muchos otros. La identificación individualizada de los interesados es de por sí complicada<sup>30</sup>, e incluso hay quien diferencia entre distintos tipos de *stakeholders* en función de su naturaleza o su capacidad de influencia: los «ciudadanos del mundo», los clientes de una determinada compañía de telecomunicaciones, los consorcios de investigación, las empresas, los gobiernos, o las instituciones expresamente dedicadas a la gestión de la red, como pueda ser el IGF, aunque su función sea meramente consultiva. El propio mapa de las instituciones implicadas es complejo, orientándose a su estudio parte de los trabajos actuales que se dedican a esta forma de *governance*<sup>31</sup>. De hecho, estamos asistiendo a un proceso de creciente institucionalización en este ámbito, lo que demuestra que la gestión de la red se está convirtiendo en una auténtica *policy area* individualizada en la que se puede encontrar a los grandes actores políticos.

Sin embargo, ni la ciencia ni la teoría política han considerado todavía que este sea un ámbito de interés. Habitados, de modo reflejo, a buscar procedimientos decisionales formalizados, en especial en el marco estatal, muchos no han visto lo que ha estado sucediendo. Tiene razón Helen Margetts, directora del Oxford Internet Institute, cuando escribe que, si bien Internet puede ser «un eventual estímulo para muchos *ismos* de la teoría política normativa», la mayoría de los estudios sobre el tema —y en particular los más antiguos sobre el impacto de la introducción de los ordenadores y las telecomunicaciones informatizadas en la política y la democracia— han sido simplemente «guetizados por la ciencia política *mainstream*»<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Wagner (2013), también Wagner (2016).

<sup>30</sup> Manuel-Navarrete y Modvar (2007).

<sup>31</sup> Se pueden ver, entre otros, Mueller (2002), (2010); Paré (2003); Malcolm (2008); Mayer-Schönberger y Ziewitz (2006); Post (2009); Weber (2009); De Nardis (2011).

<sup>32</sup> Margetts (2013: 421-422). También Mindus (2014), donde se desarrolla la tesis del atraso de la ciencia política en comparación tanto con la ética de la información como con respecto a la informática jurídica.

Como ejemplo, se puede observar cómo en la literatura sobre la *governance* global y sus movimientos dentro de la sociedad civil, Internet no se concibe como un objeto de estudio, sino como un medio que sirve para formular y distribuir el mensaje político. A diferencia de la *governance* y del *multistakeholderism* que están de moda en temas como el medio ambiente, los derechos humanos, el mercado, la deuda pública y muchos otros sectores de la política contemporánea, la gestión de la red no se plantea como un área de la política, como una realidad o un ámbito en el que se están produciendo luchas políticas. «Esta circunstancia es extraña porque existen movimientos políticos. Alrededor de temas como la propiedad intelectual (*commons*) y el acceso al conocimiento (A2K) se articulan lo que se pueden calificar como movimientos sociales transnacionales»<sup>33</sup>.

Internet, que actualmente se ha convertido en la plataforma de comunicación más importante del mundo —como resultado del fenómeno de la convergencia digital, que ha unificado sustancialmente las plataformas de medios, haciendo que usemos la red para llamar, ver vídeos, escuchar música, comprar productos y, en general, relacionarnos con los demás—, constituye ya un *objeto* político. Como la política comercial o los asuntos exteriores, la red es en sí misma un *ámbito político*, y no únicamente un *modo de hacer política* como insinúa gran parte de la literatura sobre democracia digital. «Exactamente como la política comercial o la medioambiental, la globalización de las comunicaciones y de la información influye significativamente en los individuos. Pero sus efectos más visibles se confinan a un sector muy concreto de las políticas públicas y, por tanto, a áreas institucionales específicas»<sup>34</sup> —y son justamente estas áreas las que hoy están cambiando.

### III. MULTISTAKEHOLDERISM Y CENTROS DE PODER

Es probable que focalizar la atención sobre los ámbitos institucionales formalizados, como la mayor parte de las investigaciones sobre la gestión de la red ha hecho en los últimos veinte años, no sea lo más útil si queremos comprender cuáles son los centros del poder. Del mismo modo, preguntarse cuáles son los actores, los portadores de intereses involucrados en las instituciones formales, quizá no sea la mejor estrategia para comprender los actuales retos a los que se enfrenta la libertad política. No porque las instituciones formales no sean legítimas, sino porque no necesariamente gozan del *poder de*, precondi-

<sup>33</sup> Mueller (2010: 12).

<sup>34</sup> Wagner (2013: 12).



ción del *poder sobre*. La historia de las instituciones responsables de la gestión de la red parece dar indicios en este sentido.

En esta historia, como es bien sabido —desde Arpanet a Internet— los Estados Unidos han desempeñado un papel clave, si bien, en cierto modo, en un doble sentido. Por un lado, con el fin de crear el marco que permitiera justificar el *statu quo*, han defendido la imposibilidad técnica de regular o uniformizar la red: como afirmó de manera muy gráfica Bill Clinton, para un Estado regular Internet es como «clavar gelatina en la pared». Pero por otro lado, Estados Unidos ha intentado sistemáticamente asumir el control sobre partes clave de la infraestructura de la red: en otras palabras, controlar al menos aquello que resulta controlable: esencialmente los CIR y, en especial, el *root system*. El modo de hacerlo era a través de la ICANN. La Internet Assigned Numbers Authority se ocupa, *inter alios*, de la tarea de asignar los nombres de dominio a través de la delegación a los *registrars* (como VeriSign), repartir las direcciones IP, y controlar el *root server system* y el *root zone file*.

Desde el nacimiento de la red hasta su muerte en 1998, el pionero de Internet Jon Postel se ocupó de la asignación de las direcciones y los protocolos, dada su condición de director de la división de redes informáticas Information Sciences Institute (ISI) de la University of Southern California, subcontratada por el Ministerio de Defensa norteamericano. Más tarde, esta tarea fue encomendada a la Internet Assigned Numbers Authority (IANA); después, cuando esta institución asumió la gestión de los *root server* en todo el *domain name system*, se transformó en la organización conocida como ICANN. Si se analiza despacio, todo lo acontecido no es más que el resultado de una disputa entre expertos técnicos y el Estado americano.

Tal y como se narra en detalle por Mueller en *Ruling the Root* (2002), el conflicto que enfrentaba a la «comunidad de Internet», *in primis* representada en la figura de Postel, con los consejeros de Clinton versaba precisamente sobre el control de esta infraestructura. Finalmente la Administración, amenazando con demandar a Postel, impuso su criterio y, en una semana, este otorgó nuevamente al Estado el pleno control sobre los servidores: «desde entonces, el *root file* y la teórica autoridad sobre el *root* quedaron, sin excepciones, en manos de los Estados Unidos»<sup>35</sup>. Sin embargo, a la vista del desarrollo del *e-commerce* y el riesgo, percibido por las empresas, de que el control estatal pudiera perjudicarlo, se prefirió instituir una autoridad no estatal. Desde entonces, se viene desarrollando un debate sobre la función y la legitimidad de la ICANN, organización no gubernamental sin ánimo de lucro sometida al derecho privado californiano, que ha asumido las funciones IANA. El debate

<sup>35</sup> Goldsmith y Wu (2006: 46).

se concentra especialmente en estos aspectos de la red institucional y, sobre todo, en lo relativo al control por parte de la ICANN del *domain name system* (DNS<sup>36</sup>), adquiriendo un nuevo impulso con la introducción en 2009 del Governmental Advisory Council dentro de su estructura.

El *multistakeholderism* que caracteriza a la ICANN se plantea como una respuesta a los riesgos que implica el control de estos CIR por parte del Estado americano. Como consecuencia, la ICANN incluye a actores interesados de otros países y de diversos tipos de organizaciones; se trata de una forma de ordenación interna que viene a identificarse con la etiqueta de *multistakeholderism*. Desde el principio se vio que la posibilidad de participar reconocida a los distintos grupos no suponía nada ni en relación a sus posibles competencias ni al peso que cada uno pudiera tener en los procedimientos de toma de decisiones. No es momento ahora de exponer la evidente diferencia que existe entre tener voz y tener peso decisonal, entre simplemente participar y decidir, una cuestión, por otra parte, ampliamente desarrollada por los estudios críticos sobre la *governance*, floreciente ámbito de la literatura contemporánea sobre política normativa<sup>37</sup>. En nombre de los principios de inclusión, transparencia y proximidad, en muchos procesos de *governance* se considera que las decisiones públicas deben ser negociadas entre el mayor número de actores diferentes posible, individuos o grupos, incluso si eso supone relegar a los organismos públicos al papel de simples mediadores. En el caso del *multistakeholderism* propio de la red, la pretensión era involucrar a distintos grupos en los procesos decisonales, no solo como agentes consultivos. Son muchos los

---

<sup>36</sup> El *domain name system*, que traduce los nombres de dominio alfanuméricos y sus direcciones IP, es un enorme *database management system* jerárquico, distribuido globalmente en numerosos servidores. Los *root name servers* contienen un código maestro conocido como *root zone file* que gestiona las direcciones IP y los nombres asociados del servidor DNS para todos los TLDs y ccTLDs (dominios top-level y los códigos de países asociados como .com o .it): esto último actualmente está incluido en las funciones de la IANA. Por razones técnicas, existen 13 *root servers*, que, sin embargo, son gestionados por 12 organizaciones entre las que se encuentra la NASA, el ejército americano y varias compañías privadas, de las que dos son propiedad de VeriSign. La gestión del *root zone file* la realiza la ICANN, que es quien puede ponerlo al día; la actualización debe ser autorizada por el Ministerio de Comercio americano y el gestor del *DNS root server* (Verisign) será el encargado de incluir los cambios necesarios y distribuir la actualización a los otros *DNS root servers*.

<sup>37</sup> En italiano se puede consultar Ferrarese (2010). Para comprender la concepción privatista de la representación a partir de intereses y de los procesos de negociación típicos de la *governance* en relación a la concepción política de la representación, véase Cuono (2013).

que han apuntado que ya la propia idea ponía en crisis muchas de las concepciones tradicionales sobre la representatividad, la legitimidad y la responsabilidad<sup>38</sup>. Pero, sobre todo, la novedad venía dada por el nuevo papel que se asignaba a los «expertos» que, en este caso, eran también los «padres fundadores de la red» en torno a los que se desarrollaba un auténtico y genuino culto a la personalidad<sup>39</sup>. Partiendo de la premisa de que «los políticos no disponen de conocimientos o experiencia sobre el funcionamiento técnico de las redes, se hace necesario que los expertos técnicos mantengan el control sobre una parte del proceso de gestión. Expertos que en un primer momento eran escuchados por las comisiones parlamentarias o las estructuras burocráticas análogas, ahora se sientan en estas mismas comisiones desempeñando un papel activo en el desarrollo de las políticas»<sup>40</sup>.

Así, nos encontraríamos con un sistema que reproduce los vicios más criticables de la *expert rule*, de la tecnocracia dentro de la democracia, si no fuera por el hecho de que el modelo de *multistakeholder* presente en la creación del ICANN siempre ha estado bajo la larga mano, apenas oculta, de la hegemonía jerárquica de los Estados Unidos. A este respecto, es curioso cómo en la modernidad política nunca se emplearon «expertos» de modo tan generalizado como se hace en la época de la «muerte del conocimiento» y de la posibilidad indiscriminada de opinar. Mientras que existe una amplia literatura sobre el abuso del saber técnico como forma de tecnocracia en otros ámbitos de la política, como por ejemplo la política financiera y la política migratoria, en relación a la política de las TIC lo más importante parece ser denunciar la influencia de los Estados Unidos o defender el modelo del *multistakeholderism* de cambios o ataques antes que revelar su carácter dual y la ambigüedad de esta forma de recurso al conocimiento técnico. Esta manera de enfocar el debate, prevalente en los años noventa y al principio de este siglo, sorprende más todavía a la vista de que, al propio tiempo y en relación al mismo ámbito político, se planteaban acusaciones de *techdeterminism*: ¿cómo es que nunca el experto en redes —ya sea consciente de que la técnica incorpora valores y, por tanto, no es neutral en relación a las distintas formas de ver el mundo, o bien sabedor de que aquella siempre parte de una hipótesis concreta sobre el comportamiento humano— parece preocupado por el hecho de llevar con él, junto con el propio bagaje de conocimientos técnicos, su particular visión del mundo?

---

<sup>38</sup> Bendiek y Wagner (2012).

<sup>39</sup> Leiner *et al.* (2011).

<sup>40</sup> Wagner (2013: 181).

En cualquier caso, considerando la atención prestada al papel de los Estados Unidos, no es sorprendente que el antiamericanismo entre en el debate reivindicando espacios decisionales alternativos para la gestión de la red. Sin embargo, el *multistakeholderism* también cumple su función en este contexto: «como organismo privado cuyo fin es la regulación eficaz de la gestión de la red, el ICANN también sirve para deslegitimar la creación de estructuras institucionales paralelas [...]: ya existe un espacio donde los usuarios de la red pueden expresar sus preocupaciones [...]. Esta es la realidad efectiva de la *multistakeholder governance*: implicar directamente a las ONG, los expertos y las empresas en los procesos de *governance* es la manera de impedir un control multilateral» por parte de los Estados<sup>41</sup>.

Como consecuencia de esto, aparecen fuerzas contrarias a esta forma de legitimidad prevalente establecida a partir del ICANN. Muchos históricos de la red recuerdan cómo el IGF fue, en muchos sentidos, la respuesta de la ONU a la creación del ICANN<sup>42</sup>. El dictador tunecino Ben Ali consiguió convencer a la ONU de la necesidad de organizar una conferencia internacional en Túnez sobre el control de la red. Aunque al hacer esto los objetivos del dictador, que no por casualidad fue apodado *Ben à vie* durante las protestas que le obligaron a abandonar el poder, bien podían ser otros, muy distintos a la conformación de una red «libre», lo que consiguió de hecho fue reabrir la discusión sobre la gestión de la red.

Desde 2003 la *governance* de Internet se ha discutido en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (WSIS). La primera reunión se produjo en Ginebra en 2003, bajo presión de los Estados Unidos y otros países aliados, y la segunda en Túnez en 2005. Se trató de una serie de conferencias diplomáticas multilaterales en las que estaban presentes representantes de distintos estados para afrontar aquello que consideraban que constituía el problema de la gestión de la red; en otras palabras, nada menos que los principios, normas, reglas y procedimientos compartidos que conforman la evolución y ordenan el uso de Internet. Hay quien habla de esto como «la batalla por el alma de la red»<sup>43</sup>. Lo que estaba en juego era básicamente el dominio americano sobre los CIR, pero también el papel de los Estados en la gestión de la red. Este último punto aparecía en la agenda de Túnez así: «Permitir a los gobiernos, en condiciones de igualdad, desempeñar sus roles y responsabilidades en relación a las políticas públicas internacionales propias de Internet», como expresa la Declaración oficial.

---

<sup>41</sup> Wagner (2013: 179-182).

<sup>42</sup> Masters (2014).

<sup>43</sup> Ellio Noss, citado por Mueller (2010: 10).

Justo tras la WSIS de Túnez, en 2006 se creó el IGF, que constituye un grupo internacional de gobiernos y organismos no gubernamentales. Este, llamado a veces «parlamento de Internet», pero autodefinido como «un laboratorio o espacio neutral para el diálogo»<sup>44</sup>, representa un lugar de encuentro para discutir y profundizar sobre los asuntos de mayor actualidad. Pero el IGF no tiene capacidad decisional: si bien algunos lo consideran una «sede de poder» indirecta, en la medida en que puede influir en las prácticas de *governance* a través de redes informales o procesos de socialización, de la conformación de comunidades y de las relaciones de micro-poder<sup>45</sup>, lo cierto es que carece de capacidad coercitiva alguna. De ahí que haya quien considera que dirigir la atención hacia el IGF, debatir sobre su legitimidad, es un enfoque en buena medida equivocado, ya que las verdaderas sedes del poder son otras<sup>46</sup>. «La principal función del IGF es mantener el *statu quo* institucional, impidiendo a otras instituciones tomar parte en la gestión de la red»<sup>47</sup>. En diciembre de 2010 la ONU decidió proseguir con la experiencia del IGF por otros cinco años; sin embargo, la estrategia no parece haber funcionado.

De hecho, tanto algunos Estados como el propio sistema internacional temen que el *lock-in* institucional —que se produce cuando un órgano, aunque sea consultivo, reivindica su capacidad para expresarse sobre una materia tan sensible como la gestión de la red— pueda minar el poder de otros entes con capacidad decisional, en particular, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU), encargada de organizar la WSIS. Tanto la legitimidad de la WSIS como la del IGF derivan de la agenda de Túnez, pero en realidad no están del todo alineadas, sino que son instituciones concurrentes. A esto se ha unido también la Unesco que, en febrero de 2013, organizó en París un fórum de la WSIS. E incluso los Estados han querido participar: en diciembre de 2011 se formó en La Haya la Freedom Online Coalition, cuya última reunión se produjo en Tallin en abril de 2014. Forman parte de ella Austria, Canadá, la República Checa, Costa Rica, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Ghana, Irlanda, Japón, Kenia, Letonia, las Maldivas, México, Moldavia, Túnez, el Reino Unido, y desempeñan papeles importantes Holanda, Suecia y Estados Unidos. En algunos de los eventos organizados por este foro alternativo de discusión han participado más políticos y se ha recibido mayor cobertura mediática que en los del IGF. En conclusión, desde el 2005 hasta hoy

<sup>44</sup> <http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>.

<sup>45</sup> Flyverbom (2011), que estudia principalmente WGIG y UNICTTF, a partir de una aproximación STS.

<sup>46</sup> DeNardis (2013: 557).

<sup>47</sup> Wagner (2013: 185).

en día se ve cómo la escena se va fragmentando cada vez más en lo que respecta al ámbito institucional que se ocupa de la gestión de la red. De hecho, se ha asistido a una proliferación de instituciones muy diferentes. «El resultado ha sido la exclusión del IGF de los debates más importantes sobre la gestión de la red, mientras que los Estados y las organizaciones internacionales se van inventando nuevos puntos de encuentro»<sup>48</sup>. No hace falta ser un empedernido realista político para reconocer que el interés por un determinado foro de encuentro depende en parte del poder que se piensa que éste puede tener, y que esta fragmentación institucional es una prueba de los cambios en el paisaje del poder.

Sin embargo, la pervivencia del modelo de *multistakeholder governance* ha sido posible gracias al papel clave desempeñado por los Estados Unidos. Mientras que este país se resista a los cambios, será complicado variar la ruta, lo cual no impide, sin embargo, que se hagan esfuerzos en la dirección opuesta. De hecho, los detractores del modelo de gestión de la red consiguieron, bajo la batuta del ITU, organizar a finales de 2012 una conferencia internacional de alto nivel en Dubái, la WCIT (World Conference on International Telecommunications). «Algunos puntos de la conferencia WCIT afrontaban auténticas cuestiones de poder sobre la gestión de la red. Por ejemplo, el hecho de otorgar un mandato al ITU para regular la “cybersecurity” va directo al corazón del modelo del *multistakeholderism*»<sup>49</sup>. Rusia, China, Arabia Saudita, Argelia y Sudán aprovecharon la ocasión para declarar que «los Estados miembros tienen el derecho soberano de establecer e implementar políticas públicas, también a nivel internacional, en cuestiones relacionadas con la *Internet governance*»<sup>50</sup>. La propuesta también aspiraba a devolver a los Estados miembros la responsabilidad sobre gran parte de las funciones de la ICANN<sup>51</sup>. A este paso, la WCIT acabará por obligar a los Estados Unidos a defender abiertamente el modelo del *multistakeholderism*.

Es preciso también señalar que, en los últimos años, se ha visto cómo las instituciones típicas de este modelo de *governance* carecen de poder real para

---

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Wagner (2013: 191).

<sup>50</sup> ITU-SG WTPF13IEG3, *Documento WTPF-IEG/3/35: Contribution from the Russian Federation. Opinion (7): The role of Member States in the Internet Governance Multistakeholder model to facilitate its further development*, accesible en la dirección: <http://www.itu.int/md/S13-WTPF13IEG3-C-0021/en>

<sup>51</sup> *Ibid.*: «Los Estados miembros tienen los mismos derechos sobre la gestión de Internet, entre los que están los derechos al reparto, a la asignación y a la reutilización de códigos, direcciones, dominios y recursos, así como al desarrollo de infraestructuras de base de la red».

incidir en la práctica política. Aunque el modelo aún sea defendido por individuos y grupos que operan dentro de él<sup>52</sup>, se trata de una fórmula cada vez más vacía, en el sentido de que la capacidad para influir en la gestión de la red por parte de este conglomerado de fuerzas institucionales está muy limitada. De hecho, hoy la red se gestiona a través de relaciones y acuerdos normalmente de tipo informal, esencialmente entre actores privados. Por mucho que los actores públicos, ya sean de nivel nacional o internacional, intervengan en la determinación de las pautas políticas dentro de este ámbito, su capacidad para influir, condicionar o determinar el comportamiento del resto de jugadores y de los propios usuarios está muy limitada. Estos actores carecen, en otros términos, de *poder sobre* la política de la red. Pero ¿por qué sucede esto?

Un aspecto que parece distinguir a este nuevo sector de la política de muchos otros (inmigración, mercado de trabajo, política exterior, etc.) es que, en el sector comunicativo-informativo, «la confianza en el Estado nación como principal institución gubernativa es exactamente lo que se pone en cuestión»<sup>53</sup>. Bajo el slogan *code is fast, law is slow*, se oculta una de las principales paradojas de este ámbito político: su esquizofrénica relación con el Estado.

Por un lado, el Estado sigue siendo la *enforcement agency* por excelencia, aunque la red globalizada sea un animal elusivo que ningún Estado está capacitado para controlar plenamente. Aquellos que pensaban, haciendo gala de un entusiasmo indisimulado, que los Estados desaparecerían en la infoesfera sencillamente estaban equivocados. Los Estados plantean pretensiones sobre nombres geográficos o sobre representaciones lingüísticas en la infoesfera, desarrollan su propia capacidad para ejercer vigilancia, hacen planes para militarizar el ciberespacio y colonizar aquellos elementos considerados esenciales y pretenden ser los árbitros de la censura en la red. Todas estas son formas mediante las que se manifiesta el más clásico *poder sobre* los *netizens*. Por otro lado, el Estado parece más que otra cosa un tigre de papel: quiere, pero no puede. De hecho, carece de *poder de*, en el sentido de los *medios* técnicos necesarios para gobernar la política de la red. Muchas veces los Estados, cuando intentan regular los algoritmos de las compañías privadas y no solo su comportamiento, simplemente fracasan. Han perdido la capacidad de intervención (*poder de*). E incluso, cuando se esfuerzan en mantenerla, se muestran incapaces de ello. Por ello, también se equivocaban aquellos que teorizaban, como aplicados deterministas tecnológicos y empedernidos realistas políticos, que estábamos condenados a vivir en *closed source societies* con una red de fronteras rígidas bajo la vigilancia estatal. El Estado —se podría decir aplican-

<sup>52</sup> Franklin (2013).

<sup>53</sup> Mueller (2010: 255).

do la tesis de Saskia Sassen en el debate de los años noventa sobre el declive de la soberanía— «decae creciendo».

Pero mientras que las expectativas depositadas sobre el Estado aumentan, este ve reducida su capacidad para emplear aquellos medios que necesita para producir el efecto que desearía. En este sentido, los actores públicos no son muy libres, lo que significa, en el caso de los Estados democráticos de derecho, que tampoco nosotros lo somos, en la medida en que los ciudadanos son el componente básico del Estado. La falta de libertad de un Estado, en este contexto, no depende esencialmente del hecho de que otro ejerza *poder sobre él*, sino de la falta de *poder de*. Esto no sucede, como alguno podría estar tentado de creer, como consecuencia del poder que ejercen los Estados Unidos sobre algunos CIR, el *DNS in primis*, sino como resultado de que el propio poder en la red ha mutado a causa de los cambios en el comportamiento de los usuarios, condicionado a su vez por lo que ofrecen los *provider* y *data brokers*.

El *multistakeholderism*, como modelo de gestión que actualmente está siendo cuestionado por una pluralidad de actores, ha consentido que algunos jugadores adopten posiciones dominantes. Empleando las palabras de un *senior official* en *Internet governance* con mucha experiencia:

El *multistakeholderism* es algo fatalmente defectuoso, al menos en el contexto de la *Internet governance*, a causa de (a) su vaguedad, y (b) su (ab)uso por parte de algunos poderes preestablecidos como tapadera para sus propios intereses estratégicos; algo directamente relacionado con el punto (a) en la medida en que la tiranía de la falta de estructura permite a los poderes preestablecidos guiar las decisiones a través de la mano invisible del *multistakeholderism*<sup>54</sup>.

En realidad, esta es una característica ya denunciada en relación a muchos procedimientos de *governance* no tradicional desarrollados en otros ámbitos políticos, por lo que, como tal, no debería sorprender. Así que convendría centrar la atención en los eventos más recientes para entender qué ha pasado.

Desde 1997, es decir, desde el momento en que la gestión de estos CIR se transfirió del ejército de los Estados Unidos a manos privadas, el control último sobre la *root zone* se confió a la National Telecommunications and Information Administration (NTIA), que opera bajo la dirección del Departamento de Comercio americano. Ya en 1998 la propia agencia anunció que llevaría a cabo «una transición que permitiera al sector privado asumir el lide-

<sup>54</sup> Véase Wagner (2013: 173).



razgo en la gestión del DNS», aunque nunca lo hizo. Sin embargo, con el modelo del *multistakeholderism* entrado en crisis, en marzo de 2014, tras el 49º encuentro de la ICANN en Singapur, la NTIA anunció que la autoridad sobre la *root zone* será cedida a la «comunidad global de interesados». El contrato de la ICANN para desempeñar las funciones de la IANA acababa el 30 de septiembre de 2015. El teatro de la legitimidad de este nuevo ámbito de la política está, por tanto, en plena transformación.

Hay quien ha sostenido que este movimiento por parte de la NTIA debe ser interpretado como una respuesta al escándalo *datagate* en el que se ha visto involucrado la NSA (United States National Security Agency)<sup>55</sup>. Las revelaciones de Snowden han tenido sin duda repercusiones importantes en las relaciones internacionales, sirviendo en buena medida como aviso para que muchos Estados intenten prevenir el espionaje de datos a través de las grandes cadenas de comunicación. La entonces presidenta brasileña Dilma Rousseff se reunió en febrero de 2014 con François Hollande para comunicarle su intención de tender un cable submarino entre Brasil y Europa con el fin de evitar que el tráfico de Internet de su país pasara a través de los Estados Unidos. Poco antes, la presidenta alemana Angela Merkel manifestó su voluntad de debatir sobre la creación de una «Internet europea» con el fin de mantener el tráfico de los ciudadanos de la UE dentro de los límites europeos sin pasar por los Estados Unidos por el mismo motivo. Ante estos anuncios, no hay que sorprenderse si algunos alzan la voz alertando del riesgo de una balcanización de la red. De hecho, estos eran los temas del orden del día en el encuentro Netmundial de São Paulo en abril de 2014 y en la reunión del IGF de finales de agosto del mismo año.

No obstante, parecen existir otros motivos, más profundos, que sugieren un cambio de ruta en la gestión de la red. Derivan esencialmente de la manera en la que ha cambiado el modo de usarla.

#### IV. PODER DE Y PODER SOBRE

En el lapso de tiempo transcurrido entre la «privatización» de las funciones de la IANA, bajo la dirección del Ministerio de Comercio americano, y el anuncio «histórico» de renuncia a ellas, han sucedido, de hecho, muchas cosas: hemos asistido a la llegada de los *big players*. Por una parte, las grandes compañías del sector privado; por otra, los Estados. Hay quien sostiene que en los últimos veinte años, dado el creciente *poder* de algunos jugadores *de*

<sup>55</sup> Para comprender el impacto del *datagate* y sus repercusiones en el mundo digital, véase Chiusi (2014).

condicionar el comportamiento de los demás, hemos pasado a vivir bajo la sombra de un modelo de gestión privada de la red<sup>56</sup>. Por otro lado, la propia red ha cambiado, como resultado de los cambios en el comportamiento de los usuarios.

Es digno de mención que, en efecto, la variación en la forma de usar la red por parte de los sujetos ha motivado una de las mayores modificaciones a nivel de su control. De hecho, el sistema del *root* y de los nombres de dominio tiene mucha menos importancia hoy que hace veinte años. Los usuarios han encontrado maneras de circunnavegar los puntos de entrada en el sistema gracias en buena medida al desarrollo de instrumentos por parte de las grandes empresas de Silicon Valley. En concreto, los motores de búsqueda como Google se han convertido en sustitutos *de facto* del DNS dado que —al tiempo que aumenta el tiempo que se pasa online en buscadores o redes sociales— el buscador de esta compañía, con su barra de acceso rápido, permite a los usuarios llegar fácilmente a sitios web cuya dirección exacta no recordaban. El motor de búsqueda se convierte así en el principal punto de ingreso a mercados donde se mantiene un monopolio sobre las búsquedas en la red; un comportamiento no muy diferente también se observa en el empleo de Facebook en algunas partes del mundo. Para el usuario es más sencillo utilizar estos servicios que memorizar el listín telefónico de direcciones —lo cual conduce al progresivo olvido del mismo—. «Al tiempo que ha ido cambiando el comportamiento de los usuarios, la ICANN se ha ido convirtiendo en algo irrelevante como institución. Así, hoy es, sobre todo, una institución simbólica que muestra el palco más visible del “teatro de la legitimidad”, pero con poco acceso a la política que se desarrolla tras las bambalinas»<sup>57</sup>.

Por tanto, recapitulando, en el momento en el que la institución era aún relevante porque ofrecía la principal puerta de acceso al sistema se permitió que aquellos que pudieran tener algún interés, en particular las empresas tecnológicas, se implicaran de modo directo en sus procesos decisionales. En otras palabras, se consiguió que un espacio en el que se debían tomar decisiones de alcance *erga omnes* para quien quisiera usar el medio no fuera ocupado por instituciones estatales, comités parlamentarios, entes burocráticos o por el control de los tribunales. Lo más probable es que tal decisión estuviera motivada por el deseo de dejar a las empresas de Silicon Valley desarrollar su tecnología. Lo que no está claro es si se hubiera hecho lo mismo ante la voluntad de una empresa extranjera de establecer un monopolio sobre los motores de búsqueda. Por el contrario, hoy se reconoce sin problemas el «importante

<sup>56</sup> Wagner (2013: 65).

<sup>57</sup> Wagner (2013: 182).

papel que reviste la iniciativa privada en la determinación de la política online [...]. Representantes de las compañías tecnológicas participan activamente en las instituciones encargadas de determinar los estándares», por lo que se habla de un «paso en la dirección opuesta a la marcada por los valores tradicionales de Internet. Las formas de gestión de la red pueden ser intrínsecamente técnicas para ganar ventaja sobre la competencia económica»<sup>58</sup>. Tras la restricción autoimpuesta por el Estado americano sobre la gestión de la red, la ICANN consintió que se desarrollase una nueva generación de formas de poder en la red, vaciándose finalmente de competencias. Citando a Shakespeare, se puede decir que habiendo cumplido su cometido, el Moro puede irse.

Con estos cambios, sin embargo, ha aumentado sustancialmente la capacidad regulatoria de la red, incrementándose notablemente las posibilidades de varios operadores para incidir significativamente sobre el comportamiento de los individuos. La gran novedad de los últimos veinte años es la capacidad de los ISP para filtrar contenidos automáticamente. Se puede, con razón, hablar de un incremento de la regulación en los últimos veinte años como correlato de la transición desde los ISP a los OSP (Online Service Providers, como las plataformas de Google, Microsoft, Facebook, Yahoo! etc.). La capacidad para influir sobre los comportamientos implica, por ejemplo, que, a diferencia de lo que pasaba antes, ahora un servicio de email puede filtrar texto, imágenes, etc.<sup>59</sup>; ahora se analizan los archivos almacenados en la nube para filtrar material ilícito mientras que antes no se filtraba el contenido del disco duro del ordenador doméstico; por defecto se filtra el material en las LAN de compañías privadas y públicas; Apple, que goza de una posición de preeminencia con sus iPhone, puede purgar las aplicaciones de su propia *store* con amplia discrecionalidad, y así sucesivamente. A nivel de contenidos, «un pequeño número de proveedores actúa como puerta de entrada para la mayor parte de los usuarios. Un puñado de empresas —Baidu, Google, Sina, Facebook, Twitter y otros— dominan las búsquedas, los *social media*, y el *social networking* en red»<sup>60</sup>.

Las normas elaboradas por plataformas privadas para ordenar la actividad en sus sitios web han asumido el papel de pautas sobre el comportamiento de los usuarios, orientando y condicionando su actuación. A veces estas reglas están en consonancia con las leyes nacionales de los usuarios, pero lo normal es que no sea así en absoluto. Cuando Bing filtra los resultados para los usuarios en lengua árabe, o YouTube suspende la cuenta de un usuario por

<sup>58</sup> De Nardis (2013: 571-572).

<sup>59</sup> McIntyre (2012).

<sup>60</sup> Faris y Heacock (2013: 2).

la presencia de material violento, estos actores privados desempeñan de hecho la función de reguladores, y muchas de sus decisiones se adoptan fuera del control público formal. No se trata de «leyes» por diversas razones. Ya sea porque carecen de la abstracción y la generalidad de estas —la mayor parte de las decisiones operativas en los *network gate keepers* o *content regulatory agents*<sup>61</sup> son adoptadas por individuos y normalmente asumidas por las organizaciones con el fin de filtrar contenidos, cosa que tiende a realizarse de manera discrecional, cuando no de forma directamente arbitraria, y siempre sobre la base de criterios *ad hoc*— ya sea porque no se trata de normas, sino de impedimentos técnicos a la realización de un determinado comportamiento (por ejemplo, a través del *parental control filtering*), de modo no muy diferente a lo que sucedía en el caso de las antiguas DRM. Si bien algunos esperan que con la adopción del http 451 en diciembre de 2015 sea posible tener más capacidad para distinguir entre los errores técnicos y los errores de carga de una página debidos a razones legales, y por tanto recoger estadísticas más fiables sobre la censura en la red, otros subrayan cómo algunos sitios podrán verse obligados a emplear el http 404 (*file not found*) a pesar de que exista la posibilidad técnica de beneficiarse del estándar 451<sup>62</sup>.

Hace ya algún tiempo, el *Monitor 2013* del Berkman center advertía que

[...] las grandes empresas de las redes sociales operan *de facto* como árbitros en la fijación del discurso aceptable en la red. Apenas estamos empezando a comprender cuánta discrecionalidad poseen las grandes empresas para modular la eficacia de la vigilancia estatal, tanto si cumplen rápido con las solicitudes que les hacen los Estados para obtener información como si las rechazan. Aunque no sea una consecuencia del diseño, un número importante de intereses públicos dependen de la *backbone infrastructure* de naturaleza privada, donde las decisiones se toman en base a criterios de mercado.

Robert Faris y Rebekah Heacock constataban así que

[...] las empresas forman el núcleo funcional de Internet. El sector privado posee una vasta parte de la infraestructura física, produce el hardware y el software que se usan en la red, desarrolla aplicaciones y servicios innovadores,

<sup>61</sup> *Content regulatory agents* son por ejemplo el Facebook Hate and Harassment Team o bien la Freiwillige Selbstkontrolle Medienanbieter (FSM). Esta última es una ONG alemana, financiada por el Estado, con sede en Mainz. Véase <http://www.fsm.de/en>.

<sup>62</sup> <http://www.wired.co.uk/news/archive/2015-12/21/error-451-internet-censorship-alert>.

opera como *gateway* para el acceso privado y empresarial a Internet y aloja la parte más significativa de los contenidos y la información [...]. Como intermediarios entre los gobiernos y los ciudadanos y entre ciudadano y ciudadano, las empresas tecnológicas vienen a desarrollar diversas funciones, en ocasiones incompatibles entre sí: colaboran con las fuerzas del orden, protegen a los usuarios de violaciones de la seguridad y de la excesiva indiscreción de los gobiernos o de terceros, y determinan normas de comportamiento en sus plataformas (de hecho, legislando) [...]. Este nuevo poder de los intermediarios sustituye al que tradicionalmente residía en la judicatura<sup>63</sup>.

Por ahora la red parece ser un espacio libre para una serie de actores muy distintos. Al menos es libre para algunos grandes poderes económicos y mediáticos; y parece libre en esencia respecto de los vínculos que impone el Estado democrático de derecho. Si bien en Silicon Valley las siglas cambian rápidamente, en la política de Internet podemos esperar que el poder no público, o *private ordering*, con independencia de cuáles sean las empresas, continúe desempeñando un papel esencial. Un primer e importantísimo motivo para ello es que dispone del *poder de*: de los medios y, por ahora, también de las facultades. Por su parte, el poder público está desarrollando actualmente, a distintos niveles, políticas de *reclaim* sobre un ámbito que se ha convertido en demasiado importante como para ser abandonado en manos de otros. Obviamente los Estados disponen de la amenaza, no siempre muy eficaz, que supone la capacidad regulatoria, pudiendo convertir en ilícitas conductas que antes pertenecían a la esfera de la libertad de algunos agentes. Las consecuencias de estos esfuerzos normativos por parte de los poderes públicos son, por ahora, más bien decepcionantes (siempre que no se añadan factores generadores de miedo —recordemos que muchos Estados no son ni democráticos ni liberales)—. No existe un sistema regulatorio coherente y operativo que permita regular la actividad en la red. Una de las mayores batallas políticas gira alrededor de la cuestión de si el Estado debe tener un papel activo al respecto. Y, bien interpretada, no se trata de una lucha entre distintas opciones políticas por conseguir el poder, sino de un debate para fijar cuánto espacio dejar a qué poderes sociales. Para orientarse en esta batalla es necesario entender que no es cierto que aquellos ámbitos en los que no interviene el poder político sean ámbitos donde no existe la subordinación. Son espacios libres, sí, pero solo de un tipo de intromisiones muy concretas, las que lleva a cabo el Estado; no son espacios libres de toda clase de poder. La casa, el *oikos*, se considera tradicionalmente como algo ajeno al reino de la política, pero las formas más clásicas

---

<sup>63</sup> Faris y Heacock (2013: 4).

del poder son justamente las que se dan en ella: el poder del marido, del padre o del patrón.

La controvertida sentencia sobre el derecho al olvido del TJUE —el fallo *Costeja González* de 8 de mayo de 2014— trae a colación muchas de las cuestiones planteadas desde la posibilidad de imponer restricciones a los proveedores de Internet que, de forma similar a los embajadores, en las sociedades liberales no sufren castigo. En última instancia, se trata de la relación entre dos tipos de poderes sociales, donde los embajadores representan al poder económico y mediático y quienes quieren castigarlos al poder político. Pero ahora debemos comenzar a preguntarnos: ¿por qué se acepta que el embajador pueda ser castigado en unos casos pero no en otros? ¿Por qué un ISP puede ser reclutado para proteger los derechos de autor y otros derechos económicos, pero no los derechos fundamentales de otra clase? ¿Estamos seguros de que borrar la información es el modo de impartir justicia ante la violación de un derecho? ¿No es esto acaso una primitiva confusión entre venganza y justicia? Si el Estado, entendido como la colectividad de los ciudadanos, quiere seguir siendo —aunque sea en el mar siempre cambiante de la dialéctica entre la libertad de los unos y el poder de los otros— quien determine la propia forma de vida, debe actualizarse drásticamente para asumir mayor *poder de* —medios, capacidad y facultades para estar efectivamente en condiciones de lograr los resultados que desea. De otro modo, pretender ejercer un *poder sobre* es *flatus vocis*. Y «como ciudadanos, debemos estar atentos para no convertirnos en nuestros peores enemigos o jugar inconscientemente las cartas de la mano invisible. Dado que los individuos son la última rueda del carro de la red —y lo son sin duda— debemos permanecer unidos»<sup>64</sup>. Se debe evitar, de hecho, que cualquier poder, independientemente de que se base en instrumentos de manipulación de la conciencia, en la obstaculización del disfrute de bienes esenciales para la supervivencia, o en el recurso a la coerción violenta sobre el cuerpo, nos reduzca a la condición de siervos, privados por tanto de la libertad política.

### **Bibliografía**

- Bendiek, A. y Wagner, B. (2012). *Internationale Politik*, 67 (6), 85-92.
- Benkler, Y. (2000). From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Towards Sustainable Commons and User Access. *Federal Communications Law Journal*, 52, 561-579.
- Bobbio, N. (2009). *Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi.

---

<sup>64</sup> Powles (2014).

- Burkart, P. (2014). *Pirate Politics: The New Information Policy Contests*. Cambridge (MA): The MIT Press.
- Cerf, V. (2004). On the evolution of Internet technologies. *Proceedings of the IEEE*, 92 (9), 1360-1370. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1109/JPROC.2004.832974>.
- Chiusi, F. (2014). *Edward Snowden: A Year Later*. Disponible en: <http://techpresident.com/news/25101/edward-snowden-year-later>.
- Cuono, C. (2013). La rappresentanza democratica alla prova della governabilità e governance. *Fenomenologia e società*, 34 (1), 53-66.
- DeNardis, L. (ed.) (2011). *Opening Standards: The Global Politics of Interoperability*. Cambridge (MA): The MIT Press.
- (2013). The Emerging Field of Internet Governance. En W. H. Dutton (ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies* (pp. 555-575). Oxford: Oxford University Press.
- Dutton, W. H. (2011). *Freedom on the Net 2011*. Disponible en: [https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2011#.VIA9FdKG\\_HQ](https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2011#.VIA9FdKG_HQ).
- Dutton, W. H. y Peltu, M. (2007). Emerging Internet Governance Mosaic: Connecting the Pieces. *Information Polity*, 12 (1-2), 63-81.
- Faris, R. y Heacock, R. (2013). *Internet Monitor 2013: Reflections on the Digital World*. Harvard University, Berkman Center for Internet and Society. Disponible en: [https://cyber.law.harvard.edu/publications/2013/reflections\\_on\\_the\\_digital\\_world](https://cyber.law.harvard.edu/publications/2013/reflections_on_the_digital_world).
- Ferrarese, M. R. (2010). *La governance fra politica e diritto*. Bologna: il Mulino.
- Flyverbom, M. (2011). *The Power of Networks: Organizing the Global Politics of the Internet*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4337/9780857936462>.
- Franklin, M. I. (2013). *Digital Dilemmas: Power, Resistance and the Internet*. Oxford: Oxford University Press.
- Goldsmith, J. L. y Wu, T. (2006). *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press.
- Hintz, A. (2007). *Deconstructing multistakeholderism: The discourses and realities of global governance at the World Summit on the Information Society (WSIS)*.
- Hintz, A. y Milan, S. (2009). At the margins of Internet governance: grassroots tech groups and communication policy. *International Journal of Media and Politics*, 5 (1-2), 23-38. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.1386/macp.5.1-2.23\\_1](http://dx.doi.org/10.1386/macp.5.1-2.23_1).
- Hunter, D. (2003). ICANN and the Concept of Democratic Deficit. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 36 (3), 1149-1183. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.400000>.
- Kallinikos, J. (2011). *Governing Through Technology. Information Artefacts and Social Practice*. Basingstoke: Palgrave Macmillan. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1057/9780230295148>.
- Leiner, B. M. et al. (2011). *Brief History of the Internet*. The Internet Society (ISOC). Disponible en: <http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet>.
- MacLean, D. (2005). *Governing the Internet as Medium and Message, Model and Metaphor*. Governance Forum Position Paper, Oxford Internet Institute.
- Malcolm, J. (2008). *Appraising the Success of the Internet Governance Forum*, Internet Governance Project Paper. Disponible en: <http://www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/MalcolmIGFReview.pdf>.

- Manuel-Navarrete, D. y Modvar, C. (2007). Stakeholder. En M. Bevir (ed.). *The Encyclopedia of governance* (pp. 918-923). London: Sage.
- Margetts, H. (2013). Internet and Democracy. En W. H. Dutton (ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies* (pp. 421-437). Oxford: Oxford University Press.
- Masters, J. (2014). *What is Internet governance?* Disponible en: <http://www.cfr.org/internet-policy/internet-governance/p32843>.
- Mayer-Schönberger, V. y Ziewitz, M. (2006). *Jefferson Rebuffed: The United States and the Future of Internet Governance*. John F. Kennedy School of Government Working Paper. Disponible en: [http://www.researchgate.net/publication/4895663\\_Jefferson\\_Rebuffed-The\\_United\\_States\\_and\\_the\\_Future\\_of\\_Internet\\_Governance](http://www.researchgate.net/publication/4895663_Jefferson_Rebuffed-The_United_States_and_the_Future_of_Internet_Governance).
- McIntyre, T. J. (2012). Child Abuse images and Cleanfeeds: Assessing Internet blocking systems. En I. Brown (ed.). *Research Handbook on Governance of the Internet* (pp. 277-307). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Mindus, P. (2014). What Does E- Add to Democracy?: Designing an Agenda for Democracy Theory in the Information Age. En J. Bishop (ed.). *Transforming Politics and Policy in the Digital Age* (pp. 200-223). Hershey (PA): IGI Global.
- (2015). Political Liberty and New Technologies. *Ragion Pratica*, 2015/1, 9-36. Disponible en: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1415/79624>.
- Mueller, M. L. (2002). *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*. Cambridge (MA): The MIT Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7551/mitpress/9780262014595.001.0001>.
- (2010). *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge (MA): The MIT Press.
- Nash, V. (2013). Analyzing Freedom of Expression online: Theoretical, empirical, and normative contributions. En W. H. Dutton (ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies* (pp. 441-463). Oxford: Oxford University Press.
- Paré, D. (2003). *Internet Governance in Transition: Who is the Master of This Domain?* Oxford: Roman and Littlefield Publishers.
- Post, D. (2009). *In Search of Jefferson's Moose: Notes on the State of Cyberspace*. Oxford: Oxford University Press.
- Powles, J. (2014). *What can we salvage from the «right to be forgotten» ruling*. Disponible en: <http://www.wired.co.uk/news/archive/2014-05/15/google-vs-spain>.
- United States Department of Commerce. (2014). *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, Washington. Disponible en: <http://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions>.
- Wagner, B. (2013). *Governing Internet Expression: The International and Transnational Politics of Freedom of Expression*. PhD thesis. Firenze: European University Institute.
- (2016). The Global Default and Algorithmic Regulation: Shifting norms in Internet Technology. En P. Mindus y N. Säfström (eds.). *Nordic Journal of Applied Ethics*, special issue, *forthcoming* 2016/1.
- Wagner, B. y Mindus, P. (2015). *Multistakeholder Governance and Nodal Authority: Understanding Internet Exchange Points*. Estudio de casos para el proyecto piloto parte de la Berkman Center's NoC Internet Governance Case Studies Series, en colaboración con Gio-



- vanni Sartor, Uppsala, European University Institute y el Departamento de Filosofía. Disponible en: [https://publixphere.net/i/noc/page/IG\\_Case\\_Study\\_Multistakeholder\\_Governance\\_and\\_Nodal\\_Authority\\_Understanding\\_Internet\\_Exchange\\_Points](https://publixphere.net/i/noc/page/IG_Case_Study_Multistakeholder_Governance_and_Nodal_Authority_Understanding_Internet_Exchange_Points).
- Weber, R. H. (2009). *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*. Zurich: Springer.
- Weinberg, J. (2000). ICANN and the Problem of Legitimacy. *Duke Law Journal*, 50 (1), 187-260. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/1373114>.
- Weiser, P. (2001). Internet Governance, Standard-setting and Self-regulation. *Northern Kentucky Law Review*, 28 (4), 822-831.
- (2009). *The Future of Internet Regulation*. Law Legal Studies Research Paper. Boulder: University of Colorado.
- Weller, D. y Woodcock, B. (2013). *Internet Traffic Exchange: Market Developments and Policy Challenges*. OECD Digital Economy Papers, 207, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/5k918gpt130q-en>.
- Working Group on Internet Governance. (2005). *Annual report 2005*. Disponible en: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>.

# LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE LA INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DEL CIBERPERIODISMO

## Transformations in the right to information in the context of cyber-journalism

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA<sup>1</sup>

Universidad Autónoma de Barcelona

### *Cómo citar/Citation*

Miguel Bárcena, J. de (2016). Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 141-168. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.04>

### **Resumen**

La pretensión de este trabajo es analizar las transformaciones del derecho de la información, desde el punto de vista del periodismo digital. El periodismo digital (o ciberperiodismo) se puede definir como el conjunto de expresiones derivadas del derecho fundamental a la comunicación, que tendrían como objetivo producir información en el contexto de las novedades técnicas que ofrece Internet. Tales novedades ponen en cuestión la definición tradicional de medios de comunicación y su protección constitucional. Además, implican un proceso de individualización de la praxis informativa, que obliga a redefinir las garantías jurídicas derivadas del estatuto profesional del periodista. Por último, permiten la utilización de innovaciones tecnológicas que afectan a la prohibición de censura previa y a la reserva jurisdiccional de la protección de los derechos de comunicación pública.

### **Palabras clave**

Derecho de la información; ciberperiodismo; estatuto profesional; censura; periodismo ciudadano.

---

<sup>1</sup> E-mail: [jesusmaria.demiguel@uab.cat](mailto:jesusmaria.demiguel@uab.cat) y [dospasoss@hotmail.com](mailto:dospasoss@hotmail.com).

**Abstract**

The aim of this paper is to analyze transformations in media law, from the point of view of digital journalism. Cyber-journalism can be defined as the set of legal expressions, stemming from the fundamental right of communication, which produce information in the context of technical innovations offered by the Internet. Such developments challenge the traditional definition of media and its constitutional protection and individualize informative practices. This individualization forces the redefinition of the legal guarantees of the professional status of the journalist. Finally, technological changes allow the use of technological innovations that affect the prohibition of censorship and the judicial protection of the rights of public communication.

**Keywords**

Media law, cyber-journalism; professional status of journalism; censorship; open source journalism.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PERIODISMO DEL SIGLO XXI: ENTRE EL MITO DIGITAL Y LA REALIDAD. III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CIBERMEDIOS. IV. LA REDEFINICIÓN DEL ESTATUTO DEL PERIODISTA EN LA ERA DIGITAL. V. EL CIUDADANO Y EL PERIODISMO EN INTERNET: LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN. VI. EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS DEL PERIODISMO DIGITAL Y LOS RIESGOS DE CENSURA. VII. EL DERECHO AL OLVIDO Y EL PERIODISMO DIGITAL. VIII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la información tiene como objetivo fundamental regular jurídicamente, desde una perspectiva constitucional o legal, todos los aspectos relacionados con el despliegue de la actividad y oficio del periodismo. Un periodismo que si bien históricamente ha estado identificado con la prensa de papel, tiene amplias ramificaciones en los modelos audiovisuales que se han ido desarrollando desde mediados del siglo xx. Hoy sabemos que la prensa de papel está en decadencia: según distintos estudios, en 2010 se vendieron la mitad de periódicos que en 1980. La disminución de venta de ejemplares ha ido acompañada de una brusca caída en los ingresos publicitarios, básicamente debido a que las empresas privadas han dejado de considerar a los viejos periódicos como plataformas de *marketing* eficientes (Brock, 2013: 76). Por último, parece que se extiende un cambio sociológico con respecto a los medios de comunicación impresos, cambio que se observa en el abandono ciudadano de las cabeceras de referencia, no solo para informarse, sino para satisfacer otros hábitos que ahora encuentran mejor acomodo en espacios alternativos.

Como se imagina el lector, esos espacios alternativos surgen en el medio digital. Internet ha supuesto, nadie puede dudarlo, una transformación enorme en la forma en la que se expresaba el pluralismo político a través de los medios de comunicación impresos. Esa transformación ha ido diluyendo y debilitando la función que jugaban principalmente los periódicos en la conformación de la opinión pública, lo que desliza un cambio cultural importante que ha tenido consecuencias muy apreciables. En la parte negativa, la pérdida de profesionalidad que produce la inmediatez, el intrusismo ciudadano en la elaboración de noticias y la aparición de un periodismo de aseveración

donde la opinión parece inundarlo todo (Starkman, 2011). En la parte positiva, la consideración de la red como una oportunidad para regenerar un periodismo cuya decadencia no se debería solo al advenimiento de la sociedad digital y sus novedades, sino a los cambios económicos, políticos y culturales de la sociedad surgida del capitalismo tardío (Jarvis, 2015).

Sea como fuere, puede apreciarse la aparición de un nuevo periodismo de raigambre digital. En nuestro trabajo lo vamos a denominar *ciberperiodismo*, y haría referencia a todas las expresiones derivadas del derecho fundamental a la comunicación, que tendrían como objetivo realizar información en el contexto de las novedades técnicas que ofrece Internet y el medio digital. Estamos, por tanto, ante un nuevo escenario donde la producción de noticias y opiniones se expande desde el ámbito profesional hacia otros contextos informales en los que la vigencia de las instituciones deontológicas se pone en entredicho. Sin embargo, al margen de cuestiones éticas que a nadie se le escapan, también se produce una transformación importante en el derecho *de* la información, entendido de forma amplia como el conjunto de normas jurídicas que en la actualidad, desde una perspectiva constitucional y ordinaria, regulan de manera directa o indirecta el periodismo en nuestro país. Pues bien, el objetivo central del presente artículo será llevar a cabo un análisis global de cómo el ciberperiodismo puede estar cambiando el sentido y la eficacia de muchas de esas normas, tanto las que sirven para garantizar derechos fundamentales como las que construyen un estatuto profesional que ha regido la actividad informativa en España desde que se instauró la democracia en 1978. Para ello dividiremos el artículo en tres partes diferenciadas.

La primera analizará cómo influyen las transformaciones digitales en el mundo periodístico. Para ello, habrá que comprobar si es trasladable la protección constitucional de los medios de comunicación tradicionales a todas las innovaciones tecnológicas (redes sociales, blogs) que están produciendo una importante dinamización de todos los modelos informativos. La segunda estudiará el proceso de individualización que, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas anteriormente citadas, se está produciendo en el periodismo contemporáneo, proceso que está muy vinculado a la presunción de horizontalización democrática que traería consigo la aparición de Internet. Aquí habrá que comprobar si el derecho fundamental a la comunicación pública y el estatuto profesional de los periodistas, entendidos de manera tradicional, siguen siendo operativos en el marco de la aparición de ciudadanos que por lógica constitucional tendrán que aspirar a dar información veraz. La tercera y última parte aborda los riesgos que para el ciberperiodismo entrañan, desde el punto de vista de la prohibición de censura previa y la reserva jurisdiccional en materia de derechos, la incorporación de un control de contenidos realizado por los actores privados que participan en el despliegue técnico y político de la red.

## II. EL PERIODISMO DEL SIGLO XXI: ENTRE EL MITO DIGITAL Y LA REALIDAD

Desde hace poco más de una década, se ha venido generalizando la tesis de que estamos ante un cambio civilizatorio como consecuencia de la emergencia de la sociedad de la información. Tesis que, aunque inicialmente esbozada por Harold Innis y Marshall McLuhan, ha sido plenamente desarrollada, completada y difundida por el sociólogo español Manuel Castells. Partiendo de la distinción entre la dominación, que en términos weberianos hace referencia a la institucionalización de la comunidad política, y el propio poder, que más allá del derecho haría referencia a las relaciones de autoridad que disciplinan las acciones humanas, Castells llega a la conclusión de que la característica esencial de las sociedades contemporáneas es que se estructuran en forma de red (Castells, 2006). El abandono de las viejas jerarquías es posible porque la proliferación de nuevas formas de comunicación, especialmente las que provienen del mundo digital e Internet, permiten la emergencia de estructuras más flexibles y adaptativas, para resolver los problemas que se derivan de la nueva sociedad global.

Sin embargo, este nuevo contexto es en términos comunicativos muy conflictivo. Los cambios multidimensionales permiten pasar de los viejos sistemas de la comunicación de masas protagonizados por el mundo audiovisual y periodístico, donde el flujo de información estaba relativamente controlado, a un ámbito complejo en el que los intereses y valores que constituyen la sociedad se expresan de forma antagonista. Y ello es así porque la convergencia tecnológica y los sistemas multimedia inauguran nuevas formas de autocomunicación que permiten dar voz a ciudadanos y grupos sociales en su afán de reconfigurar el poder desbordando la dominación institucional (Castells, 2009). Desde este punto de vista, el periodismo tradicional, basado en unos códigos profesionales y de aprendizaje que pretendían presentarse como la garantía de que la conformación de la opinión pública se realizaría desde la exactitud, la meticulosidad, la independencia y la transparencia, no entra en crisis porque deba representar unos valores democráticos distintos, sino porque es empujado por la inmediatez de los nuevos sistemas informacionales.

Efectivamente, con la llegada de Internet, los medios de comunicación, y particularmente el periodismo, han cambiado sobremanera (Almirón y Jarque, 2008). En lo que respecta al oficio, porque el periodista que trabaja en cualquier medio, sea cual sea la naturaleza de la edición, está obligado a adquirir unos conocimientos técnicos a los que no estaba acostumbrado y debe trabajar en un contexto donde se pierde el control de la información por la interactividad, la actualización constante de las cabeceras digitales y la aparición de un hipertexto que diluye los criterios de diferenciación en cuanto a la

importancia de las noticias (Díaz Noci y Meso Ayerdi, 1999; Salaverría, 2005). La nueva situación digital también ha cambiado el periodismo tradicional, al producirse un aumento de la precariedad laboral y una amortización de puestos de trabajo, como consecuencia de la devaluación de la propiedad intelectual, los cambios de modelo informacionales y la migración de la financiación privada hacia formas de entretenimiento audiovisual mucho más efectivas desde el punto de vista publicitario<sup>2</sup>.

En todo caso, en lo que a nosotros nos interesa, el periodismo tradicional ha cambiado porque en cierta forma ya no sirve a los intereses de la sociedad red emergente. La era digital permite concebir el periodismo como un arma ciudadana para dar voz a los grupos que no tienen acceso a la conformación de la opinión pública, constituyéndose como un elemento necesario para poner en marcha las comunidades políticas virtuales que si bien no pretenden sustituir, en la mayor parte de los casos, el sistema institucional montado alrededor de la democracia representativa, sí al menos completarlo (Rheingold, 1999). En este nuevo esquema, inicialmente, se pensaba que el periodista clásico tenía que enfrentarse a una audiencia global activa que no solo leía sino que podía comentar las noticias y ofrecer puntos de vista distintos de lo que ocurre en la actualidad (Pavlik, 2005). Con el tiempo, esta ha pasado a ser una cuestión accesoria, pues lo relevante es que han aparecido nuevos medios para ejercitar el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, lo que ha permitido una multiplicación de los sujetos que ejercen el periodismo desde una perspectiva individual, en lo que dentro de la república del mercado de las ideas y opiniones viene denominándose como *open source journalism* (Gillmor, 2006).

Para los que consideran que estas nuevas formas periodísticas, más plurales y libres, sirven para construir una esfera pública menos jerárquica y más democrática, el nuevo periodismo digital no puede sufrir una merma en las garantías jurídico-constitucionales que protegen su ejercicio (Boix Palop y López García, 2005). De momento no abordaremos esta cuestión, simplemente señalaremos que la emergencia de fórmulas periodísticas no profesionalizadas supone un gran desafío para el derecho en general y el derecho de la comunicación en particular. Desde luego, es innegable que cuantos más sujetos comunicativos, más pluralidad; pero ello no significa que la información

---

<sup>2</sup> De interés es echar un vistazo al «Informe Anual de la Profesión Periodística», editado cada año por la Asociación de la Prensa de Madrid, donde se da cuenta pormenorizada de la precaria situación de la profesión periodística, producida por los despidos, el cierre de periódicos y revistas, las rupturas generacionales derivadas de la era digital o el aumento del periodismo autónomo sin condiciones laborales dignas.

sea más veraz, los derechos de la personalidad estén mejor protegidos o el régimen de responsabilidad por conductas ilícitas más estable. Antes al contrario, los conflictos jurídicos se multiplican y la posibilidad de que el mito participativo mejore la calidad democrática se desvanece como consecuencia de las nuevas formas de elitismo digital concebidas para inducir espontaneidad en las masas (Muñoz, 2005; Pérez Luño, 2013).

Hasta ahora, las libertades informativas perdían la protección constitucional reforzada cuando se ejercían a través de medios de comunicación interpersonal, al margen de los medios de comunicación institucionalizados. Sin embargo, como veremos, en la actualidad resulta difícil diferenciar material y jurídicamente ambos planos, porque los cambios producidos por Internet convierten los mensajes personales en formas de comunicación con las masas. La red procura una ruptura del espacio y el tiempo, e Internet altera la teoría clásica de la comunicación porque funciona como un ámbito multimedia (López García, 2004). En Internet se transforma de forma intensa el esquema de la comunicación compuesto por el emisor, el mensaje y el receptor: todo el mundo es editor y el receptor se adueña de la información, pasando de ser un mero consumidor a un usuario con poderes propios (Fernández Esteban, 1998: 89). Como empezaremos a analizar a continuación, todas estas transformaciones han de afectar necesariamente al marco constitucional de la comunicación, bien en términos de obsolescencia, o de generalización de unas garantías institucionales que superan las previsiones establecidas por el poder constituyente.

### III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CIBERMEDIOS

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) reconoce en su art. 20.1 d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El art. 20.3 habla asimismo de los «medios de comunicación social» para referirse a aquellos que sean de titularidad pública, a los que anuda la garantía del pluralismo desde distintos puntos de vista. Se ha señalado, en este sentido, que al no quedar vinculadas las libertades informativas al empleo de un canal comunicativo concreto, no pueden preverse regulaciones que atiendan únicamente a la vertiente profesional de los fenómenos periodísticos, excluyendo a los restantes ciudadanos de su ejercicio (Boix Palop y López García, 2005: 103). No es el momento de abordar esta cuestión. Lo importante es señalar que las garantías que la CE otorga al ejercicio del derecho fundamental a emitir información dependen en gran medida de que tal ejercicio se realice a través del cumplimiento de una serie de requisitos (Urías, 2009: 72).



El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha venido recordando que el valor preferente de las libertades de expresión e información, sobre todo cuando estamos ante conflictos horizontales de derechos fundamentales, alcanza su máximo nivel cuando es ejercido por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Entre esta se presta una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social institucionalizada<sup>3</sup>. Es decir, aquellos medios «normalmente utilizado[s]» por los periodistas (STC 165/1987), a los que se agregan las características, en un sentido amplio, de periodicidad de la publicación, estabilidad y una mínima estructura organizativa y de reparto interno de tareas, con independencia del carácter empresarial o no (Moretón Toquero, 2013: 122). Es decir, la clave con respecto a Internet está en discernir si por *medio de difusión* se entiende el medio físico, en un sentido amplio, o se ha de utilizar un criterio más restrictivo centrado en los medios institucionalizados de comunicación social, como hizo el TC en relación al ejercicio de la libertad de información a través de octavillas en la sentencia anteriormente mencionada.

Lo habitual, en la actualidad, es que la prensa se difunda a través del soporte que ofrece la red. Ningún problema presenta, en principio, la traslación de los periódicos y revistas que tradicionalmente han publicado en papel al medio digital. Tampoco los nuevos que aparecen exclusivamente en Internet, y que cumplen con los requisitos anteriormente mencionados, para ser ubicados en los medios institucionalizados que obtienen la más alta protección constitucional. El problema reside en que cada vez más periodistas profesionales, debido a la crisis del sector, y los propios ciudadanos, individual o colectivamente y por distintos motivos, utilizan medios *personales* que de forma más o menos estable o periódica satisfacen el objetivo de difundir información y opinión mediante las facilidades que ofrece Internet (Cebrián Herreros, 2010). Aquí la casuística es enorme, en buena medida porque los avances tecnológicos no paran de crecer y las modalidades trascienden cualquier lógica jurídica.

En términos generales, Internet ha servido en primer lugar para que el ciudadano tenga un acceso inmediato y generalizado a la prensa. Ahora pueden utilizarse, bien desde el ordenador o desde un dispositivo móvil, selectores de información automatizados, resúmenes de prensa realizados bajo las preferencias del consumidor y buscadores y directorios que indexan de manera mecánica y veloz millones de páginas web que contienen información. Además, las posibilidades técnicas permiten la conformación de *medios* alternativos: en la actualidad es posible encontrar estructuras periodísticas que no se

---

<sup>3</sup> SSTC 165/1987, FJ 10 y 105/1990, FJ 4.

atienden a la cultura empresarial o laboral predominante, donde la interacción conduce a que los propios usuarios construyan de forma intrusiva los contenidos, las temáticas y las noticias de las mismas<sup>4</sup>. En todo caso, lo más relevante es que el medio periodístico lleva camino de individualizarse en el contexto digital.

Sin lugar a dudas, el blog es y ha sido el fenómeno más importante en la revolución del periodismo digital. El blog es una página web personal y generalmente gratuita, donde el autor comenta noticias y da su opinión sobre hechos que considere relevantes, adentrándose voluntaria o involuntariamente en la información al comunicar a menudo hechos de distinta naturaleza (López García, 2004). La indudable relevancia del blog, sobre todo en información de tipo político, ya ha sido puesta de manifiesto desde diferentes puntos de vista (Farrell y Drezner, 2008). Sin embargo, lo que queremos es llamar la atención sobre el propio proceso de individualización del medio: hoy ya no solo los blogs pueden adentrarse en la labor periodística, sino que las redes sociales, mediante un uso discrecional, instantáneo y a veces irracional de acontecimientos privados se transforman en públicos por deseo de los usuarios, ayudan a socializar las noticias y a borrar la frontera entre lo que es un medio de comunicación institucionalizado y lo que no lo es (Noguera, 2012). La transformación provocada por el proceso de individualización ha llegado a los periódicos digitales: cuando hoy se abre una cabecera tradicional en internet, es posible encontrar enlaces inmediatos a pronunciamientos de redes sociales, blogs de periodistas o simples colaboradores, noticias propiamente dichas y, por supuesto, comentarios de los lectores en todos y cada uno de los enlaces propuestos.

A nuestro modo de ver, la protección constitucional del medio no declina como consecuencia del proceso de individualización, sino como resultado de su posición frente al público y lo público. En Alemania, a finales de la década de los noventa, la aparición de Internet y los servicios multimedia provocó un intenso debate sobre la categorización de los soportes que servían para transmitir comunicaciones. Lo cierto es que al margen de que la evolución tecnológica provoque evidentes problemas de delimitación, la división entre lo que es la radiotelevisión, los medios de comunicación y los teleservicios se realizó teniendo en cuenta si la presentación de informaciones u opiniones afectaban o no de forma principal a la formación de una opinión pública conformada por un número indeterminado de destinatarios (García Morales, 1999). En España, este

---

<sup>4</sup> Este fue el caso de la famosa experiencia periodística surcoreana *OhmyNews*, hoy ya extinguida, que se presentó al mundo como un medio participativo y democrático en el que las noticias eran elaboradas por los propios usuarios.

debate no se realizó en el momento de elaborar normas tan importantes como la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información 34/2002 (en adelante LSSI) o la Ley de Comunicación Audiovisual 7/2010<sup>5</sup>.

Es evidente que las dificultades de delimitación entre soportes es grande (García Morales, 1999). Sin embargo, si se parte de un concepto amplio del derecho a la información, fácilmente se llega a la conclusión de que en el contexto de la prensa digital, la individualización del medio no impide que podamos considerar a Facebook o Twitter como formatos que permiten contribuir a la configuración de la opinión pública. Las diversas soluciones que la prensa actual ha encontrado para superar la crisis convierten a los blogs, las redes sociales y otras fórmulas mixtas en productos destinados a la narración de sucesos, la elaboración de informaciones y la expresión de opiniones (aunque ello se haga de forma más o menos precaria y contingente). Por lo tanto, los cybermedios cuentan con protección constitucional plena a pesar de que no presenten en principio las notas de estabilidad, división de tareas o estructura organizativa con las que tradicionalmente se venía operando con respecto a los medios de comunicación social. Siempre, eso sí, que tengan como objetivo, insistimos, transmitir información que tenga relevancia pública, sea veraz y no atente contra los derechos y los bienes jurídicos a los que se refiere el art. 20.4 CE<sup>6</sup>.

#### IV. LA REDEFINICIÓN DEL ESTATUTO DEL PERIODISTA EN LA ERA DIGITAL

Como hemos señalado con anterioridad, una de las grandes novedades del advenimiento de Internet es la pretensión de convertirlo en un arma importante para profundizar en el ejercicio de los derechos fundamentales de participación (Sánchez Ferriz, 2007). Los fenómenos de autocomunicación, la transformación del mero consumidor de información en usuario que puede

---

<sup>5</sup> Sobre el contenido de esta última Ley, véase Chinchilla Marín y Azpitarte Sánchez (2011) y Muñoz Machado y Rodríguez Valderas (2012).

<sup>6</sup> El 3 de diciembre de 2011, Marc Carrillo escribía en el diario *El País* un artículo de opinión titulado «Pura mercancía, no libertad de expresión», en el que destacaba que muchos de los contenidos audiovisuales de España eran mercancía que no podía encajarse en el marco de la libertad de expresión o de la libertad de empresa, dado el nivel de vulneración de las limitaciones establecidas por la Ley General de Comunicación Audiovisual y la propia Constitución con respecto a los derechos de la personalidad. Este razonamiento puede trasladarse sin excesivas dificultades a muchos de los contenidos que se alojan en Internet.

utilizar las redes para impulsar opiniones públicas diversas y movimientos políticos novedosos han servido para dar fuerza a fenómenos nuevos que en distintos países y con reivindicaciones diversas pretenden plantear reformas o alternativas a la democracia representativa (Morozov, 2012). De este modo, si ya el actual marco constitucional español desvirtuaba en buena manera la posibilidad de atribuir el ejercicio activo de la libertad de informar y alguna de sus prerrogativas únicamente a los profesionales, en beneficio de los ciudadanos y el papel que juega el periodista en la intermediación del proceso comunicativo, lo cierto es que con Internet irrumpen nuevos sujetos en un periodismo que deja de ser unilateral y se orienta, como ya hemos señalado con anterioridad, a una interacción con los propios destinatarios de las noticias, a los que se les abre la posibilidad de ser agentes de la información a través del *open source journalism*.

Como ya se sabe, la tarea del periodista, desde la entrada de la CE y su art. 20.1 d), no está sometida a la colegiación obligatoria, sino a un sistema de adscripción voluntaria que no puede limitar la titularidad de la libertad de informar al conjunto de los ciudadanos, lo que favorece la solución formal de no hacer distinciones entre sujetos<sup>7</sup>. Esta argumentación, que en el marco de los medios de comunicación mecánicos no era un problema, favorece la construcción de discursos vinculados a la democracia horizontal, pero se torna muy rígido cuando se abordan problemas prácticos de especial importancia, como la vulneración de otros derechos fundamentales, el incumplimiento de los límites materiales vinculados a los contenidos o el respeto a la propiedad intelectual. Al fin y al cabo, es verdad que la CE no se refiere expresamente a los periodistas, pero el TC sí ha declarado que si bien todo ciudadano es sujeto del derecho a la información, como colectividad, es al periodista al que corresponde la búsqueda de información y su posterior transmisión (STC 105/1983, FJ 11).

Resulta más o menos claro que aquellos periodistas que siguen trabajando en un medio de comunicación de papel en su edición digital, exclusivamente en este medio, o a través de otros formatos que hubieran podido desplazar a los profesionales en el contexto de la innovación comunicativa, se encuentran amparados por el derecho genérico del art. 20.1 d) CE. Pero este derecho fundamental viene acompañado siempre de un estatuto profesional del periodista, que actúa como garantía de ejercicio de facultades y como medida de respon-

<sup>7</sup> Hay que recordar que la Ley 22/1985, de creación del Colegio de Periodistas de Cataluña, establecía la incorporación colegial y titulación obligatoria. Recurrida la Ley ante el TC por el Defensor del Pueblo, el Parlamento catalán procedió a su modificación por Ley 1/1988, en la que la colegiación aparece ya como voluntaria.

sabilidad, delimitando la diligencia esperada y exigible en el ámbito de la actividad. Ese plus de diligencia que la sociedad espera del ejercicio periodístico se contrapesa con el reconocimiento de ventajas que encuentran su justificación en la finalidad del cumplimiento de ese deber o compromiso social, como es el caso de la cláusula de conciencia y el secreto profesional.

Lo que tenemos que cuestionarnos es si esas ventajas son ampliables a los sujetos activos que desde una perspectiva más o menos informal transmiten información en el contexto de lo que hemos llamado cibermedios. Ya hemos dicho que, de forma abstracta, el TC declaró muy tempranamente que todos los ciudadanos, sean o no periodistas, son titulares de las libertades de información y expresión (STC 6/1981). También lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en la Sentencia *Youth Initiative for Human Rights vs. Serbia* de 25 de junio de 2013, al reconocer a una organización no gubernamental como titular del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Pero también hemos dicho que en el caso español, la jurisprudencia del Alto Tribunal viene otorgando el *máximo nivel de protección constitucional* a la libertad de comunicación, cuando esta «es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa; entendida en su más amplia acepción» (STC 105/1990).

La cláusula de conciencia tiene por finalidad la protección de la independencia y la libertad ideológica de los periodistas, de manera que estas no queden a merced de la volubilidad de los criterios mercantiles del medio (Capodiferro Cubero, 2015). Esta protección se dispensa al periodista en tanto que trabajador frente a la empresa en la que se integra, en los supuestos de cambio sustancial en la línea editorial o traslado de medio aun dentro del mismo grupo, en la medida en que esta modificación pueda comprometer su libertad ideológica y su criterio profesional. Como se sabe, no todo trabajador de una empresa periodística está legitimado para ejercer la cláusula de conciencia: según la STC 99/1999, solo aquellos que su tarea profesional tenga relación directa o pueda comprometer su libertad de conciencia e independencia ideológica. En todo caso, parece evidente que las manifestaciones de «periodismo ciudadano» a través de los blogs y redes sociales no estarían, con carácter general, dentro del ámbito de protección, no por razón del soporte o del medio, sino por falta del requisito indispensable de laboralidad y vinculación contractual con una empresa de comunicación.

La cuestión se complica un poco más con el tema del secreto profesional, derecho que faculta a los periodistas a no revelar sus fuentes. Dentro de la doctrina española y comparada, uno de los debates más persistentes en el tiempo en torno a esta figura ha sido precisamente si solo los periodistas profesionales pueden acogerse a la misma, o también todos los «informadores»,

entendiendo por tales quienes se encuentren en el ejercicio de la libertad de comunicación, con independencia de su categoría profesional (Moretón Toquero, 2012). Si se opta por una visión amplia, según la cual la mención profesional establecida en la propia Constitución no serviría para establecer una delimitación subjetiva del derecho (Azurmendi, 2005), quizá nos encontremos ante una extensión desmesurada de una figura cuya admisión, por su excepcionalidad y las ventajas que proporciona, despierta numerosos recelos desde el punto de vista ético y jurídico. No obstante, resulta evidente que solo una interpretación de este tipo podría permitir extender la titularidad del secreto profesional desde el periodista que trabaja para un medio de comunicación llevando a cabo una tarea con proyección social que ha aprendido en las facultades hasta los nuevos «informadores» que a través de las nuevas tecnologías ejercen el derecho a la comunicación pública a partir de los postulados del *citizen journalism* que hemos descrito anteriormente.

Si acudimos a la dimensión comparada, las soluciones son variables. En Francia, la Ley relativa al secreto de las fuentes periodísticas, de 4 de enero de 2010, incluye entre los sujetos activos del derecho a todos los que transmitan información en cualquier medio de manera «regular y retribuida». En Estados Unidos, la jurisprudencia ha sido oscilante. Si bien inicialmente, en la Sentencia *Apple vs. Does* (2006), el Tribunal de Apelación de California en un asunto de revelación de secretos de la compañía se mostró favorable a extender el derecho al secreto profesional a los blogueros circunstanciales y ciudadanos, posteriormente, en el asunto *Crystal Cox* (2011), la opinión mantenida fue sustancialmente distinta. A pesar de que la acusada se denominó durante el juicio como «bloguera de investigación», el Tribunal Federal de Distrito de Oregón sostuvo que no había realizado una labor auténticamente periodística, por lo que no pudo esgrimir el secreto profesional para evitar que fuera condenada por difamación al acusar a un abogado de fraude fiscal y soborno a jueces y periodistas.

Pero como recuerda Arancha Moretón (2014: 88), la Sentencia *Crystal Cox* puede ser leída en otro sentido y aplicable a supuestos que puedan darse en otros ordenamientos jurídicos como el nuestro. Si dejamos atrás la necesidad de formar parte de un medio de comunicación mediante el contrato correspondiente, el ciudadano que actúa en el medio digital, a través de un blog, las redes sociales o los comentarios abiertos de las noticias, podrá estar amparado por el secreto profesional en sus actuaciones siempre que demuestre que obre realmente como periodista, lo que implica que actúe objetivamente como tal, adhiriéndose a los principios relacionados con la investigación, la edición, la corroboración de los hechos o la revelación de conflictos de intereses. Cuestión que habría que dilucidar, caso por caso, y en el marco de un proceso jurisdiccional.

## V. EL CIUDADANO Y EL PERIODISMO EN INTERNET: LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN

Como venimos señalando, a la doctrina le han venido preocupando, esencialmente, los procesos de autocomunicación que pluralizan el sujeto activo del derecho a la información. Sin embargo, pocas veces se recuerda que el gran perdedor del contexto periodístico en la era digital puede ser el receptor, el ciudadano que, no olvidemos, tiene derecho a recibir «libremente información veraz», lo que si bien no se traduce en una exigibilidad directa, sí al menos en un principio que se concreta en obligaciones más o menos directas para los medios. El TC señaló, desde muy pronto, que además de a la información veraz, existía el derecho recíproco a recibir dicha información por parte del receptor de la comunicación<sup>8</sup>. Por ello, las funciones de los poderes públicos han de estar encaminadas a garantizar el libre acceso de cualquier interesado al debate de los asuntos relativos a la gestión de lo público para poder informarse con la finalidad de opinar de forma crítica (Villaverde Menéndez, 2003: 126). Esta cuestión no preocupa, sino todo lo contrario, al fenómeno de la prensa en Internet. Ha sido en el ámbito de los medios audiovisuales donde el legislador ha propuesto medidas para ayudar a estructurar los contenidos y, eventualmente, establecer mecanismos de protección ante autoridades independientes. La interrelación entre el principio democrático y el de comunicación es intensa, precisamente para que no pueda ser manipulado su acceso y se asegure a los ciudadanos un flujo plural de información que atienda a unos estándares constitucionales mínimos. Y es que una sociedad desinformada no está en condiciones de ejercer la soberanía (Wolin, 2008).

La red garantiza un acceso infinito en cuanto a las fuentes y los medios de información<sup>9</sup>; sin embargo, no está en condiciones de que se cumpla, en el contexto de la multiplicación de emisores, la condición de la información veraz. Los blogs, las redes sociales, los foros o los comentarios abiertos a noticias y artículos de opinión aseguran mucha interactividad o la participación ciudadana en la elaboración o revisión del material periodístico. Esta nueva forma de trabajo supera lo que tradicionalmente se denominaba como «periodismo de verificación»: aquel donde se seleccionaba la noticia, se comprobaba

<sup>8</sup> SSTC 6/1981, FJ 4; 105/1983, FJ 11 y 176/1995, FJ 2.

<sup>9</sup> No tanto en lo relativo a su acceso efectivo, que puede verse distorsionado por las carencias estructurales del receptor, en la medida en que aún hoy varias generaciones de ciudadanos no están educados en el medio digital ni tienen una conexión material a la red. Ello ha llevado a algunos a reivindicar un *ius communicationis* como derecho de prestación con reconocimiento constitucional.

su interés público y se garantizaba su veracidad. El TC ha venido señalando en múltiples sentencias que la verdad es relativa y que la protección del derecho a la información está garantizada por la actitud positiva hacia la misma, la profesionalidad y la razonabilidad<sup>10</sup>. Esto es, lo importante es la diligencia a la hora de obtener e investigar los hechos.

Pues bien, en la era digital, el periodismo pasa a ser de «aseveración», es decir, se ofrece información rápidamente, sin grandes esfuerzos para comprobar su veracidad en una primera fase y donde es muy difícil distinguir los hechos de la opinión. Presuntamente, la investigación y verificación se realiza en una segunda fase, cuando empieza a producirse la respuesta de otros medios y los miles de usuarios, descubriéndose así si la información original era verdadera o falsa (Cotino Hueso, 2005: 69). Proponer esta forma de operar, muy cercana al orden natural neoliberal, es desconocer, en cierta manera, los códigos de funcionamiento de la sociedad de la información. Códigos que teniendo como guía la inmediatez, fomentan un periodismo que cabría calificar más bien de volátil y superficial, donde no es posible distinguir la información de la opinión y el entretenimiento, se priorizan los rumores y las construcciones interesadas de los hechos y se utiliza un lenguaje dramático para buscar una respuesta adecuada en el receptor (Carrillo, 2013). Con estos mimbres, los conflictos jurídicos están destinados a multiplicarse y la promesa de una democracia mejor queda desvanecida.

En todo caso, la diligencia informativa del periodista es un elemento clave en aquellas situaciones en las que el juez ha de verificar si el derecho a la información prevalece sobre otros derechos e intereses en juego. ¿Se puede reclamar lo mismo a un ciudadano que escribe un blog, hace un comentario a una noticia o aporta informaciones mediante una red social? Teniendo en cuenta la fórmula de responsabilidad establecida en la Directiva 2000/31/CE y la propia LSSI, en la que los prestadores de servicios no tienen un deber de control de contenidos que no sean propios, se ha venido apuntando el final de la veracidad y la exigencia de diligencia al informador, en beneficio de un nuevo esquema con pautas jurídicas más flexibles y menos exigentes a la hora de autenticar los hechos y su interés público (Cotino Hueso, 2005: 74). Descartada una posible autorregulación de medios y sujetos sumamente desprofesionalizados, se ha propuesto en sentido contrario una intervención en forma de autoridades independientes, mediante un sistema de sanciones leves y simbólicas que implicaría en casos extremos la obligación de rectificar noticias y datos falsos<sup>11</sup>. Más allá de estos

<sup>10</sup> SSTC 158/2003 y 69/2005, entre otras muchas.

<sup>11</sup> Escobar (2007: 130) recuerda que la Ley 22/2005, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, otorga al Consejo Audiovisual de Cataluña facultades para controlar los medios de comunicación existentes en Internet (art. 2.1 d)), bajo el prisma de la



planteamientos, parece que las contribuciones venidas desde medios que pueden denominarse como de «autopublicación» deben estar sometidas en todo caso al cumplimiento de las reglas jurídicas que sirven para garantizar la veracidad y la exigencia de responsabilidad, para lo que habrá que tener en cuenta, caso por caso, la naturaleza del acto informativo y la constatación del cumplimiento de los deberes ligados a la libertad de información (Carrillo, 2013: 13; Moretón Toquero, 2013: 142).

## VI. EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS DEL PERIODISMO DIGITAL Y LOS RIESGOS DE CENSURA

El periodismo que se despliega en Internet, a través de los medios y fórmulas que hemos visto hasta el momento, queda fundamentalmente sometido a las reglas establecidas por la LSSI, que, como se sabe, trae causa original de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información. A la hora de plantearnos positivamente qué servicios económicos se incluyen dentro de esta categoría, pueden surgir ciertas dudas genéricas, pero no con respecto al periodismo digital: los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades onerosas y gratuitas, entre las que se encuentra la información *online* (periódicos digitales, blogs, redes sociales). Con el objetivo de delimitar su ámbito de aplicación objetivo, resulta entonces clave saber si tales actividades pueden reportar un beneficio económico para el prestador<sup>12</sup>. Por lo tanto, la LSSI es la primera norma que regula la libertad de expresión y de información en la red, haciéndolo además sin el rango orgánico que exige el TC a aquellas normas que puedan suponer una restricción grave de tales derechos (STC 187/1999).

Y es que es importante recordar que la LSSI regula el cierre de páginas web, en caso de vulneración de una serie de principios. Entre tales principios, se enumeran la salvaguardia del orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de la salud pública, el respeto

---

veracidad informativa (art. 7), pudiendo aplicar un régimen sancionador que para el caso considera desproporcionado (arts. 132 b) y 136. 1 a)).

<sup>12</sup> Conforme a este criterio, la LSSI no sería de aplicación, por ejemplo, a páginas web sin ánimo de lucro, tales como las páginas de partidos políticos, instituciones públicas o universidades. No obstante, determinar cuándo un servicio está sujeto a la LSSI es un tema que no siempre está claro, porque aunque no se obtenga beneficio directo por ejemplo en publicidad, que es en lo que se piensa en estos casos, pueden existir otras transacciones económicas que determinen la inclusión del servicio en la LSSI (García Morales, 2003: 48).

a la dignidad humana y a la no discriminación, la protección de la juventud y de la infancia y el amparo de los derechos de propiedad intelectual (art. 8.1). Tales principios coinciden con los supuestos previstos por la Directiva 2000/31/CE y con los límites a la libertad de expresión e información tanto del CEDH como de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE). El cierre de páginas web constituye la interrupción del servicio (bloqueo e imposibilidad de acceso provisional) y la retirada de contenidos. En su redacción inicial, la LSSI previó que el cierre correspondía a los «órganos competentes», de forma que se abría la posibilidad de que las autoridades administrativas también pudieran ordenar una medida tan grave para las libertades del art. 20 CE<sup>13</sup>. Tras la nueva redacción dada por la Ley 56/2007, la LSSI estableció claramente la competencia de la autoridad judicial en los supuestos donde tales medidas impliquen una afectación de las libertades del art. 20 CE<sup>14</sup>.

Con respecto al control de contenidos, derecho a la información y posible censura, García Morales (2013) ha distinguido dos planos controvertidos. El primero, que puede afectar tangencialmente al periodismo digital tal y como lo estamos tratando, y más directamente al derecho a la información y a la creación artística considerados de manera aislada, es el relativo a la propiedad intelectual. En este contexto, el legislador español creó una Comisión de Propiedad Intelectual, dependiente del Ministerio de Cultura, para ponderar y decidir qué derecho debe primar en caso de conflicto y, en su caso, instar al cierre de la página web. Al tratarse de un control a posteriori, este supuesto no podría encuadrarse en la censura proscrita constitucionalmente, aunque desde el punto de vista material, la intervención de un órgano administrativo podría estar vulnerando la reserva jurisdiccional en materia de derechos<sup>15</sup>.

Sobre estas cuestiones se pronunció el Tribunal Supremo (en adelante TS), a tenor del desarrollo reglamentario de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. La Sentencia de 31 de mayo de 2013 señaló que la intervención administrativa en materia de derechos fundamentales era plenamente constitu-

<sup>13</sup> Cuestión evidentemente polémica que ponía en entredicho la constitucionalidad de la regulación (Boix Palop, 2002: 169).

<sup>14</sup> Art. 8.1 LSSI: «En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información».

<sup>15</sup> García Morales (2013) habla además de una posible recuperación del ya prohibido secuestro administrativo.

cional, incluso en materias tan sensibles como la libertad de información o de expresión, siempre que se haga, como es el caso, bajo los principios de objetividad y proporcionalidad<sup>16</sup>. Sin embargo, el TS reforzó su argumento señalando que la intervención judicial posterior al acuerdo de interrupción del servicio realizado por la Comisión de Propiedad Intelectual garantizaba la legalidad de la ejecución del acuerdo administrativo, teniendo en cuenta los intereses y los derechos enfrentados. Pues bien, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, ha reformado el procedimiento, manteniendo la autorización judicial únicamente para la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente. Desde este punto de vista, la cuestión de la censura previa solo puede ser salvada de nuevo con una interpretación gramatical del art. 20.2 CE, mientras que la reserva jurisdiccional en relación con el derecho a la comunicación queda seriamente debilitada.

El segundo de los planos, de máximo interés, tiene que ver con la atribución de responsabilidad por los contenidos a los intermediarios o prestadores de servicios en Internet. El prestador de servicios tiene una presencia determinante en el desarrollo de la prensa digital: bien porque facilita contenidos directamente, como podría ser el caso de un periódico o una red social, o bien porque proporciona servicios de alojamiento de blogs u otros medios a través de los que se ejerce el derecho a la información o a la libertad de expresión. No nos interesa por ahora abordar íntegramente la cuestión de la responsabilidad de los medios en Internet, cosa que se hará en el epígrafe siguiente. Lo que queremos es analizar algunas cuestiones derivadas del control de contenidos que aparecen vinculadas a la atribución de responsabilidades. La clave en este plano es entender que en el periodismo digital, el modelo de control de contenidos es en primera instancia privado. La diferencia con la vigilancia privada tradicional, vinculada a la libertad editorial, y que se realizaba en el marco del desarrollo interno del periodismo tradicional, es que en la era de Internet puede alcanzar unas dimensiones desconocidas y muy cercanas al modelo de censura represiva que reinaba antes de la aparición de la imprenta.

Por un lado, como ya hemos señalado, los prestadores de servicios no tienen la obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen. En el mundo de Internet ello sería imposible, aunque este punto de vista también es consecuencia de una regulación de origen económico (para empezar la Directiva europea), que se adecua perfectamente al esquema liberal del mercado de las ideas (Salvador Coderch, 1990). Ahora bien, la exención de

---

<sup>16</sup> Hemos defendido esta posición con respecto a las autoridades independientes en materia de comunicación audiovisual (Miguel Bárcena, 2013).

responsabilidad implica que los prestadores tienen el deber de retirar contenidos ajenos potencialmente ilícitos cuando tengan conocimiento de los mismos. El conocimiento puede venir por múltiples vías, aunque a diferencia de lo que ocurre con el cierre de páginas web (art. 8.1 LSSI), no se hace una alusión directa a la intervención jurisdiccional en caso de afectación de derechos fundamentales: se habla así de «órganos competentes», que entendemos tendrían una naturaleza administrativa, procedimientos de detección que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios, así como otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse (art. 16 LSSI). Aquí la casuística es enorme, y el TS está marcando una línea jurisprudencial bastante laxa<sup>17</sup>.

La imposibilidad de vigilar de forma exhaustiva la red y la necesidad de detectar contenidos especialmente sensibles, como la pornografía infantil, ha incrementado la tolerancia hacia sistemas de filtrado y bloqueo que empezaron en el ámbito doméstico y que ahora se utilizan de manera indiscriminada (Fernández Esteban, 1999). Los prestadores incluyen a menudo estos sistemas en las condiciones impuestas al consumidor en el momento de la contratación o el uso del servicio, lo que permite, especialmente a las redes sociales donde puedan ejercerse los derechos a la información y a la libertad de expresión, controlar y retirar contenidos que consideren no solo ilegales, sino políticamente incorrectos o contrarios a la imagen de la empresa. En otras ocasiones, pueden ser los poderes públicos los que promuevan leyes que fomenten la supervisión de contenidos de los prestadores de servicios mediante la obligación legal de usar filtros para identificar determinados contenidos, bloquearlos y, en su caso, eliminarlos<sup>18</sup>.

Tanto en el caso de la retirada de contenidos como del establecimiento de filtros, se suscitan los mismos problemas. El primero hace referencia a la posibilidad de que un poder privado limite y pueda afectar de forma tan determinante, y en el caso de los filtros, tan generalizada, al derecho a la información y a la libertad de expresión. Los prestadores de servicios no están en condiciones de ponderar derechos y bienes jurídicos adecuadamente, porque se rigen por las reglas de mercado. Nuestro TC estableció, como ya hemos señalado con anterioridad, la posibilidad de que en el marco de las relaciones organizativas de un medio de comunicación, el director ejerza el poder de control y veto de los contenidos, precisamente para evitar ilícitos y la respon-

<sup>17</sup> SSTs de 9 de diciembre de 2009 (*SGAE c. Asociación de Internautas*), 10 de febrero de 2011 (*Ramón c. Alasbarricadas.org*) y 4 de diciembre de 2012 (*SGAE c. Merodeando.com*), entre otras.

<sup>18</sup> García Morales (2013: 261) recuerda el caso de la ley alemana contra la pornografía infantil, que no llegó a entrar en vigor debido a las críticas recibidas.

sabilidad solidaria del medio (STC 191/1990). Sin embargo, parece descartado que el Alto Tribunal haya negado, en términos generales, que un particular no pueda vulnerar derechos fundamentales de la comunicación al realizar actos tan nocivos como son los filtrados o la retirada de contenidos como consecuencia de denuncias de terceros que pueden ser interesadas<sup>19</sup>.

El segundo problema hace referencia a la posibilidad de que con el control concreto y el filtrado de contenido general se pueda estar vulnerando la prohibición de censura previa prevista en el art. 20.2 CE. Como se sabe, a pesar de que el TC ha declarado que tal prohibición alcanza todo tipo de censura, «aún los más débiles y sutiles» (STC 187/1999), lo cierto es que estos han de presentarse en el momento anterior a la posible publicación de un contenido. En ninguno de los dos casos planteados se produce esta situación: cuando el prestador retira un contenido a petición, este ya ha sido publicado; cuando utiliza un filtrado y posterior bloqueo, el contenido ya ha pasado a lo público, aunque sea por un breve lapso de tiempo, lo que permite que la restricción, que puede vulnerar el derecho a la información o a la libertad de expresión, caiga fuera de la prohibición de censura previa establecida en nuestro ordenamiento. Es por ello que se reivindica una redefinición del concepto constitucional de censura, haciéndolo más versátil con respecto a los nuevos riesgos del avance tecnológico, pues de lo contrario se puede estar produciendo un efecto disuasión o *chilling effect*. Para esta labor, resultará muy interesante la saga de sentencias *SABAM* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), que ha declarado contrario al art. 11.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión la aplicación concreta de un sistema de filtrado realizado en Bélgica mediante orden judicial para salvaguardar derechos de propiedad intelectual<sup>20</sup>.

## VII. EL DERECHO AL OLVIDO Y EL PERIODISMO DIGITAL

Como estamos viendo, la llegada de Internet genera continuas novedades que a su vez plantean nuevos retos al derecho en general. En nuestro ámbito los retos pueden provenir de las instituciones principales del derecho de la información, o de espacios colaterales, como es el caso de los derechos de la

<sup>19</sup> Hay autores (Villaverde Menéndez, 2003: 103) que, en virtud de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y el efecto irradiación que produce en la relación entre particulares, han sostenido que la prohibición de censura también afecta a los poderes privados.

<sup>20</sup> SSTJUE C-70/10, *Scarlet c. SABAM* y C-360/10, *Netlog c. SABAM*.

personalidad reconocidos en el art. 18.1 CE. En este sentido, resulta obvio que la digitalización de las hemerotecas de los periódicos supone un avance indudable para la ampliación del material que sustenta la opinión pública en el tiempo. Además, contribuye a mejorar la financiación de los medios de comunicación tradicionales. Sin embargo, es evidente que al conectar ese enorme material con las posibilidades que ofrecen los buscadores de Internet, tipo Google o Yahoo, hechos y noticias acaecidos en el pasado pueden volver a cobrar actualidad afectándose entonces el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. Hay que tener en cuenta que el paso del tiempo a veces es el mejor antídoto para neutralizar los efectos de acontecimientos que si bien en el pasado pudieron tener naturaleza pública, hoy tendrían poca trascendencia dada la distancia temporal o el cambio de vida de los protagonistas. Es desde este punto de vista desde donde se ha venido reclamando, doctrinalmente, la configuración legal de un «derecho al olvido» digital, cuyas facultades derivarían del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE y del art. 8 CDFUE (Simón Castellano, 2012; Rallo Lombarte, 2014).

A la espera de la actuación del legislador, quien ha dado el primer paso al respecto ha sido el TJUE, precisamente en una cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional, después de que la Agencia Española de Protección de Datos diera la razón a un ciudadano en su conflicto con Google. En efecto, la negativa del buscador a hacer desaparecer ciertos datos asociados al nombre de este ciudadano, que a su vez estaban vinculados a un anuncio aparecido en un periódico años atrás, donde se le relacionaba con un requerimiento de pago, vulneraría la legislación relativa a la protección de datos española y europea (Buisán García, 2014). La cuestión prejudicial aborda temas que no interesan para el desarrollo de este epígrafe, como es el caso de la normativa aplicable a una empresa transnacional o si un buscador lleva a cabo un tratamiento de datos cuando recopila y ofrece enlaces a un usuario que busca material en Internet (Boix Palop, 2015). Sin embargo, el TJUE configura de forma pretoriana, como ha hecho históricamente en otros casos, una nueva facultad accionable ante los tribunales ordinarios, que permite a los ciudadanos cancelar y eliminar datos en virtud del derecho a un olvido que en caso de ser eludido podría producir una afectación a los derechos de la personalidad.

En la Sentencia C-131/12, de 13 de mayo de 2014, el TJUE da a entender que los ciudadanos tienen un «derecho al olvido» consistente en apelar a sus derechos de rectificación, supresión y bloqueo y a la facultad de oponerse a que se realice un tratamiento de datos si no se realiza bajo determinadas condiciones de calidad. La evaluación siempre tiene que tener en cuenta la evolución diacrónica de la idea de calidad, de manera que el paso del tiempo haría menor la concurrencia de ciertos intereses generales respecto de las publicaciones que afectaban a personas que, aunque no hubieran dado su con-

sentimiento para su tratamiento, podrían no tener más remedio que soportarlo como consecuencia de la primacía del interés público. Solo el paso del tiempo podría menguar ese interés poco a poco, de modo que llegaría un momento en que los ciudadanos tendrían derecho a que los datos desaparecieran de la red en virtud de una reconsideración del concepto de calidad: ya no se trataría de datos inexactos, sino de datos poco pertinentes, porque en el fondo, como reconoce el TJUE, se podría estar perjudicando «la vida privada» del interesado (FJ 98).

El TJUE entiende así que en virtud de la autodeterminación informativa, el ciudadano puede pedirle al buscador Google que retire datos que indexen noticias que afecten a los derechos de la personalidad. Y es que a pesar de que el derecho al olvido se plantea como una cuestión relacionada con la protección de datos, lo que en él subyace es una clásica colisión entre el honor, la intimidad y la imagen y las libertades de comunicación. De hecho, en el FJ 85 de la sentencia citada, el TJUE reconoce que mediante la ponderación entre la protección de datos y su posible interés social, se estaría removiendo material que según la Directiva 95/46/CE, estaría relacionado con el ejercicio de la libertad de expresión, entendida en un sentido amplio (art. 9). De ahí que abra la posibilidad a que *en determinadas circunstancias*, el perjudicado pueda dirigirse al gestor de un buscador de Internet para resolver su demanda, y no al editor de las páginas web, como puede ser el caso de un periódico digital. Pero la construcción del TJUE no elude los efectos finales del derecho al olvido: como recuerda el abogado general Niilo Jääskinen en las conclusiones que precedieron a la Sentencia C-131/12, que se produzcan dinámicas de reescritura de la historia y riesgos para la libertad de expresión y el pluralismo.

No pretendemos llevar a cabo un análisis pormenorizado de estos riesgos, aunque sí nos gustaría llamar sucintamente la atención sobre alguno de ellos. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que cuando un gestor o un editor son requeridos para que impidan que una información u opinión proveniente de fuentes periodísticas primarias puedan ser encontradas a través de un buscador, se está afectando a las libertades protegidas en el art. 20 CE. En cierto modo, el efecto final del derecho al olvido es parecido a la retirada de contenidos descrita para los prestadores de servicios en el epígrafe anterior: una forma de censura material, solo salvada por la literalidad del art. 20.2 CE, y una posible vulneración del art. 20.5 CE, que señala que solo la autoridad judicial puede retirar de la circulación publicaciones. Es por ello que el TS, en la Sentencia 545/2015, de 15 de octubre de 2015, haya protegido las fuentes primarias (hemerotecas digitales) del derecho al olvido: las personas privadas vinculadas con asuntos que han perdido interés por el paso del tiempo tienen derecho a una «oscuridad práctica» que supone evitar que con una simple búsqueda en Internet pueda accederse a su perfil completo, incluyendo infor-

maciones perjudiciales para su vida íntima y su honor. Ahora bien, el derecho al olvido no puede permitir «reescribir las noticias ni impedir de modo absoluto que en una búsqueda específica en la propia hemeroteca digital pueda obtenerse tal información vinculada a las personas en ella implicadas» (FJ 5).

En un nivel más práctico, hay que llamar la atención sobre otras dos cuestiones (Boix Palop, 2015). La primera está relacionada con la articulación técnica del derecho a la protección de datos. En este ámbito, la principal novedad del derecho al olvido supone situar en el centro del sistema de ponderación a la autodeterminación individual, que no es un concepto pensado, por su unilateralidad, para resolver conflictos entre los derechos de la personalidad y las libertades comunicativas, cuyas facultades y límites están, sin embargo, definidas por el poder constituyente y el legislador ordinario (LO 1/1982). Frente al derecho del ciudadano a decidir la calidad de los datos desde el punto de vista del mero paso del tiempo, se puede oponer un interés público creado por el TJUE, que no es otro que el de la importancia social que pueda tener conservar un dato accesible desde los buscadores. Este interés no está definido ni en la Directiva 95/46/CE ni en las normas nacionales encargadas de trasponerla, lo que aboca a un gran casuismo y pone en el centro de la resolución de controversias a una ponderación que ahora tendrá que ser manejada por sujetos no siempre vinculados con el poder judicial (Miguel Bárcena, 2015).

Y es que es importante recordar que de la Sentencia C-131/12 se deduce un doble nivel de garantías para asegurar la viabilidad del derecho al olvido, al que lógicamente hay que sumar el posible recurso judicial. En el primer nivel, el TJUE opta por la autorregulación: son los propios gestores de los buscadores y los editores de las páginas web, lo que incluye a las empresas de comunicación, los que inicialmente deben decidir si la calidad de un dato que indexa una noticia ya no es la apropiada como consecuencia del paso del tiempo<sup>21</sup>. De nuevo, se aprecia una sustitución de la reserva jurisdiccional por el ámbito

---

<sup>21</sup> El editor de una página web en la que se incluyen datos personales realiza una labor de tratamiento de datos personales y como tal es responsable de que dicho tratamiento respete las exigencias de la normativa que lo regula, en concreto las derivadas del principio de calidad de los datos. El TJUE ya lo había señalado en la Sentencia C-101/01 (FJ 25) y lo vuelve a recordar en la Sentencia *Google* C-131/12, donde apunta que «no puede excluirse que el interesado *en determinadas circunstancias*» (las cursivas son nuestras) se dirija al gestor de un buscador y no contra el editor de la página web, si de ejercer las facultades derivadas del derecho a la protección de datos se trata. Por lo tanto, se abre la posibilidad de que el editor también sea reclamado para hacer cumplir el derecho al olvido, como sucede en la Sentencia del TS 545/2015, de 15 de octubre de 2015, antes reseñada.



privado, cuando se trata de abordar los conflictos que surgen en relación a las libertades comunicativas en el mundo digital<sup>22</sup>. En el segundo nivel, el protagonismo se cede a las agencias de protección de datos, entes administrativos independientes que, como en el caso de los consejos audiovisuales, tienen crecientes competencias para abordar cuestiones relacionadas con el art. 20 CE. Por lo general, estas agencias tienden a restringir el ámbito subjetivo de las libertades comunicativas a los medios de comunicación tradicionales, negando que los ciudadanos, asociaciones, sindicatos, profesores o colectivos profesionales puedan llevar a cabo tareas periodísticas (Cotino Hueso, 2011). La garantía administrativa del derecho al olvido puede conducir, por esta vía, a una restricción de informaciones de interés público en el contexto de un periodismo digital que tiene la función esencial de expandir el contenido de las fuentes primarias de los medios de comunicación tradicionales.

## VIII. CONCLUSIONES

Este artículo ha tratado de abordar de manera general los aspectos esenciales del marco jurídico que rodea las tareas del periodista digital. En términos globales, puede afirmarse que el periodista profesional que lleva a cabo su trabajo en un medio de comunicación desplegado a través de las distintas formas que acoge la red, tiene el mismo régimen de garantías y responsabilidades jurídicas que un periodista tradicional vinculado a los medios mecánicos. El canal comunicativo elegido para ejercitar el derecho fundamental a la información y a la libertad de expresión no puede limitar la protección constitucional prevista con el objetivo de ayudar a conformar la opinión pública. La prensa digital resulta un desafío en términos de individualización, en la medida en que la facilidad con la que se puede llevar a cabo la difusión desmonta las notas de estabilidad, división de tareas y organización estructural que caracterizaban la manera en la que se realizaba el periodismo hasta hace algo más de una década. Sin embargo, ello no obsta para que pueda realizarse periodismo de verificación a través del medio que se elija (blog, red social, wiki), siempre que las noticias sean veraces y estén obtenidas mediante una diligencia que solo pueden otorgar la profesionalidad y los años de experiencia.

Esta última cuestión nos ha llevado a plantearnos el problema central del nuevo periodismo en Internet, y que no es otro que el derivado de la multiplicación de sujetos que pueden ejercer el derecho a la libertad de información. La lectura conjunta del art. 20 CE y de la jurisprudencia constitucional, invi-

---

<sup>22</sup> Por no hablar de una patente privatización de la justicia (Esteve Pardo, 2013: 110).

ta a pensar que formalmente todos los ciudadanos, independientemente de la profesionalidad, tienen derecho a informar y a expresar sus opiniones a través de cualquier canal. Es evidente, sin embargo, que tanto el constituyente como el TC han tenido en mente, cuando han construido e interpretado la norma fundamental en lo relativo a las garantías y facultades que rodeaban el derecho a la información, un sujeto que llevaba a cabo sus funciones en el marco de la prensa escrita o audiovisual, mediante el cumplimiento de la exigencia de relatar y comentar hechos veraces y de interés público.

El periodismo ciudadano, interactivo y participativo, rompe los moldes constitucionales desde el punto de vista indicado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que ejercer el derecho a la información y a la libertad de expresión, en un canal de naturaleza digital, sea el que sea, no se traduce siempre en periodismo que contribuya a mejorar la opinión pública y la participación democrática. La veracidad y el interés de un hecho en términos periodísticos derivan de su relevancia pública y de que el proceso de búsqueda haya respetado unos deberes constitucionales que solo se cumplen si el sujeto que informa es capaz de demostrar diligencia y buena praxis profesional. Desde este punto de vista, no se afirma que un ciudadano no pueda beneficiarse igualmente del secreto profesional ante potenciales ilícitos penales o civiles, sino que las condiciones necesarias para que su conducta encuentre amparo en tal prerrogativa no pueden flexibilizarse o debilitarse como consecuencia del imperativo democrático que postula la participación virtual y electrónica en los asuntos públicos.

No extraña, en el marco de la república digital, que los mecanismos de responsabilidad por daños producidos, destinados a multiplicarse por el uso del anonimato y la proliferación de fórmulas especialmente gravosas para los derechos de la personalidad y la protección de los bienes culturales, se articulen a través de fórmulas complejas en las que la ratio del mercado sirve para ensamblar técnicas privadas de control e intervenciones públicas en las que ineludiblemente se recurre a la instancia administrativa para intervenir derechos fundamentales. Tales fórmulas, como hemos visto en el caso del derecho al olvido, permiten una mayor flexibilidad, más acorde con la inmediatez y la amplitud que puedan alcanzar las vulneraciones de bienes personales y colectivos en la era de Internet, pero una menor garantía que remite a nuevas formas de censura encubierta y a una reducción de la participación jurisdiccional en la protección del derecho a la información y libertad de expresión. Se abre así paso a un escenario, el del nuevo periodismo en la red, caracterizado por la inseguridad jurídica y la falta de asideros normativos precisos que ayuden a los jueces y tribunales a resolver conflictos que siempre son casuísticos, pero que en el marco del periodismo clásico se solventaban a través de reglas legales y jurisprudenciales compartidas en los distintos niveles constitucionales.

## Bibliografía

- Almirón, N. y Jarque, J. M. (2008). *El mito digital. Discursos hegemónicos sobre Internet y periodismo*. Barcelona: Anthropos.
- Azurmendi, A. (2005). De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho a la información. *Comunicación y sociedad*, 28 (2).
- Boix Palop, A. (2002). Libertad de expresión y pluralismo en la Red. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (65), 133-182.
- (2015). El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google. *Revista General de Derecho Administrativo*, 38, 3.
- Boix Palop, A. y López García, G. (2005). Derecho y cuarto poder en la era digital. *Revista de Estudios Políticos*, 130, 73-108.
- Brock, G. (2013). *Out of Print. Newspapers, Journalism and the Business of News in the Digital Age*. London: Kogan Page.
- Buisán García, N. (2014). El derecho al olvido. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 46, 22-35.
- Capodiferro Cubero, D. (2015). Problemas y contradicciones de la regulación de la cláusula de conciencia periodística. *Revista de Derecho Político*, 94, 219-252. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5944/rdp.94.2015.15742>.
- Carrillo, M. (2013). Internet como espacio público de la información. En P. Requejo Rodríguez (coord.). *Derechos y espacio público*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- (2013). *El periodismo volátil. ¿Cómo atrapar la información política que se nos escapa?* Barcelona: UOC.
- Castells, M. (2006). *La sociedad red*. Madrid: Alianza.
- (2009). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza.
- Cebrián Herreros, M. (dir.) (2010). *Desarrollos de periodismo en internet*. Zamora: Comunicación Social.
- Chinchilla Marín, C. y Azpitarte Sánchez, M. (coords.) (2011). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Cotino Hueso, L. (2005). Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los «blogs»). En VV. AA. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías. Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos*. Burgos: Universidad de Burgos.
- (2011). La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución. En L. Cotino Hueso (ed.). *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: PUV.
- Díaz Noci, J. y Meso Ayerdi, K. (1999). *Periodismo en Internet. Modelos de la prensa digital*. Zarautz: Universidad del País Vasco.

- Escobar, G. (2007). Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio. En L. Cotino Hueso (coord.). *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.
- Farrell, H. y Drezner, D.W. (2008). The power and politics of blogs. *Public Choice*, 134, 15-30. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1007/s11127-007-9198-1>.
- Fernández Esteban, M. L. (1998). *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Madrid: McGraw Hill.
- (1999). La regulación de la libertad de expresión en internet en Estados Unidos y en la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, 103, 149-169.
- García Morales, M. J. (1999). La regulación de los servicios multimedia en Alemania. *Autonomías*, 25, 42-50.
- (2003). Libertad de expresión y control de contenidos en internet. En P. Casanova (ed.). *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Granada: Comares.
- (2013). La prohibición de la censura en la era digital. *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 251-264.
- Gillmor, D. (2006). *We the media. Grassroots journalism by the people, for the people*. Sebastopol (CA): O'Reilly Media.
- Jarvis, J. (2015). *El fin de los medios de comunicación de masas. ¿Cómo serán las noticias en el futuro?* Barcelona: Gestión 2000.
- López García, G. (2004). *Modelos de comunicación en internet*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Miguel Bárcena, J. de (2013). El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales en España: de la irrelevancia institucional a la fusión de reguladores. En J. C. Gavara de Cara (ed.). *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*. Barcelona: Bosch Editor.
- (2015). Libertades comunicativas y derechos de la personalidad: límites y colisiones. En J. C. Gavara de Cara, J. de Miguel Bárcena y D. Capodiferro Cubero (eds.). *El control judicial de los medios de comunicación* (pp. 65-102). Barcelona: Bosch Editor.
- Moretón Toquero, A. (2012). *El secreto profesional de los periodistas*. Madrid: CEPC.
- (2013). «La cláusula de conciencia y el secreto profesional del periodista en Internet», en L. Corredoira y Alfonso y L. Cotino Hueso (dirs.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: CEPC.
- (2014). El estatuto de los profesionales de la información en la prensa digital. En J. C. Gavara de Cara, J. de Miguel Bárcena y S. Ragone. (eds.). *El control de los cybermedios*. Barcelona: Bosch Editor.
- Morozov, E. (2012). *El desengaño de Internet. Los mitos de la libertad en la Red*. Barcelona: Destino.
- Muñoz, B. (2005). *La cultura global. Medios de comunicación, cultura e ideología en la sociedad globalizada*. Madrid: Pearson-Prentice Hall.
- Muñoz Machado, S. (dir.) y Rodríguez Valderas, M. (coord.) (2012). *V. Audiovisual*. Madrid: Iustel.
- Noguera, J. M. (2012). *Redes y periodismo. Cuando las noticias se socializan*. Barcelona: UOC.
- Pavlik, J. V. (2005). *El periodismo y los nuevos medios de comunicación*. Barcelona: Paidós.

- Pérez Luño, A. E. (2013). Valores democráticos y redes sociales. En A. E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger y R. González-Tablas Sastre (eds.). *Construcción Europea y Tele-democracia* (pp. 117-223). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Rallo Lombarte, A. (2014). *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. Madrid: CEPC.
- Rheingold, H. (1999). *La comunidad virtual: una sociedad sin fronteras*. Barcelona: Gedisa.
- Salaverría, R. (2005). *Redacción periodística en Internet*. Pamplona: Eunsa.
- Salvador Cordech, P. (coord.) (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sánchez Ferriz, R. (2007). Las libertades públicas y su ejercicio en internet. En L. Cotino Hueso (coord.). *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (pp. 75-113). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Simón Castellano, P. (2012). *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Starkman, D. (2011). *Confidence Game: The Limited Vision of the News Gurus*. New York: Columbia University Press.
- Urías, J. (2009). *Lecciones de Derecho de la información*. Madrid: Tecnos.
- Villaverde Menéndez, I. (2003). Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de proceso de comunicación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 (68), 121-150.
- Wolin, S. S. (2008). *Democracia S.A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*. Madrid: Katz.

# DEMOCRACIA DIGITAL. DISCURSOS SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y TIC

Digital democracy. Discourses on citizen participation and information and communications technology (ICT)

ELENA GARCÍA GUITIÁN

Universidad Autónoma de Madrid

## *Cómo citar/Citation*

García Guitián, E. (2016). Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 169-193. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.05>

## **Resumen**

En este trabajo se exploran las visiones sobre la democracia presentes en las evaluaciones que se están haciendo sobre el impacto de las TIC en nuestros sistemas políticos, así como en las estrategias institucionales propuestas para mejorar su carácter democrático. El punto de partida es el análisis del popular discurso de la democracia digital (*e-democracy*), que presupone que la puesta en marcha de procesos participativos en línea incorporados a la toma de decisiones institucionales genera efectos positivos que, de manera automática, mejoran la calidad democrática del sistema. Sin embargo, este discurso nos proporciona un enfoque demasiado limitado para determinar el verdadero impacto que las TIC están teniendo en nuestras democracias. Esa evaluación debería realizarse adoptando otra perspectiva más compleja; una que tenga en cuenta las múltiples interacciones que tienen lugar entre procesos de participación ciudadana, organizaciones e instituciones, y que, en último término, siempre se fundamentará en un modelo de democracia específico.

## **Palabras clave**

Democracia digital; gobierno electrónico; TIC; participación ciudadana; modelos de democracia.

**Abstract**

This work analyzes the visions of democracy behind current assessments of the impact of ICT in our political systems, as well as in the institutional strategies proposed to improve its democratic character. The starting point, the popular discourse on e-democracy, presupposes that the development of online participatory processes in decision-making generates positive effects that automatically enhance the democratic quality of the system. But this approach provides us with a very limited perspective to think about ICT impact on our democracies. This evaluation should be undertaken from a more complex perspective; one that encompasses the multiple interactions between citizen participation processes, organizations and institutions, which is ultimately rooted in a specific model of democracy.

**Keywords**

E-democracy; e-government; ICT; citizen participation; models of democracy.

## SUMARIO

---

I. LA UTILIZACIÓN DE LAS TIC EN EL GOBIERNO ELECTRÓNICO (*E-GOVERNMENT*) Y LA DEMOCRACIA DIGITAL (*E-DEMOCRACY*). II. LAS TIC Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. III. LAS TIC EN LAS DIFERENTES VISIONES DE LA DEMOCRACIA. IV. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA*.

---

La evolución de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las últimas décadas ha generado un volumen ingente de reflexiones sobre su impacto en nuestros sistemas políticos, y ha extendido el uso de denominaciones como gobierno electrónico o democracia digital (*e-democracy*), términos que muchas veces dan a entender que nos conducen a un estadio nuevo de la democracia o implican un cambio de modelo. No obstante, al aproximarnos a este tema tenemos que tener en cuenta que no hay acuerdo, ni sobre su repercusión en el funcionamiento institucional, ni sobre el verdadero alcance de las transformaciones que impulsan, porque este juicio depende de las expectativas normativas de partida, es decir, de un diagnóstico sobre el estado de las democracias actuales, de la manera en la que las TIC favorecen determinados procesos y del papel que desempeñan en la consecución del modelo de democracia adecuado.

En relación con ello, podríamos diferenciar dos posiciones bastante divergentes. En un lado, encontramos autores que consideran que la imparable extensión de las TIC es la que va a generar los cambios sociales, económicos y políticos —entre los que destaca el desarrollo de amplios movimientos sociales— que transformarán el capitalismo y las actuales democracias. En otro, se sitúan aquellos que rebajan su impacto real o llaman la atención sobre las nuevas formas de dominación que pueden favorecer<sup>1</sup>. A los primeros se les suele atribuir el «utopismo de Silicon Valley» (Keen, 2010); son los que consideran que la tecnología es el motor de las potentes transformaciones experimentadas por las sociedades contemporáneas en todos los ámbitos, responsables de las actuales crisis institucionales, y que han facilitado el surgimiento de nuevas formas de poder, pero también de importantes contrapoderes (Castells, 2007), gestando lo que podría considerarse una verdadera revolución. Pero también hay otros muchos que, reconociendo el enorme impacto de las

---

<sup>1</sup> Para una amplia revisión de toda esta literatura véase Tsatsou (2014). Las posturas encontradas sobre su impacto se recogen en Szoka y Marcus (2010).



TIC, son pesimistas (Norris, 2010), pues destacan sobre todo que los gobiernos y las grandes corporaciones las usan para ofrecer información y servicios a los ciudadanos a través de las páginas webs, sin que nada cambie, o incluso dando lugar a formas aún más sofisticadas de control (Morozov, 2010). Cabe diferenciar así a los teóricos que atribuyen un enorme potencial transformador a Internet de los que se lo niegan, quienes a la vez pueden ser optimistas o pesimistas sobre sus efectos futuros (Thierer, 2010).

En esta literatura que evalúa el desarrollo de las TIC, los discursos sobre la democracia digital se centran en analizar la capacidad real y potencial de las innovaciones tecnológicas para mejorar la calidad de nuestras democracias y contrarrestar sus actuales déficits. Como señalan Chadwick y Howard (2009), con el cambio de siglo aumentó el interés por los estudios del impacto político que estaba teniendo Internet, especialmente a partir de la recepción del término web 2.0 (O'Reilly, 2005) en el vocabulario de los países anglosajones. Este cambio de perspectiva se tradujo en el desarrollo de múltiples experiencias impulsadas institucionalmente con objeto de mejorar la legitimidad democrática en estos países, lo que extendió el discurso de la democracia digital (*e-democracy*), en el que subyacen distintas visiones sobre el papel que tiene la participación ciudadana, que en cierto modo es su principal elemento diferenciador.

Hoy en día, después de décadas de innovación, evaluar de forma global los efectos de las transformaciones tecnológicas en las democracias es todavía muy difícil, lo que, además, está condicionado por la visión normativa que se asume. Por eso es necesario realizar un análisis separado de las formas en las que las TIC se utilizan en la actividad política, ya que incorporan diferentes mecanismos y tecnologías que influyen en el modo en el que los individuos interactúan entre sí, en el coste de la acción colectiva y en la construcción de preferencias (Farrell, 2012). También es importante abordarlo desde una perspectiva general, que tenga en cuenta su repercusión en los diferentes agentes y procesos que conforman el sistema político (Fung, Gilman y Shkabatur, 2013), pues ninguno determina de forma aislada el carácter y funcionamiento de la democracia. Y, finalmente, hay que tener en cuenta que esas evaluaciones siempre dependerán de la adopción de una determinada concepción de la democracia, sea con el objetivo de mejorar su calidad, de solventar sus carencias o incluso de superarla (Mindus, 2011).

Este trabajo intenta abordar estas cuestiones analizando la literatura existente con objeto de identificar los discursos que están detrás de los diagnósticos sobre el impacto de las TIC en nuestras democracias, así como de las iniciativas institucionales propuestas para potenciar sus mejores efectos. Revisa, en primer lugar, la utilización de la denominación democracia digital (*e-democracy*) y su conexión con la de gobierno electrónico (*e-government*), distincio-

nes insertas en un discurso de renovación democrática en el que las formas de participación ciudadana se convierten en elemento diferenciador de una u otra realidad. En segundo lugar, plantea la necesidad de situar el análisis de la democracia digital en un contexto más amplio, que mida las interacciones entre las diferentes formas de participación ciudadana y las instituciones y organizaciones, lo que permite evaluar mejor el impacto real global de las TIC en el funcionamiento de los sistemas políticos democráticos. Y, en tercer lugar, aborda la dificultad para identificar el modelo de democracia desde el que se realizan esas evaluaciones, pues, aunque es el que determina los diagnósticos e inspira las propuestas institucionales, suele estar poco definido, ya que se inspira en tipologías diversas y poco precisas, en las que se incluyen modelos de democracia que son simples variaciones de otros.

## I. LA UTILIZACIÓN DE LAS TIC EN EL GOBIERNO ELECTRÓNICO (E-GOVERNMENT) Y LA DEMOCRACIA DIGITAL (E-DEMOCRACY)

Desde hace más de una década, se ha extendido el uso de las tecnologías digitales para transformar la gestión pública y la forma de gobernar, no solo en países democráticos, sino en los que no lo son. Estas políticas, agrupadas bajo la denominación de gobierno electrónico (*e-government*), están facilitando la difusión del uso de Internet en todo el mundo y promueven que los gobiernos de países que no son democráticos utilicen las nuevas tecnologías en las relaciones que establecen con sus ciudadanos, dentro de un movimiento internacional impulsado por las principales organizaciones internacionales como la OCDE, las diferentes agencias de la ONU o el Banco Mundial (Olmeda, 2014).

La puesta en marcha del gobierno electrónico se ha presentado como la transformación más importante llevada a cabo en la gestión y prestación de servicios públicos en todos los niveles de gobierno, a través de múltiples recursos como son Internet, las páginas web, la integración de sistemas y la interoperabilidad. Su principal objetivo es garantizar la calidad y seguridad de esos servicios para beneficiar a ciudadanos y empresas, proporcionando información y mejorando la comunicación y la forma de desarrollar las políticas públicas. Pero también busca acortar la distancia existente entre los ciudadanos y sus gobiernos, estableciendo relaciones menos jerárquicas e incrementando sus interacciones directas.

Por eso estos proyectos se inspiran en tres principios, que aparecen reflejados en los documentos oficiales que promueven su desarrollo institucional y que se plantean un doble objetivo: mejorar la gestión administrativa e impulsar una mayor participación ciudadana. Esos principios serían (van der Meer y otros, 2014):

- a) Conseguir una mayor transparencia. Las TIC facilitan —abaratando y permitiendo su acumulación y accesibilidad— que los gobiernos proporcionen información, lo que mejora el trabajo interno y, en principio, hace más visibles los procesos de toma de decisiones. Desde el punto de vista de la teoría democrática, se considera que esto no solo contribuye a una mejora de la gestión pública (y, por tanto, a reforzar una de las fuentes de la legitimidad democrática basada en la eficacia y eficiencia de las decisiones públicas), sino que es condición para permitir la rendición de cuentas y una mayor participación ciudadana (pues se traduce en un aumento de la confianza en las instituciones).
- b) Favorecer la apertura de las instituciones. El discurso del gobierno abierto (*open government*) está ligado a la transparencia, pero va más allá al incorporar como meta la interactividad con los ciudadanos. Lo que persigue es incrementar la receptividad de los gobiernos a las demandas de información y servicios de los ciudadanos, no solo obteniendo información a través de diferentes métodos de consulta, sino interactuando con ellos y proporcionando respuestas.

Sin embargo, aunque aplicar estos dos principios implica facilitar y promover un cierto tipo de participación ciudadana, en muchos de los discursos sobre gobierno electrónico se incluye como objetivo una forma de participación más intensa, que exige una mayor dedicación por parte de los ciudadanos a la vez que un cambio de actitud por parte de los gobiernos. Cada uno de estos principios contribuye a producir efectos democráticos necesarios para generar los demás, pero que no tienen por qué darse ni automática ni simultáneamente. Por ello se diferenciaría un tercer principio, definido de forma independiente, que sería:

- c) Facilitar la implicación ciudadana en los procesos de adopción de decisiones. Este requerimiento supone hacer efectivo lo que se suele considerar como «satisfacción de la demanda de participación política ciudadana», esta vez a través de la interacción con los gobiernos mediante las TIC. Y suele considerarse el elemento verdaderamente transformador de las democracias.

La participación ciudadana constituye así un elemento intrínseco de la filosofía del gobierno electrónico (*e-government*), entendido fundamentalmente como un conjunto de políticas públicas y reformas administrativas, que se ha convertido en objetivo global impulsado por las organizaciones internacionales en todo el mundo (incluso en países que no son democráticos). En gran parte de la literatura se diferencia de la democracia digital (*e-democracy*), no por la mera introducción de nuevos mecanismos partici-

pativos en línea, sino por su intensidad y su carácter interactivo. No se podría hablar entonces de democracia digital si no se avanzara en este sentido, en el de aumentar la implicación real de los ciudadanos más allá de su rol como consumidores de servicios públicos, incorporándolos a los procesos de adopción de decisiones.

No es sencillo, por tanto, diferenciar los dos proyectos, que se presentan con una u otra etiqueta aunque su contenido sea muchas veces similar. Y esto se complica cuando se añade un tercer concepto, el de gobernanza electrónica (*e-governance*), que en principio es distinto de los anteriores, pero que muchas veces se utiliza como sinónimo, generando confusión (Norris, 2010).

La razón de esa falta de precisión es que los objetivos derivados de todos estos principios están conectados, y no constituirían dos modelos independientes: gobierno electrónico (*e-government*) o democracia digital (*e-democracy*), sino simultáneos o complementarios, pero que no necesariamente acaban convergiendo (van der Meer y otros, 2014). No obstante, esta conclusión depende de forma importante de la visión de la participación que se considere adecuado promover y del papel que se le atribuya desde una visión normativa de la democracia. Por eso en muchos trabajos la democracia digital aparece como el estadio posterior al del gobierno electrónico; en otros, son dos procesos que no tienen necesariamente que ir en paralelo (como sucede en los países no democráticos); y, por último, a veces se da por sentado que surgen a la vez y se refuerzan entre sí.

Esto explica por qué se pueden encontrar tantas visiones críticas con el contenido atribuido a estos conceptos, y lo que implica desde la perspectiva del discurso democrático. Homburg (2007), por ejemplo, considera que el discurso sobre el gobierno electrónico representa una ideología que se ha extendido internacionalmente, en la que cabe identificar distintos mitos: a) el del progreso tecnológico, que establece la obligación moral de las administraciones públicas de usar unas tecnologías que se consideran intrínsecamente buenas (visión determinista y voluntarista); b) el de un tipo de gobierno distinto y mejor, convertido en una mera cuestión de cooperación, coordinación e integración; c) el del propio gobierno electrónico, que omite cuestiones relativas a los importantes problemas de gestión en las administraciones que plantea su uso, y que exigirían el desarrollo de nuevos instrumentos de organización; d) los del empoderamiento ciudadano y el consumidor inteligente, que tienden a ignorar que el ciudadano es más que un consumidor de servicios públicos, pues es un votante que se preocupa por su calidad y además asume que la prestación de estos servicios no es siempre una cuestión técnica, sino que implica una toma de posición sobre conflictos políticos.

Detrás de las estrategias impulsadas por el discurso del gobierno electrónico, entonces, aparece también una visión de la política que repercute de

forma compleja en nuestra forma de entender lo que son las democracias, pero que no siempre se traduce inevitablemente en un aumento de su calidad. Y por ello la cuestión de la repercusión de las TIC debería abordarse desde una perspectiva más amplia que algunos identifican con la democracia digital.

En este sentido, por ejemplo, Freedman y Quirke (2013) la conciben como un proceso de compromiso cívico de doble vía que posibilita un diálogo permanente entre gobernantes y ciudadanos. Consideran que es algo distinto a la estrategia del gobierno electrónico, que es unilateral y proporciona información para la prestación de servicios; pero también la distinguen de la mera realización de las diversas actividades participativas que permite la tecnología. En opinión de estos autores, lo que realmente sí pueden aportar las TIC es un cambio en la cultura organizativa que favorezca la recepción de información por parte de los gestores políticos y mejore su receptividad y capacidad de respuesta.

Sin embargo, habría que plantearse si estas dinámicas por sí mismas introducen un cambio cualitativo en nuestras democracias, porque las políticas propuestas con objeto de desarrollar la democracia digital se presentan como mecanismos de transformación de unas democracias representativas en crisis, renovadas a través de la participación ciudadana que permiten las TIC.

Si tenemos en cuenta el alcance de estos discursos, quizás el planteamiento que proporciona la referencia a la democracia digital no sea el más adecuado para analizar el impacto de las TIC. El problema es que, o bien lo reduce a los cambios introducidos por el desarrollo de iniciativas institucionales en las que se establecen relaciones interactivas a través de los medios digitales entre instituciones y ciudadanos, o lo amplía a una visión incremental de las formas de participación ciudadana en la que se miden las interacciones y los mecanismos existentes, pero sin tener en cuenta su repercusión global en el funcionamiento democrático.

## II. LAS TIC Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Detrás de las distintas propuestas y evaluaciones del uso de las TIC en política aparece reflejado el debate existente hoy en día sobre las democracias. Todas parten del reconocimiento de la existencia de una crisis política, más aguda hoy en los países que han experimentado con mayor dureza dificultades económicas, pero que en realidad expresa las tensiones producidas por las transformaciones generadas por cambios sociales, económicos y políticos fruto de la globalización y la innovación tecnológica. Y todo ello ha puesto de relieve las carencias y limitaciones de la organización institucional democrática, que son irresolubles y nos obligan a revisarla.

En general, podríamos concluir que la percepción de crisis se ha encarnado sobre todo en un cuestionamiento de la representación política. Se expresa en un sentimiento de falta de confianza en la elite política, especialmente en los políticos profesionales de los partidos, por parte de ciudadanos que se ven a sí mismos alejados de ellos (Mair, 2005). Este aumento exponencial de la desconfianza ciudadana ha generado un relato de crisis de legitimidad muy extendido en amplios sectores de la ciudadanía democrática, pero que tampoco ha llevado a cuestionar las democracias de forma generalizada (Merkel, 2014). Se da por hecho que la política institucional funciona al margen de lo que demanda la ciudadanía y se basa en un tipo de relación (jerárquica y unidireccional) que la aleja de ciudadanos descritos como cada vez más informados y competentes. Sin embargo, aunque la crisis y la corrupción han contribuido a aumentar y extender de forma dramática la desconfianza en los políticos, este proceso se debe a cambios estructurales importantes, sociales, económicos y políticos, que exigen reformas institucionales en un modelo que no es sostenible. En los trabajos académicos, desde hace dos décadas se certifica la crisis del Estado-nación en un mundo globalizado en el que la política se ha desterritorializado con la transferencia de soberanía a niveles internacionales, el poder de los gobiernos se ha debilitado frente a la creciente influencia de las grandes corporaciones no sujetas a constreñimientos estatales y los gobiernos se han transformado en administraciones.

Abordado desde el discurso de las nuevas tecnologías, de forma sintética, se concluye que estas transformaciones habrían generado una forma relacional de democracia articulada sobre la información y la comunicación (van Dijk, 2000). Sería un sistema relacional de redes policéntrico, de carácter dinámico, pues las relaciones de poder entre actores e instituciones se hallan en continua metamorfosis, entre otras cosas debido al uso de las TIC.

Sin poder desarrollar aquí todas estas relevantes cuestiones, es interesante observar la evolución del discurso de la participación ciudadana dentro de la teoría democrática, en parte planteado como solución a estos nuevos retos que deben afrontar las democracias contemporáneas. Preocuparse por la participación no es algo extraño al discurso democrático y, además, en épocas de crisis institucional siempre aparece como el elemento impulsor de cualquier renovación (Haskell, 2001; Rosanvallon, 2007). Pero hoy en día, tanto el discurso de democracia participativa como la idea de sociedad civil parecen haberse convertido en una «gran narrativa» (Ruzza, 2014) que los identifica con la voz de la sociedad frente a los intereses sesgados, la corrupción estatal y los sistemas políticos autorreferenciales. Y este discurso adquiere nuevos matices abordado desde la perspectiva de las transformaciones potenciales y reales que pueden impulsar las TIC en nuestras sociedades.

Desde una perspectiva muy crítica, Keen (2010) considera que las TIC proporcionan imágenes emancipatorias de la tecnología como medio para renovar la democracia. Analizadas desde la dimensión de la participación ciudadana, incorporan la fantasía de una tecnología que resuelve nuestra impotencia y nos ayuda a vernos activos. Como señala este autor, se trata de una fantasía de unidad, totalidad y orden, pues, por un lado, contribuye a desplazar la política a las actividades de la vida cotidiana de la gente común (concedida de forma separada a lo que se describe como una elite) y, por otro, crea un lugar imaginario de pertenencia y acción global, generado por las redes de comunicación.

Esta visión habría calado hondo también en lo que Kampen y Snijkers (2003) denominaban la ideología de la modernización del sector público, centrado en acercar el gobierno a los ciudadanos a través de las TIC, y en la producción y difusión de información. La democracia digital aparece así como un contenedor que recoge todas las posibles formas de reforma gubernamental que van desde la celebración de referendos y formas de democracia directa al gobierno proactivo. Todo ello presentado a través de estrategias que prometen contribuir a realizar el sueño último: la creencia en que las tecnologías pueden resolver los problemas que son inherentes a las democracias representativas.

Pero ¿qué tipo de participación favorecen? ¿De qué manera contribuyen a potenciar las formas de participación que se consideran adecuadas desde los modelos normativos? Los análisis que intentan medir su alcance muestran resultados variados y muy diferentes en función del contexto. Abordados desde el estudio de su impacto en los recursos, actitudes o patrones de comportamiento de los ciudadanos (Anduiza, *et al.*, 2012), parece confirmarse que los medios digitales sí han tenido un efecto clave en la expansión de nuevos mecanismos y canales de participación política, comunicación e información, y en el aumento del compromiso político. También nos permiten constatar que existen diversas formas de conexión política y que no todas las personas las utilizan de la misma forma; igual que difieren los espacios digitales en los que es posible participar. Por eso este tipo de trabajos tiene dificultades para distinguir entre distintos grados de participación (búsqueda de información, comunicación, discusión), pero corroboran que lo que sí permiten los medios digitales (e-mail, blogs, redes sociales) es otorgar a los consumidores de información la capacidad para adquirir, producir y transmitir esa información de forma más sencilla y eficaz, por lo que favorecen la creación y difusión de mensajes políticos y el reclutamiento político.

Sin embargo, aunque sus efectos parecen ser beneficiosos *a priori* desde la perspectiva democrática, las descripciones sobre la forma en la que las TIC, especialmente las nuevas plataformas digitales —redes sociales y medios colaborativos de producción—, promueven la democracia, deberían partir de la

evaluación de los diferentes efectos democráticos de los mecanismos de participación, lo que implica realizar juicios normativos desde una determinada visión de democracia.

Por eso otros autores han planteado la necesidad de diferenciar con más precisión los ámbitos en los que impactan las tecnologías digitales en la ciudadanía, mostrando también sus interconexiones, para así poder realizar un juicio más certero desde una perspectiva ampliada que nos permita determinar su repercusión en los sistemas políticos democráticos.

En relación con ello, Neuman, Bimber y Hindman (2011), por ejemplo, distinguen cuatro ámbitos relevantes: la deliberación ciudadana y la esfera pública, la participación en la vida política, el conocimiento de los ciudadanos y la movilización ciudadana. Señalan que, para evaluar el uso de las TIC, es importante tener en cuenta que los efectos no son iguales para todos los ciudadanos y que no se debe aceptar que todo esté determinado, pues los resultados dependen de factores muy diversos. La conclusión a la que llegan es que, en lo que concierne a la deliberación y a la esfera pública, las TIC producen cambios positivos, aunque la participación individual sea muy difícil. Respecto a los niveles de participación, en general, creen que no está clara cuál va a ser su evolución, ni cómo va a afectar a las generaciones más jóvenes (los principales usuarios). En relación con la adquisición de un mejor conocimiento, detectan grandes diferencias en su repercusión, pues la información generalista no parece haber cambiado mucho (ya que la digitalización afecta de forma muy distinta a unos tipos de ciudadanos y a otros). Y respecto a la organización política, tampoco piensan que altere mucho la distribución de poder en las instituciones, aunque sí parece favorecer la movilización y la capacidad de organización en todos los niveles.

A pesar de incorporar otros elementos, este tipo de análisis sigue siendo insuficiente, pues no nos ofrece una imagen de los efectos de la utilización de las TIC en el comportamiento político de ciudadanos, en la esfera pública y en la política institucional que nos permita realizar una evaluación global de su repercusión.

Desde una perspectiva algo más ambiciosa, que pretende precisamente solventar estas carencias proporcionando una visión más general del impacto de las tecnologías digitales en la política democrática (no solo agrupando sus efectos parciales), Fung, Gilman y Shkabatur (2013) distinguen seis tipos de enfoques. Para ello agrupan las formas de participación ciudadana que se insertan en los distintos ámbitos que conforman el sistema político, teniendo en cuenta las relaciones que se establecen entre los diferentes actores políticos (ciudadanos y organizaciones), y la manera en que estos interactúan con las instituciones. Ello implica analizar tres tipos de relaciones: a) las de los individuos con organizaciones como los partidos y grupos de interés (elecciones,



militancia, presión); b) las que se producen en la esfera pública (presión comunicativa); y c) las que afectan a las instituciones y se traducen en decisiones o actuaciones políticas (leyes y políticas públicas).

Lo que interesa destacar en este planteamiento es que al final la evaluación de los efectos democráticos del uso de las TIC en el desarrollo de los procesos participativos se tiene que medir por su repercusión en el funcionamiento e interacción de todos los elementos del sistema, teniendo en cuenta los equilibrios que deben existir entre las diferentes exigencias que contribuyen a fundamentar su legitimidad. Por eso, estos autores (Fung, Gilman y Shkabatur, 2013: 33) insisten en denunciar que una de las carencias habituales de este tipo de análisis es que no son capaces de abordarlo desde una perspectiva institucional global. En general, el enfoque del que parten es parcial y se restringe al estudio de un caso concreto o se presenta como una de las posibilidades que puede ofrecer a diferentes actores políticos.

Desde esta mirada más amplia, aunque es dudoso que se puedan considerar realmente distintos modelos (como pretenden estos autores), sí sería posible identificar diferentes perspectivas en función del peso que otorgan a sus efectos sobre la participación ciudadana:

- a) Consolidación de una esfera pública ampliada y empoderada. Se presume que las TIC favorecen el acceso a la esfera pública de más sectores de la ciudadanía. Contribuirían así a mejorar la información disponible para los ciudadanos y a facilitar su participación en su creación, promoviendo además la inclusión de otros discursos. En este sentido, se espera que los medios de comunicación reflejen de manera más precisa los contenidos planteados por ciudadanos informados, reforzando el peso y la influencia de la esfera pública en los procesos de adopción de decisiones.
- b) Desplazamiento de las organizaciones tradicionales por parte de grupos constituidos mediante las tecnologías. Desde esta perspectiva, se insiste en el papel de las TIC como instrumento que facilita y reduce los costes de la organización ciudadana, ya que permite producir información y servicios directamente, sin depender de organizaciones secundarias ni gobiernos. Favorecería una forma de participación directa ciudadana y de base, que deja de lado a las organizaciones tradicionales de tipo jerárquico.
- c) Impulso de una democracia directa digital. En muchas de las propuestas se da por sentado que el principal uso de las TIC es hacer posible la participación directa de la gente común en la toma de decisiones, prescindiendo de las organizaciones intermedias (partidos, grupos de interés) y de los medios de comunicación tradicionales.

- d) Apoyo a los grupos promotores de causas. Uno de los resultados atribuidos a las TIC es su capacidad para generar confianza ciudadana, ya que hacen accesible una información proporcionada de forma transparente y estable por parte de los distintos grupos de interés defensores de causas. Estos grupos utilizan diferentes estrategias para ejercer presión sobre los políticos e instituciones, favoreciendo una labor de rendición de cuentas imprescindible en una democracia.
- e) Movilización de los votantes. Las TIC facilitan que tanto los activistas como los miembros de organizaciones y partidos movilicen a sus militantes y a los ciudadanos en general. Permiten rebajar los costes (de mantenimiento y nueva entrada) y mejorar la conexión de las organizaciones con sus simpatizantes, así como dar una mayor publicidad a sus actividades. Además, han demostrado ser especialmente efectivas para llevar a cabo acciones específicas como campañas o protestas.
- f) Colaboración en la supervisión social (*crowd sourced monitoring*). Lo utilizan los organismos públicos para involucrar a los ciudadanos con objeto de que proporcionen información y ayuden en la resolución de problemas, así como para conseguir una mayor publicidad de sus acciones. La idea de fondo es el «*crowdsourcing*», entendido como modelo colectivo de producción y resolución de problemas.

Aunque es evidente que las TIC generan muchos de estos cambios, la realidad rebaja las expectativas de partida. Sin poder desarrollar aquí todos estos temas, lo que sí es importante destacar es que los nuevos usos también han producido efectos contrarios, por lo que hay que calcular con detenimiento su repercusión real. Y respecto a cada uno de estos desarrollos y expectativas, estos autores parecen concluir que hay que ser muy prudentes. La digitalización no parece haber generado una esfera pública más inclusiva y deliberativa. Las iniciativas para prestar servicios públicos en realidad funcionan bien cuando están vinculadas a las instituciones, porque lo que hacen es proporcionar una mejor información a los decisores públicos (aunque pueden tener un mayor impacto en momentos de crisis, que es difícil que tenga después continuidad). Además suscitan problemas de cumplimiento, pues los que las impulsan carecen de autoridad para repartir los costes de las acciones.

En lo relativo a la democracia digital directa, son pocas las experiencias que se han desarrollado y han funcionado adecuadamente, y no suelen tener carácter vinculante, no otorgan a los que participan el poder de decisión; pero gran parte de los autores que las evalúan lo consideran un problema político, no tecnológico, pues creen que hay poco interés por parte de los gestores públicos. En cuanto a la transformación del activismo, se refuerza el papel de las organizaciones, ONGs, empresas y periodistas en la generación de informa-

ción, pero es dudoso que tengan mayor incidencia en las relaciones de los ciudadanos con sus gobiernos. Además, el énfasis en la transparencia y el control da lugar también a un tipo de política negativa que puede traducirse en una mayor desconfianza hacia las instituciones y la política en general. Y sí, facilitan la movilización política, pero de muy distinto tipo y con un impacto político limitado.

Las conclusiones de estos autores coinciden con las presentadas por muchos otros. La realidad es que el uso de las TIC ayuda a conformar contradiscursos (Dahlberg, 2007; Castells, 2007), pero también reproduce las asimetrías del poder, porque los portales corporativos y los sitios de los medios de comunicación que promueven un discurso consumista son los que configuran el ámbito del discurso hegemónico. Por eso la esfera pública no se ha hecho ni más igualitaria (Hindman, 2009) ni más deliberativa, a pesar de las iniciativas institucionales desarrolladas para lograrlo (Chadwick, 2009; Moss y Coleman, 2014).

Keen (2010: 55), por ejemplo, señala que una de las consecuencias indeseables de la web 2.0 es su contribución a la desaparición de la audiencia, pues convierte a todo el mundo en autor. Y esta circulación intensa de contenidos en el capitalismo comunicativo acaba con el antagonismo necesario para la política. Al final, el principal resultado es que muchos ámbitos de la vida se transforman en mercado o espectáculo, y la política se reduce a la administración y a la micropolítica cotidiana. Por eso algunas iniciativas desarrolladas en la red se presentan como «no ideológicas», y descartan definirse en lo político. Además, no se tiene en cuenta que medios como el correo electrónico, la petición o la interacción en un blog sustituyen a actividades políticas que requieren tiempo y esfuerzo, y no ayudan a formar solidaridades políticas de mayor duración.

También desde una perspectiva crítica, Papacharissi (2009: 244) considera que la participación en línea es producto de la expresión narcisista y cívicamente beneficiosa de la opinión pública en los blogs; de las acciones subversivas que circulan en los discursos que enfatizan la pluralidad y el agonismo; y también de las narrativas que se generan de forma privada en espacios comerciales. En su opinión, todos ellos son actos de disenso que emanan de una esfera de interacción privada, lo que significa que el ciudadano se involucra y se capacita políticamente a través de un entorno de medios privados que se sitúan en el espacio individual y privado de los individuos. Y esto poco tiene que ver con la potenciación de una esfera pública inclusiva y deliberativa.

En realidad, estas seis distinciones dan prioridad a algunos de los cambios que están generando las TIC en la política en sentido amplio, pero el análisis de sus resultados no puede utilizarse para hacer una evaluación global de su repercusión para las democracias. Esto exigiría una visión más amplia

que los englobe a todos y analice sus interacciones, pero que también considere los efectos —a veces contrapuestos, como el refuerzo del control ciudadano por parte de los gobiernos o el debilitamiento de las instituciones frente a los grupos organizados— que producen desde la perspectiva del funcionamiento institucional global.

Sin embargo, son muchos los que confían en el aporte añadido que pueden hacer las TIC para crear esa esfera pública en las sociedades actuales, así como para producir buenos resultados que mejoren la calidad democrática, siempre y cuando sean adecuadamente desarrolladas. Por eso la inspiración académica de muchas iniciativas institucionales ha hecho que se multiplicaran las propuestas para incrementar los mecanismos de participación usando los medios digitales. La mayor parte de ellas se han promovido desde el discurso del gobierno electrónico, pero muchas aspiran a ser proyectos más ambiciosos de democracia digital y se han centrado no tanto en crear formas de participación ciudadana vinculantes e insertas en los procesos de toma de decisiones, sino, sobre todo, en utilizar las TIC para mejorar la comunicación y conseguir una esfera pública más inclusiva y deliberativa.

En este sentido, un autor como Chadwick (2009), asesor en importantes propuestas institucionales, también es escéptico acerca de su potencial para generar una esfera pública que encarne el ideal deliberativo, convertido en ideal normativo desde los años noventa. En su opinión (Chadwick, 2009: 14), este ideal es el que ha inspirado más literatura sobre la repercusión del uso de las TIC en la construcción de la democracia digital, y presupone que Internet es el medio de comunicación clave para proporcionar una base virtual en la que situar los debates públicos, garantizando su espontaneidad. Y aunque muchas veces estos ideales no se expresen, serían los que implícitamente servirían para privilegiar ciertos tipos de actividad frente a otras, disminuyendo la relevancia real de otro tipo de comportamientos que sí parecen generar los medios digitales.

Sus trabajos confirman que los medios digitales son incapaces de garantizar las exigentes condiciones procedimentales de la deliberación; como también que los ciudadanos participan poco en las consultas en línea y que, además, existe mucho rechazo a incorporarlas en las rutinas de los actores políticos (Margetts, 2009). Habría que aceptar entonces que, en general, aunque los experimentos tienden a mejorar el conocimiento político y a favorecer la discusión, no son deliberativos (en el sentido más exigente del término). Sin embargo, este autor cree que es importante tener en cuenta que la red 2.0 sí produce otros efectos positivos que tienen un gran impacto en la política: a) contribuye a hacer más plural el discurso político; b) facilita una mayor implicación en lo público y permite que los ciudadanos vigilen y controlen al poder; d) produce más información, y e) proporciona nuevos formatos de transmisión de los contenidos políticos.

Su conclusión es que las TIC generan valores y estructuras de incentivos que influyen en el comportamiento político en estos entornos, lo que repercute en el funcionamiento de nuestras democracias. Desde la perspectiva de lo que demandan los ciudadanos, Chadwick señala que estas tecnologías facilitan la obtención de una información más accesible, lo que les habilita para participar con diferentes perfiles (más o menos comprometidos), y contribuye a generar confianza institucional y capital social, aumentando el compromiso cívico de un número mayor de ciudadanos (especialmente cuando son peticiones). Así mismo, y esto resulta ser especialmente importante, se ha convertido en un instrumento para la expresión personal y favorece las conversaciones en espacios semi-públicos, por lo que responde al «giro afectivo» de las democracias actuales que, en opinión de muchos, democratiza la expresión política a través de la exposición pública de la dimensión afectiva de la política.

Desde la perspectiva de los gobiernos, las TIC podrían servir para articular una conversación más relajada con los ciudadanos (lo que no sucede en foros deliberativos muy formalizados), contribuyendo a aumentar su nodalidad (Margetts, 2009). Esto les permite aprender de las interacciones cotidianas con los ciudadanos y de las consultas, y llevar a cabo mejores políticas públicas. Por eso, aunque esas interacciones no sean deliberativas, sí son muy importantes en una democracia

Para Chadwick, todo esto nos debe llevar a concluir que las TIC son un instrumento útil para promover el papel de los buenos ciudadanos —«the good-enough citizen» (Dahl, 1992)— que se comprometen de forma episódica y ejercen funciones de vigilancia de la política, pero que claramente prefieren delegar la acción política diaria a partidos y organizaciones intermedias. Así, aunque no satisfagan ciertas expectativas normativas, estos usos de las TIC habrían generado efectos democráticos positivos en ciudadanos, esfera pública y funcionamiento institucional, mejorando el sistema global de participación ciudadana (Warren, 2001).

Un enfoque similar es el que adoptan Coleman y Blumler (2009), quienes también rechazan el determinismo tecnológico. Piensan que lo que sucede en realidad es que, frente a lo que muchos autores presumen, se ha producido un enorme empobrecimiento de la comunicación, y atribuyen a las instituciones la responsabilidad de mejorar la discusión pública democrática utilizando las TIC, pues solo la tecnología puede proporcionar un espacio social virtual que favorezca la discusión política generalizada. Siguiendo con lo comentado anteriormente, estos autores consideran que, en un contexto de creciente percepción de crisis de la representación, las tecnologías digitales pueden ayudar a crear lo que él denomina una forma de representación directa.

En sus numerosos trabajos centrados en las experiencias en Reino Unido, Coleman (2005) ha detectado que el descontento ciudadano con sus repre-

sentantes se refiere más al proceso y no tanto a los resultados. Esa frustración tiene que ver con una percepción afectiva de la representación que pone énfasis en el vínculo personal, la afinidad y el respeto. Y, como también señalaba Chadwick, las TIC pueden ayudar en el reconocimiento de la dimensión afectiva de la política que traslucen estas demandas y que tradicionalmente se ha dejado de lado en los análisis politológicos de la representación. Su reconfiguración en la era digital exige su descentralización, facilitando la implicación ciudadana en la deliberación de las políticas públicas a través de sus narrativas, aceptando formas plurales de representación y creando espacios para la auto-representación pública.

Sin embargo, Moss y Coleman (2014) concluían recientemente que las ambiciosas políticas británicas desarrolladas estas últimas décadas habían tenido un impacto limitado, porque no habían seguido una estrategia de conjunto. Analizando cada una de las iniciativas, destacaban que las formas de participación digitales solo funcionan a nivel micro, y que las posibilidades de gobierno abierto son útiles para la monitorización, pero también fomentan un populismo reactivo. En su opinión, los logros reales de la democracia digital son decepcionantes; pero creen que esto se debe a que no se impulsan desde una única política coherente. Se necesitaría suscitar una mayor deliberación pública, que no puede ser el resultado de prácticas microdeliberativas, sino que debería surgir de un público informal y disperso que opera en el terreno de la sociedad civil. Por eso a estos autores les interesan las estrategias que intentan captar los discursos públicos y las interacciones en línea, y analizan, reflejan y representan deliberaciones públicas dispersas para la ciudadanía en general.

El análisis específico de las experiencias llevadas a cabo ha rebajado muchas expectativas, y se utiliza para pensar en nuevos mecanismos a través de los cuales impulsar la participación ciudadana. Por eso autores como Bruns (2012), basándose en experiencias reales en Australia, subrayan que la democracia digital debe centrarse en fomentar la participación activa de los ciudadanos en la discusión sobre cuestiones y políticas públicas, así como en la organización de actividades comunales e iniciativas para abordarlas a través de los distintos medios digitales. Y coincide con autores como Coleman en que hay que crear un espacio común y sostenido en el tiempo, pero que no tiene que centralizarse en una única plataforma. La estrategia que propone sería utilizar las distintas plataformas de la red 2.0 para involucrar a los ciudadanos, especialmente en torno a asuntos importantes, intentando concentrar la deliberación y el debate.

En general, el resultado de las iniciativas de fomento de la participación digital es desigual, y genera las mismas dudas y problemas que los suscitados por los procesos participativos ya desarrollados, especialmente en el ámbito

local. Por ejemplo, el análisis de los presupuestos deliberativos, que parecen encarnar un ideal de participación directa ciudadana, ya ha mostrado que tanto su impacto como sus efectos pueden ser muy diferentes en cada contexto, y que su evaluación viene determinada por los presupuestos normativos de los que parte (Sintomer y otros, 2012). Además, en sociedades tan complejas como las nuestras, no cabe concluir que todo tipo de participación sea bueno en sí mismo, aunque genere ciertos efectos. Y esto nos conduce de nuevo a tener que determinar qué procesos participativos pueden favorecer las TIC para renovar y mejorar nuestras democracias, lo que variará dependiendo del modelo normativo de democracia que se asuma.

### III. LAS TIC EN LAS DIFERENTES VISIONES DE LA DEMOCRACIA

En todas las evaluaciones sobre la repercusión de las TIC que encontramos en la literatura subyace una visión normativa de la democracia que las condiciona. Porque no solo se tienen que hacer teniendo en cuenta de forma sistémica las transformaciones que producen en sus diferentes agentes, procedimientos y relaciones, sino que ese juicio está determinado por la visión más amplia de democracia de la que parta. Por eso son muchos los autores que plantean dudas frente a la suposición de que Internet resolverá los problemas de las democracias actuales, ayudando a satisfacer las expectativas de una democracia fuerte.

Lo que, por ejemplo, señala Vedel (2006: 230) es que el discurso sobre la democracia es muy heterogéneo y se construye sobre lógicas variadas que al mismo tiempo son contradictorias, dando lugar a muchas concepciones. Por eso cree que, para analizarlo, en lugar de ofrecer nuevas tipologías, convendría centrarse en las cuestiones que se consideran relevantes a la hora de estructurar el diseño y desarrollo de los proyectos concretos de democracia digital (así como del discurso que las acompaña).

Este autor identifica tres dimensiones, que se corresponden con diferentes secuencias del proceso democrático: información, discusión y decisión, así como de los problemas que cada una plantea (falta de transparencia institucional, insuficiencias de la esfera pública o falta de participación de los ciudadanos en la esfera pública) que se repiten en todos los proyectos de democracia digital. Pero señala que la mayoría de ellos parten de una concepción de democracia demasiado exigente, pues asumen el mito de la transparencia política y reducen la democracia a la discusión.

Este tipo de enfoques trata de proponer usos de las TIC que refuercen la legitimidad democrática, pero hay otros que precisamente lo que destacan es su potencial para transformar la democracia y, ligado a ella, el propio sistema

capitalista. Blaug (2002), por ejemplo, diferencia claramente dos perspectivas (*incumbent/critical democracy*) en el análisis de las democracias. Para la primera, el objetivo es utilizar las TIC para preservar y mejorar las actuales instituciones democráticas, maximizando y gestionando una participación ordenada. Desde la segunda, se plantea que pueden ayudar a resistirse a la gestión y a dar un espacio a las voces excluidas que permita cuestionar las instituciones existentes.

El problema real es que han proliferado los modelos y tipologías de democracia, muchas veces planteados desde especialidades académicas distintas (Harto de Vera, 2006; Kakabadze y otros, 2003), que no son muy consistentes entre sí y generan bastante confusión.

Para orientar el debate contemporáneo, Dahlberg (2011) propone cuatro formas de entender la democracia que nos ayudan a clarificar los diferentes presupuestos normativos que fundamentan las evaluaciones de la calidad de nuestras democracias, así como la definición de los objetivos que se deberían promover a través de las TIC. Porque frente a lo que muchas veces se presume como algo consensuado, lo que entendemos por democracia digital es muy diverso.

Las cuatro posiciones que este autor estructura como «tipos ideales weberianos» (Dahlberg, 2011) se definen en función del discurso sobre Internet que incorporan (esperanzas, presunciones y prácticas), permitiendo realizar una categorización general de lo que ya existe. Para diferenciarlas, utiliza: a) las distintas descripciones del sujeto democrático que toman como base; b) la visión de la democracia que se deriva de esas descripciones; y c) el uso y la función atribuida a la tecnología de los medios digitales. Identifica así cuatro discursos sobre la democracia, que considera las principales posiciones que determinan la retórica y la práctica de la democracia digital: 1, la liberal-individualista; 2, la deliberativa; 3, los contrapúblicos (Fraser, 1990), y 4, el marxismo autónomo.

1. Visión liberal-individualista. Su discurso se centra en las oportunidades que las nuevas tecnologías ofrecen a los individuos para que puedan perseguir sus intereses particulares en nuestras democracias liberales. Desde este enfoque se destacan las posibilidades democráticas que las TIC ofrecen para la transmisión efectiva de información y la expresión de los diferentes puntos de vista en los procesos de adopción de decisiones, generando una relación más directa entre representantes y ciudadanos. Para este autor, esta visión presupone una concepción de los ciudadanos individualista, racional e instrumental, pero proclive a la cooperación. Y las TIC lo que permiten es una organización de una comunicación internacional a través de organiza-



ciones que la extienden a todo el mundo. Sin embargo, subyace en ella una idea de democracia como expresión (mercado de ideas) y agregación de voluntades de individuos a través de una competición entre representantes para conseguir su apoyo.

2. **Visión deliberativa.** Se diferencia de la anterior por insistir en el desarrollo de una esfera pública racional deliberativa que da lugar a la formación de una opinión pública que puede influir en los que toman las decisiones, exigiéndoles que rindan cuentas. Desde esta perspectiva, existen múltiples iniciativas que intentan promover la deliberación en nuestros sistemas a través de las TIC, utilizándolas para realizar diferentes experimentos deliberativos y consultas en línea en sentido amplio.

La deliberación, como tipo de conversación específica, tiene lugar en una esfera pública racional en la que individuos privados se transforman en sujetos democráticos orientados al bien común. En esta visión, la comunicación digital aparece como instrumento que permite el acceso a la información compartida, al debate racional y a la formación de la opinión pública.

3. **Contrapúblicos.** Enfatiza el papel clave de los medios digitales para fomentar el activismo, la contestación y la formación de grupos con el objetivo de acabar con la exclusión sistémica y la injusticia. Dahlberg (2011) considera que, aunque también juegan un papel importante en el modelo hegemónico liberal, lo que diferencia esta visión es considerar que las TIC son el instrumento clave para conseguir una democracia participativa más radical. Los medios digitales son lo que facilitan la elaboración y difusión de esos discursos; refuerza a las organizaciones facilitando su publicidad y la obtención de apoyos; y permite a los excluidos dialogar con los dominantes.
4. **El marxismo autónomo.** Considera que Internet produce una red de coordinación digital que permite sobrepasar la acción de los Estados y desarrollar una política radical que surge de la participación autoorganizada e inclusiva. Subyace en estas propuestas la convicción de que la verdadera democracia exige superar a los Estados centralizados y al sistema capitalista. Desde este punto de vista, la democracia tiene lugar mediante conexiones entre iguales en el contexto de un tipo de producción descentralizada. Y las TIC servirían para proporcionar un acceso abierto a la cultura y desarrollar un tipo de producción alternativa al capitalismo, que dará lugar a una democracia radical.

En el primer modelo, las tecnologías digitales son un instrumento más para mejorar la democracia; en este último, constituyen el medio para realizar

la transformación a la nueva sociedad, por lo que serán determinantes para evaluar los cambios ya realizados y plantear propuestas.

Sin embargo, esta tipología no deja de ser controvertida y, como sucede con tantas otras, no cabe dejar de plantear que en realidad presenta como modelos separados discursos que coexisten y se mezclan, o se refieren a desarrollos que son solo una parte del funcionamiento de las democracias.

Sin poder detallar más esta cuestión, lo que sí importa es destacar que tipologías como estas nos ayudan a apreciar cómo el modelo general del que se parte determina las evaluaciones de los efectos de las TIC en nuestras democracias, así como las propuestas para utilizarlas en su renovación y transformación.

#### IV. CONCLUSIÓN

La evaluación del impacto de las TIC en nuestras democracias debe abordarse desde un enfoque más ambicioso y complejo del que se suele encontrar en gran parte de la literatura especializada.

La celebración acrítica de las iniciativas planteadas para desarrollar la democracia digital (*e-democracy*) genera muchas expectativas que no se corresponden con la realidad. Pero es el propio concepto el que no deja de ser confuso. A veces se identifica con la mera introducción de un tipo de políticas públicas que facilitan la inserción de mecanismos de participación ciudadana en los procesos de decisión política, mientras que otras veces se usa para designar proyectos ambiciosos que intentan mejorar la calidad de la democracia a través de innovaciones en la representación política o la discusión pública. No se puede aceptar, sin embargo, que contenga una visión global alternativa de la democracia o un proyecto de renovación integral, lo que exigiría insertarla en un discurso más amplio que tuviera en cuenta el sistema de representación y participación general.

Para articular esa visión global, sería fundamental tener en cuenta las interacciones que se generan entre las diferentes formas de participación ciudadana y las instituciones y organizaciones, lo que permitiría evaluar el impacto real de las TIC en el funcionamiento de los sistemas políticos democráticos. No obstante, esa evaluación presupone una visión determinada de la democracia que a veces no es tan sencillo articular.

La dificultad para identificar el modelo de democracia desde el que realizarla, pues existen tipologías diversas y poco precisas, también repercute en las conclusiones que los diferentes autores extraen de las experiencias concretas. En la construcción de estos modelos, la implicación política de los ciudadanos aparece como la vía fundamental de mejora de la democracia o de su

transformación, pero los distintos enfoques y especialidades la conciben de diversa manera (y hay una enorme confusión en el uso de las etiquetas), otorgando para ello un rol específico a las nuevas tecnologías. Así, por ejemplo, nos encontramos con propuestas para utilizar las TIC principalmente para fomentar la deliberación, aun sabiendo que es difícil de lograr, porque se asume una visión de la democracia que identifica su calidad con la existencia de una esfera pública deliberativa.

Por eso es importante tener en cuenta las diferencias entre los distintos enfoques, así como en sus modos de entenderlos, porque las propuestas que planteen sobre el uso de las tecnologías en la comunicación e interacción entre representantes y ciudadanos dependerán en último término del diagnóstico y de la visión normativa de partida. Hay muchas posibilidades técnicas, pero el tipo de instrumento, su función, así como su incorporación a los procesos de decisiones darán lugar a experiencias participativas muy diferentes, como también lo serán sus efectos democráticos.

El resultado de las experiencias llevadas a cabo parece confirmar un aumento de la capacidad de los grupos con menos recursos, pero que se mueven en una política muy fragmentada, y un reforzamiento de la de los que ya de por sí son poderosos. No genera una esfera pública unificada e inclusiva, pero sí favorece la inclusión. Se vuelve a crear una elite política (medios, bloggers, partidos, expertos), pero que resta poder a los partidos políticos, obligándoles a transformarse y a rendir cuentas con más transparencia. También mejora la competencia de los ciudadanos y facilita su participación, pero más como expresión personal que como implicación en un proyecto determinado.

Todo ello confirma que el uso de las TIC genera efectos beneficiosos para las democracias, pero también otros que no lo son, y no resuelve las tensiones constitutivas que existen en ellas, los choques entre diferentes legitimidades ciudadanas y la complejidad de la política en un mundo global. Y esto, a su vez, genera nuevos problemas democráticos, que son los que deberían abordarse mediante nuevas propuestas de uso de las TIC.

### **Bibliografía**

- Anduiza, E., Jensen, M. J. y Jorba, L. (2012). *Digital Media and Political Engagement Worldwide. A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139108881>.
- Blaug, R. (2002). Engineering Democracy. *Political Studies*, 50, 102-116. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9248.00361>.
- Bruns, A. (2012). Toward Distributed Citizen Participation. Lessons from Wikileaks and the Queensland Floods. *Journal of e-Democracy (JeDEM)*, 4 (2), 142-159.

- Castells, M. (2007). Communication, Power and Counter-power in the Network Society. *Internet Journal of Communication*, 1, 238-266.
- Chadwick, A. (2006). *Internet Politics. States, Citizens and New Communication Technologies*. Oxford: Oxford University Press.
- (2009). Web 2.0: New Challenges for the Study of E-Democracy in an Era of Informational Exuberance. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 5 (1), 9-41.
- Chadwick, A. y Howard, Ph. N. (2009). Introduction. En A. Chadwick y P. N. Howard (eds.). *The Routledge Handbook of Internet Politics*. New York: Routledge.
- Coleman, S. (2005). The Lonely Citizen: Indirect Representation in an Age of Networks. *Political Communication*, 22, 197-214. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/10584600590933197>.
- Coleman, S. y Blumler, J. G. (2009). *The Internet and Democratic Citizenship. Theory, Practice and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511818271>.
- Dahl, R. (1992). The Problem of Civic Competence. *Journal of Democracy*, 3 (4), 45-59. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1353/jod.1992.0048>.
- Dahlberg, L. (2007). The Internet, Deliberative Democracy and Power: Radicalizing the Public Sphere. *Internet Journal of Media and Cultural Politics*, 3 (1), 47-64. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.1386/macp.3.1.47\\_1](http://dx.doi.org/10.1386/macp.3.1.47_1).
- (2011). Re-constructing Digital Democracy: An Outline of Four Positions. *New Media and Society*, 13 (6), 855-872. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/1461444810389569>.
- Dahlgren, P. (2005). The Internet, Public Spheres and Political Communication: Dispersion and Deliberation. *Political Communication*, 22, 147-162. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/10584600590933160>.
- Davis, R. (2015). *E-Government. Using technology to improve public services and democratic participation*, European Parliamentary Research Service. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565890/EPRS\\_IDA\(2015\)565890\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565890/EPRS_IDA(2015)565890_EN.pdf).
- Dean, J. (2005). Communicative Capitalism: Circulation and the Foreclosure of Politics. *Cultural Politics*, 1 (1), 51-74. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2752/174321905778054845>.
- Dijk, J. van (2000). Models of Democracy and Concepts of Communication. En K. Hacker y J. Van Dijk, (eds.). *Digital Democracy. Issues of Theory and Practice*. London: Sage. <http://dx.doi.org/10.4135/9781446218891.n3>.
- Farrell, H. (2012). The Internet's Consequences for Politics. *The Annual Review of Political Science*, 15, 35-52. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1146/annurev-polisci-030810-110815>.
- Fraser, N. (1990): Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracies. *Social Text*, 25-26, 56-80. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/466240>.
- Freeden, J. y Quirke, Sh. (2013). Understanding e-Democracy. Government Initiatives for Democratic Reform. *Journal of e-Democracy (JeDEM)*, 5 (2), 141-154.

- Fung, A., Gilman, H. G. y Shkabatur, J. (2013). Six Models for the Internet and Politics. *International Studies Review*, 15, 30-47. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/misr.12028>.
- Harto de Vera, F. (2006). Tipologías y modelos de democracia electrónica. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2, 32-44. Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/harto.pdf>.
- Haskell, J. (2001). *Direct Democracy or Representative Government. Dispelling the Populist Myth*. Oxford: Westview Press.
- Hindman, M. (2009). *The Myth of Digital Democracy*. New Jersey: Princeton University Press.
- Homburg, V. (2007). The Myth of E-Government: Looking Beyond the Assumptions of a New and Better Government. *The Information Society: An International Journal*, 23 (5), 373-382. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/01972240701572913>.
- Kakabadze, A., Kakabadze, N. K. y Kouzmin, A. (2003). Reinventing Democratic Governance Project through Information Technologies? A Growing Agenda for Debate. *Public Administration Review*, 63 (1), 44-50. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/1540-6210.00263>.
- Kampen, J. K. y Snijders, K. (2003). E-Democracy. A Critical Evaluation of the Ultimate E-Dream. *Social Science Computer Review*, 12 (4), 491-496. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0894439303256095>.
- Keen, A. (2010). Why We Must Resist the Temptation of Web 2.0. En B. Szoka y A. Marcus (eds.). *The Next Digital Decade. Essays on the Future of the Internet*. Washington D.C.: TechFreedom. Disponible en: <http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/The-Next-Digital-Decade-Essays-on-the-Future-of-the-Internet.pdf>.
- Mair, P. (2005). *Democracy Beyond Parties*. Center for the Study of Democracy, University of California, Irvine. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/3vs886v9>.
- Margetts, H. (2009). Public Management Change and e-Government: The Emergence of Digital-era Governance. En A. Chadwick, y Ph. N. Howard, (eds.). *The Routledge Handbook of Internet Politics*. London: Routledge.
- Merkel, W. (2014). Is there a crisis of democracy? *Democratic Theory*, 1 (2), 11-25. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3167/dt.2014.010202>.
- Mindus, P. (2011). Updating Democracy Studies: Outline of a Research Program. En P. Mindus, A. Greppi y M. Cuomo (eds.). *Legitimacy 2.0. E-Democracy and Public Opinion in the Digital Age*. Selected Papers for the IVR World Congress Special Workshop. Disponible en: [https://www.academia.edu/1469812/LEGITIMACY\\_2.0\\_E-DEMOCRACY\\_AND\\_PUBLIC\\_OPINION\\_IN\\_THE\\_DIGITAL\\_AGE\\_edited\\_by\\_PATRICIA\\_MINDUS\\_ANDREA\\_GREPPI\\_MASSIMO\\_CUONO](https://www.academia.edu/1469812/LEGITIMACY_2.0_E-DEMOCRACY_AND_PUBLIC_OPINION_IN_THE_DIGITAL_AGE_edited_by_PATRICIA_MINDUS_ANDREA_GREPPI_MASSIMO_CUONO).
- Morozov, E. (2010). Can the Internet Liberate the World? En B. Szoka y A. Marcus (eds.). *The Next Digital Decade. Essays on the Future of the Internet*. Washington D.C.: Tech Freedom. Disponible en: <http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/The-Next-Digital-Decade-Essays-on-the-Future-of-the-Internet.pdf>.
- Moss, G. y Coleman, S. (2014). Deliberative Manoeuvres in the Digital Darkness: e-Democracy Policy in the United Kingdom. *British Journal of Politics and International Relations*, 16, 410-427.
- Neuman, W. R., Bimber, B. y Hindman, M. (2011). The Internet and Four Dimensions of Citizenship. En L. R. Jacobs y R. Y. Shapiro (eds.). *The Oxford Handbook of American*

- Public Opinion and The Media*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199545636.003.0002>.
- Norris, D. (2010). E-Government...Not E-Governance...Not E-Democracy. Not Now! Not Ever? Proceedings of the 4<sup>th</sup> *International Conference on Theory and Practice of Electronic Government (ECEGOV'10)* (pp. 339-346). Disponible en: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=1930391>.
- Olmeda, J. A. (2014). Gobierno electrónico, ciberpolítica y democracia. En R. Cotarelo y J. A. Olmeda (eds.). *La democracia en el siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- O'Reilly, T. (2005). What is Web 2.0? Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software. Disponible en: <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/4580/>.
- Papacharissi, Z. (2009). The Virtual Sphere 2.0: the Internet, the Public Sphere, and Beyond. En A. Chadwick y P. N. Howard (eds.). *The Routledge Handbook of Internet Politics*. New York: Routledge.
- Rosanvallon, P. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.
- Ruzza, C. (2014). The Ideology of the New Public Management, Associational Representation and the Global Financial Crisis. *Partecipazione e Conflito. The Open Journal of Sociopolitical Studies*, 7 (3), 490-508. Disponible en: <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/paco>.
- Sintomer, Y., Herzberg, C., Röcke, A. y Allegretti, G. (2012). Transnational Models of Citizen Participation: The Case for Participatory Budgeting. *Journal of Public Deliberation*, 8 (2). Disponible en: <http://www.publicdeliberation.net/jpd/vol8/iss2/art9/>.
- Szoka, B. y Marcus, A. (eds.) (2010). *The Next Digital Decade. Essays on the Future of the Internet*. Washington D.C.: TechFreedom.
- Thierer, A. (2010). Saving the Net from its Detractors. En B. Szoka y A. Marcus (eds.). *The Next Digital Decade. Essays on the Future of the Internet*. Washington D.C.: TechFreedom.
- Tsatsou, P. (2014). *Internet Studies: Past, Present, Future Directions*. Farnham: Ashgate Publishers.
- Van der Meer, Toni G. L. A. et al. (2014). E-democracy: Exploring the Current Stage of e-Government. *Journal of Information Policy*, 4, 489-506.
- Vedel, T. (2006). The Idea of Electronic Democracy: Origins, Visions and Questions. *Parliamentary Affairs*, 59 (2), 226-235. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/pa/gsl005>.
- Warren, M. (2001). *Democracy and Association*. New Jersey: Princeton University Press.



# LA TUTELA DE LA *PRIVACY* DIGITAL: EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LAS JURISDICCIONES NACIONALES

The guardianship of digital privacy: the dialogue  
between the Court of Justice of the European Union  
and national jurisdictions

ORESTE POLLICINO

Universidad Bocconi

## *Cómo citar/Citation*

Pollicino, O. (2016). La tutela de la *privacy* digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 195-244.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.06>

## **Resumen**

Este artículo, tras una breve referencia a los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la forma en la que ambos preceptos han sido interpretados en la primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, se centrará en la argumentación realizada por el Tribunal en los casos a examen. El artículo destacará, en especial, el papel jugado por las disposiciones de la Carta en la argumentación de los magistrados y su impacto en las decisiones finales adoptadas por el Tribunal. Las conclusiones analizarán las consecuencias que parecen derivarse de la ponderación hecha por el Tribunal de Justicia cuando se centra en el ámbito digital en lugar del analógico, que se traducen en una reducción del nivel de protección de ciertos derechos fundamentales.

## **Palabras clave**

*Privacy* digital; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; razonamiento jurídico; diálogo judicial.



**Abstract**

This article, after a brief reference to Articles 7 and 8 of the Charter of fundamental rights of the European Union and to the manner in which such provisions were interpreted in the first stage of the case law of the Court of Luxembourg, focuses on the reasoning of the Court in the decisions under examination. The article highlights, in particular, the role played by the provisions of the Charter in the reasoning of the judges and its impact on the final decisions taken by the Court. The concluding remarks then analyze the consequences which seem to derive from the assessment made by the Court of Justice, when it focuses on the digital domain instead of the analog, which translate into a reduction in the level of protection of certain fundamental rights.

**Keywords**

Digital privacy; Charter of Fundamental Rights of the European Union; legal reasoning; judicial dialogue.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PARÁMETROS IMPORTANTES. III. *DATA RETENTION* Y TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES. IV. DERECHO AL OLVIDO Y MUTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE. V. *SCHREMS* Y LA TRANSICIÓN DEL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN AL DE PROTECCIÓN EQUIVALENTE. 1. Los indicios de una (nueva) mutación. 2. De la adecuación a la equivalencia sustancial. *Da mihi data, cetera tolle*. *BIBLIOGRAFÍA*.

---

### I. INTRODUCCIÓN

«As legislative inertia and European democratic failings are good reasons for judicial activism, by contrast, when democracy advances and politics assert its claims, judges are bound to take a step back» (Pollicino, 2004: 283). Hace diez años escribí esto en relación a un ámbito temático (aparentemente) lejano al de la tutela de los derechos fundamentales en la era digital. Pero a pesar del tiempo y de la distancia conceptual, esa observación ya apuntaba, entre otras, las carencias de la construcción que realiza el Tribunal de Justicia cuando trata de elaborar, como se observa acertadamente, «a constitutional doctrine by a common law method» (Posner, 1996). En todas las ocasiones en las que los Estados miembros se muestran recelosos a avanzar hacia el enriquecimiento del *acquis* comunitario por la vía legislativa, aparece el Tribunal y se viste, con cierta alegría, todo hay que decirlo, con las ropas del *judge made law* para acelerar el proceso mediante su jurisprudencia. Algo así es lo que ha sucedido en relación a las últimas evoluciones que han experimentado los mecanismos de protección de los datos personales que plantea el ordenamiento comunitario.

Desde hace años, a nivel intergubernamental, se decidió que era necesario dar un paso adelante en cuanto al nivel de protección de la *privacy* europea, así como que resultaba indispensable adoptar un instrumento de alcance general directamente vinculante y obligatorio en todos sus términos que condujese a una mayor uniformidad de las regulaciones de los Estados miembros y adecuase los mecanismos de protección de los datos personales al contexto digital que, obviamente, no era el ámbito de referencia cuando se adoptó la Directiva 46/95. Sin embargo, el destino del Reglamento general sobre protección de datos personales, cuyo trámite de aprobación, como es lógico, se aceleró tras la intervención del Tribunal de Justicia en las dos decisiones que

aquí se comentan, aparecía vinculado a la superación de una serie de vetos cruzados de difícil resolución.

Ante esta situación de estancamiento, los magistrados comunitarios respondieron de forma decisiva con dos decisiones entre abril y mayo de 2014, en las que parece entreverse la clara voluntad, por su parte, de abordar más en serio (¿quizá demasiado?) la protección de un nuevo *digital right to privacy*. En otras palabras, se trata de un intento del Tribunal de Justicia de adecuar a las características técnicas del «mundo del bit», manteniendo la legislación, ese *Right to Privacy* sobre el que Warren y Brandeis teorizaron por primera vez en 1890 en la *Harvard Law Review*, pensando, obviamente, en un «mundo de átomos». Un derecho a la *privacy* digital que los magistrados de Luxemburgo fundamentan en su núcleo, aunque no se diga explícitamente, en dos pilares constituidos por los derechos al respeto de la vida privada y al tratamiento de los propios datos personales, recogidos, respectivamente, en los arts. 7<sup>1</sup> y 8<sup>2</sup> de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>3</sup>.

En el primer fallo, los magistrados de Luxemburgo anularon, por contradecir algunas de las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva de 2006<sup>4</sup> sobre conservación de datos (también llamada *data retention*)<sup>5</sup>, mientras que en el segundo responsabilizaron a los motores de búsqueda de la obligación de eliminar, con ciertas condiciones y bajo petición expresa del recurrente, aquellos *links* a páginas de Internet que

<sup>1</sup> Según el art. 7: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

<sup>2</sup> Según el art. 8: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente».

<sup>3</sup> TJUE de abril de 2014, demandas C-293/12 y C-594/12, Digital Right Ireland y Seitlinger y al.; 13 de mayo de 2014, C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González.

<sup>4</sup> Directiva 2006/24/CE del Parlamento y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

<sup>5</sup> Para conocer la controversia, véanse F. Boehm y M. D. Cole (2014), A. Vedaschi y V. Lubello (2015), F. Fabbrini (2015), J. Rauhofer y D. M. Sithigh (2014), I. Pelin-Raducum (2014).

contengan datos que pudieran vulnerar el llamado derecho al olvido de aquellos sujetos cuya información personal, de carácter particularmente sensible, permanezca en la red por un periodo de tiempo significativo<sup>6</sup>.

En el caso de ambas decisiones, el terreno de juego viene definido por los procesos de desterritorialización, desestatalización y desmaterialización que conforman, quizá, el resultado más inmediato y, paradójicamente, más «tangible» de la revolución digital (Pascuzzi, 2002). Y, en ambos fallos, la perspectiva principal a través de la cual el Tribunal de Luxemburgo explora ese terreno es la relativa al impacto del factor tecnológico sobre el nivel de protección de los derechos fundamentales implicados, respecto de los que se debate el cuándo y el cómo de las posibles limitaciones que estos pueden sufrir a causa de las nuevas modalidades de vigilancia e indexación derivadas del desarrollo de la tecnología digital (Costanzo, 2012). Esta referencia a los procedimientos de vigilancia e indexación hace aparecer de pronto un tercer elemento de «comunidad» entre las dos decisiones que aconseja comentarlas de manera unitaria.

Para ello, tras una breve referencia al contenido de los arts. 7 y 8 de la Carta y a la interpretación que al respecto realizó el Tribunal de Luxemburgo en una primera fase, anterior a los dos fallos objeto de análisis, el trabajo se concentrará en el *reasoning* de estos últimos, poniendo de manifiesto especialmente el papel jugado por ciertas disposiciones de la Carta que apenas se citan en la argumentación o en el contenido final de las decisiones. Las reflexiones finales se orientarán, por su parte, a las consecuencias que parecen derivarse de la distinta ponderación que realiza el Tribunal de Justicia cuando el campo de juego cambia del contexto analógico al digital, y que se concretan en la reducción del nivel de protección de algunos de los derechos en juego.

## II. LOS PARÁMETROS IMPORTANTES

Si se quisiera identificar cuál de las disposiciones previstas en los arts. 7 y 8 está dotada de un contenido más innovador, no cabe duda de que se

<sup>6</sup> Para algunas observaciones críticas sobre las resoluciones que se examinan, véase T. E. Frosini (2014) y F. Pizzetti (2014). También los comentarios dirigidos por O. Pollicino y M. Bassini (2014), C. Blengino (2014), G. Corrias Lucente (2014), M. Bassini (2012 y 2014) y, por último, M. Castellaneta (2014). Sobre algunas cuestiones relacionadas, aunque no traten estrictamente sobre el denominado derecho al olvido, puede ser útil remitirse a lo expuesto en relación con el caso *Google vs. Vivi Down* en E. Apa y O. Pollicino (2013); además, en relación a la primera sentencia, O. Pollicino y G. Camera (2010). Sobre este último aspecto, también A. Manna (2010).

trata de la previsión de un derecho a la protección de los datos personales sancionada por el art. 8<sup>7</sup>. En la práctica, y a pesar del intento de la interpretación anexa a la Carta<sup>8</sup> de restringir su contenido a una mera reproducción del *acquis* existente<sup>9</sup>, el art. 8 resulta significativamente novedoso. Porque no solo consigue «constitucionalizar» el derecho a la protección de los datos personales, sino que además, especialmente, lo desvincula definitivamente de esa dimensión económica, propia de la consolidación del mercado interior, que caracterizaba, al menos *ab origine*, el contenido normativo de la Directiva 95/46<sup>10</sup>. Ciertamente, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

<sup>7</sup> Lo que por otro lado se confirma en las Explicaciones al art. 7, donde se lee que «los derechos garantizados en el artículo 7 corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH. A fin de tener en cuenta la evolución técnica, se ha sustituido la palabra “correspondencia” por “comunicaciones”. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH. Como consecuencia de ello, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del referido artículo 8».

<sup>8</sup> Ver las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, 2007/C 303/02, en DOUE, C 303/17 del 14/12/2007.

<sup>9</sup> Según las Explicaciones: «Este artículo se ha basado en el artículo 286 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281 de 23.11.1995, p. 31), así como en el artículo 8 del CEDH y en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por todos los Estados miembros. El derecho a la protección de los datos personales se ejercita en las condiciones previstas en la mencionada directiva y puede ser limitado bajo las condiciones previstas en el artículo 53 de la Carta». Sin embargo, como se ha apuntado recientemente, los redactores de la Carta no lograron plantear una justificación satisfactoria para la codificación, mediante el art. 8 de la misma, de un auténtico y propio derecho fundamental a la protección de datos, lo que ha abierto la puerta a una serie de especulaciones al respecto por parte de la doctrina, no siempre del todo convincentes. Véase O. Lynskey (2014).

<sup>10</sup> Como se ha confirmado, *inter alia*, en primer lugar, por la circunstancia, determinante, de que la base jurídica de la Directiva es el art. 100 A, introducido con el Acta Única Europea y más tarde convertido en el art. 95 TCE, que es el fundamento de todos los actos de la UE que tienen por objeto la armonización de las medidas nacionales relativas a la instauración y funcionamiento del mercado interior. En segundo lugar, por lo que se lee en el tercer considerando de la Directiva: «el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, dentro del cual está

y la atribución de carácter vinculante a la Carta de Niza, esta tutela paraconstitucional del derecho a la protección de los datos personales pasó a recogerse de manera conjunta tanto en esta como en el primer inciso del art. 16 TFUE<sup>11</sup>, pero no por ello puede dejar de subrayarse, a este respecto, la labor pionera que ha desempeñado desde 2001 el art. 8 de la Carta<sup>12</sup>, por, entre otras cosas, «constitucionalizar» también la figura de la Autoridad para la protección de los datos personales como un ente único entre las autoridades independientes.

En la jurisprudencia del Tribunal anterior al terrible «uno/dos» de Luxemburgo que constituyen las decisiones sobre *data retention* y derecho al olvido, puede identificarse una doble caracterización en lo que respecta al objeto de esta investigación.

Por una parte, la jurisprudencia relevante se define por una aproximación que se podría denominar omnicompreensiva a la protección de la *privacy* que se concreta, a su vez, mediante un empleo cumulativo de los arts. 7 y 8 de la Carta, sin que se pueda apreciar con claridad la autonomía conceptual del derecho a la protección de los datos personales en relación al clásico derecho al respeto de la vida privada. Por otra parte, al plantearse la cuestión de las limitaciones legítimas a los derechos previstos en los arts. 7 y 8 y, por tanto, la posible aplicación del art. 52 de la Carta<sup>13</sup>, los magistrados comunitarios nunca han distinguido, hasta las decisiones de estos últimos meses, los dos perfiles que presenta la cuestión que ahora se invoca: por un lado, el relativo a la

---

garantizada, con arreglo al artículo 7 A del Tratado, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, hacen necesaria no solo la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro, sino también la protección de los derechos fundamentales de las personas»

- <sup>11</sup> Que dice que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan».
- <sup>12</sup> Innovación que no se limita, por otro lado, al sector de la legislación comunitaria aplicable al caso, a la vista de que el primer reconocimiento jurisprudencial de un derecho a la protección de datos es posterior al periodo de redacción de la Carta, y se encuentra en la decisión del Tribunal de Justicia en el caso *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, C-275/06, del 29 de enero de 2008.
- <sup>13</sup> Que dice que: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

aplicación del principio de proporcionalidad, y por otro, el que respecta a la vulneración del contenido esencial de los derechos en juego.

En relación a la primera de las dos tendencias que se acaban de describir, constituye un ejemplo bastante significativo la Sentencia *Shelcke* de 2010<sup>14</sup>, en la que los magistrados comunitarios afirmaron textualmente que «se debe señalar, por un lado, que el respeto del derecho a la vida privada en relación al tratamiento de datos personales, reconocido en los arts. 7 y 8 de la Carta, se refiere a cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable [...] y, por otro, que las limitaciones que pueden establecerse legítimamente al derecho a la protección de los datos personales corresponden con aquellas toleradas en el ámbito del art. 8 CEDH (par. 52)».

Bien visto, esta mención que se hace al art. 8 CEDH muestra cómo el derecho a la protección de datos ha sido considerado simplemente como un apéndice accesorio del derecho al respeto de la vida privada previsto en el art. 7 de la Carta y, en particular, ha sido interpretado como un derecho a la predeterminación informativa que no puede olvidar la *Informationelle Selbstbestimmung* de raíz alemana<sup>15</sup>.

Sin embargo, esto no parece corresponderse del todo con las intenciones de los redactores de la Carta de Niza. De hecho, mientras que, como ya se sabe, el concepto de predeterminación informativa gira alrededor de la obtención del consentimiento para el tratamiento, cuando se concibió la formulación del art. 8 se quiso separar, al menos en algunos casos, el tratamiento de los datos del consentimiento inicial del titular del derecho<sup>16</sup>. Tal y como se ha apuntado acertadamente, el art. 8 refleja un *acquis* comunitario en materia de protección de datos que «looks beyond consent only and create a system of checks and balances which ensures lawful processing also without asking the consent of the person involved» (Kranenborg, 2014: 229).

<sup>14</sup> TJUE, 9 de noviembre de 2010, casos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker and Markus Schelke*, par. 52. Otro punto que evidencia la tendencia del Tribunal a realizar una lectura indiferenciada de los arts. 7 y 8 es aquel en el que, en la sentencia citada, se lee que los artículos 7 y 8 de la Carta están estrechamente ligados hasta el punto de poder ser considerados como integrantes de un «derecho a la vida privada en relación al tratamiento de los datos personales» (par. 52).

<sup>15</sup> Como se formuló por primera vez en 1984 por el *BVerfG* en el caso *Volkszählung (Microcensus)*.

<sup>16</sup> Tal y como se desprende de la referencia que las Explicaciones hacen (también) a la Convención n. 108 de 1981 del Consejo de Europa, que no considera como algo esencial el consentimiento del titular del derecho.

### III. *DATA RETENTION* Y TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

Así, en orden cronológico, lo primero a tener en cuenta en la decisión sobre *data retention* es que los magistrados comunitarios, innovando respecto a la jurisprudencia anterior, parecen por una parte más favorables a considerar la relevancia por separado de los dos derechos previstos en los arts. 7 y 8 de la Carta<sup>17</sup>; y lo segundo es que se plantea una distinción bastante clara entre, por un lado, lo que es la vulneración del contenido esencial de estos derechos por parte del acto de derecho derivado objeto de examen<sup>18</sup>, y, por otro, aquello que tiene que ver con el examen de la proporcionalidad de las medidas recogidas en la propia Directiva para lograr los objetivos previstos de tutela del orden público y lucha contra el terrorismo. Medidas, estas últimas, consideradas por el Tribunal de Luxemburgo como excesivamente intrusivas en los límites de los derechos al respecto a la vida privada y a la protección de los datos personales.

Antes de entrar en los elementos específicos de ambas cuestiones, es importante identificar cuál es el núcleo duro de relevancia constitucional que

<sup>17</sup> Aunque todavía se tiende a una protección indiferenciada, la sentencia *Google Spain*, en el par. 53, señala textualmente que se debe recordar que la tutela de los datos personales, resultante de la obligación explícita prevista en el artículo 8, apartado 1, de la Carta, reviste una importancia especial para el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el artículo 7 de la misma.

<sup>18</sup> Clarísimos en este sentido son los párrafos 39 y 40 del fallo, en los que se lee que «En lo que atañe al contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada y de los otros derechos reconocidos en el artículo 7 de la Carta, debe señalarse que, aunque la conservación de datos que la Directiva 2006/24 impone constituye una injerencia especialmente grave en dichos derechos, no puede vulnerar dicho contenido puesto que, como se desprende de su artículo 1, apartado 2, la Directiva no permite conocer el contenido de las comunicaciones electrónicas como tal. Esta conservación de datos tampoco puede vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, reconocido en el artículo 8 de la Carta, ya que la Directiva 2006/24 establece, en su artículo 7, una regla relativa a la protección y a la seguridad de los datos según la cual, sin perjuicio de las disposiciones adoptadas con arreglo a las Directivas 95/46 y 2002/58, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de telecomunicaciones deben respetar determinados principios de protección y de seguridad de los datos. Con arreglo a dichos principios, los Estados miembros velarán por que se adopten medidas técnicas y organizativas adecuadas contra la destrucción accidental o ilícita de los datos y su pérdida o alteración accidental».



caracteriza el caso objeto de examen, que aparece magistralmente descrito en las palabras del abogado general Cruz Villalón cuando apunta que:

En la causa examinada se ha planteado en dos ocasiones ante el Tribunal<sup>19</sup> por la vía prejudicial una cuestión relativa a la validez de la Directiva 2006/24/CE, lo que le permite pronunciarse sobre las condiciones en las que es *constitucionalmente posible* para la Unión Europea regular una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales, en el sentido del art. 52, párrafo 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a través de una directiva y sus correlativos actos nacionales de recepción<sup>20</sup>.

Y los magistrados de Luxemburgo no dejaron escapar tan golosa ocasión y decidieron, por primera vez en la historia del proceso de integración europea, y tal y como se preveía, anular un acto de derecho derivado de la Unión a causa de su contradicción con el *bill of rights* europeo, esa Carta de los Derechos Fundamentales que, en el supuesto en cuestión, se utiliza (aunque no únicamente, como se expondrá en la conclusión) como parámetro de constitucionalidad por parte de un Tribunal que, sin renunciar del todo a su ADN internacionalista a pesar de que con el tiempo este ha recibido una dosis masiva de supranacionalidad, muestra una mal disimulada vocación de juez paraconstitucional y, como tal, de custodio de la legalidad, en términos constitucionales, en Europa.

Hay que tener en cuenta que no es casualidad que un capítulo histórico en la jurisprudencia de matriz constitucional desarrollada por el Tribunal de

---

<sup>19</sup> La primera cuestión prejudicial fue planteada por la *High Court* irlandesa, que se preguntaba si la regulación prevista en la Directiva era compatible con el principio de proporcionalidad del art. 52.1 de la Carta, y si podía existir un conflicto con los derechos al respeto a la vida privada, a la protección de datos personales, a la libertad de expresión y a una buena administración, previstos respectivamente en los arts. 7, 8 y 11 de la Carta. La segunda vino del Tribunal Constitucional austriaco, planteada a partir de 11.130 recursos directos de constitucionalidad de particulares (a los que se unió uno del gobierno de Carintia) en los que se reclamaba la anulación de la ley de trasposición de la Directiva para determinar si las fórmulas para la recogida de datos previstas en esta eran compatibles con los derechos al respeto a la vida privada, a la protección de datos personales y a la libertad de expresión tutelados por la Carta. Además, el propio Tribunal Constitucional austriaco ha requerido algunas aclaraciones sobre la aplicación del art. 52.1 de la Carta; en particular ha solicitado al Tribunal de Luxemburgo que verifique si el marco normativo europeo respeta el contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal y si la conservación de datos es compatible con las tradiciones constitucionales comunes y con el art. 8 de la Convención Europea.

<sup>20</sup> Conclusiones del abogado general Cruz Villalón, 12 de diciembre de 2013, C-293/12, cit.

Justicia se haya escrito en referencia a un ámbito sustancial como el regulado en la Directiva 2006/24, que ya en un caso anterior se había librado de las cuchillas del propio Tribunal porque, entonces, el *petitum* se fundamentó en un supuesto error en la base jurídica de la norma en lugar de hacerlo en la falta de tutela de los derechos fundamentales en juego<sup>21</sup>.

Si bien es cierto que el objeto de regulación de la Directiva en cuestión deriva directamente de ese *securization ethos* que surgió como reacción inmediata a los ataques del 11 de septiembre de 2011, sus raíces originarias se encuentran en la progresiva importancia que, en el ordenamiento de la Unión, ha ido adquiriendo la tutela de la seguridad europea. Esta cuestión, en un primer momento, se concibió como una exigencia funcional para la mejor realización de las cuatro libertades fundamentales, y más tarde, a partir del Tratado de Maastricht, como un *telos* autónomo de la Unión Europea. La regulación que es objeto de análisis por parte del Tribunal, impregnado de la lógica del control preventivo y con la duda como regla general<sup>22</sup>, deroga, como recuerda el abogado general en sus Conclusiones<sup>23</sup>, las reglas sobre tutela del derecho al respeto de la vida privada, instituidas por las Directivas 95/46 y 2002/58, en relación al tratamiento de los datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Mientras que, de hecho, estas Directivas reconocieron la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos relativos al tráfico, además de la obligación de borrarlos o mantenerlos en secreto cuando ya no sean necesarios para transmitir una comunicación excepto para fines de facturación y en la medida en que sea imprescindible, la Directiva del 2006 dispone<sup>24</sup>, alterando el principio general que se acaba de exponer, que los Es-

<sup>21</sup> Véase TJUE, C-301/06, *Irlanda c. Parlamento y Consejo*, 10 de febrero de 2009. En esta decisión el Tribunal debía resolver un recurso directo de anulación de la Directiva 2006/24 en el que solo se alegaba la existencia de un error en el fundamento normativo. En consecuencia, el Tribunal dijo expresamente, en el par. 57, que «el recurso interpuesto por Irlanda se refiere únicamente a la elección de la base jurídica y no a una posible violación de los derechos fundamentales resultante de las injerencias que implica la Directiva 2006/24 en el derecho al respeto de la vida privada».

<sup>22</sup> El propio Tribunal de Justicia se reafirma sobre este aspecto en el par. 37 del *reasoning* subrayando cómo «la circunstancia de que la conservación de los datos y su posterior utilización se efectúen sin que el abonado o el usuario registrado hayan sido informados de ello puede generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante, como afirmó el abogado general en los puntos 52 y 72 de sus conclusiones».

<sup>23</sup> Véase los párrafos 39 y 40 de las Conclusiones del abogado general, C-293/12, cit.

<sup>24</sup> La naturaleza ambivalente de la Directiva, que por una parte armoniza y por la otra regula, no pasó desapercibida para el abogado general, que en el punto 46 señaló cómo

tados miembros deberán regular, «for the purposes of the investigation, detection and prosecution of serious crime»<sup>25</sup>, la obligación de conservar estos datos por un periodo no inferior a seis meses y no superior a dos años.

Esta circunstancia no ha pasado desapercibida para los Tribunales constitucionales y supremos<sup>26</sup> de los Estados miembros, que deben valorar la conformidad de las normas nacionales de trasposición y que, desde 2008, han venido mostrando su preocupación respecto de la insuficiente tutela de los derechos a la *privacy* y a la protección de datos que se deriva de la regulación mencionada, identificando como responsables directos de esta situación a las normas nacionales de trasposición pero también, indirectamente y por otro lado de forma obvia, a la Directiva europea sobre *data retention*. A este respecto, merecen una mención especial los casos que hay pendientes en los tribunales eslovaco y esloveno. El primero, tras el fallo del Tribunal de Justicia, prefirió —en relación a una controversia sobre la validez de la ley de trasposición— suspender la eficacia de las normas mediante las que esta Directiva se incorporó al ordenamiento nacional. De este modo adelantó los efectos de aquella decisión.

El caso de Eslovenia es diferente, ya que su Tribunal constitucional suspendió el procedimiento que estaba sustanciando en espera del fallo del Tribunal de Justicia para después retomarlo y, a partir de las pautas interpretativas procedentes de Luxemburgo, declarar nula la norma de trasposición<sup>27</sup>.

---

«la Directiva 2006/24 se caracteriza por su dualidad funcional. Por una parte, es una directiva completamente clásica que trata de armonizar legislaciones nacionales dispares o que puedan llegar a serlo, adoptada en aras del funcionamiento del mercado interior y concebida especialmente para ese fin, como el Tribunal de Justicia declaró en su Sentencia *Irlanda/Parlamento y Consejo*, antes citada. Sin embargo, también es, por otra parte, una directiva que, incluso en su función armonizadora, pretende establecer, en su caso, obligaciones, principalmente de conservación de datos, que, como demostraré a continuación, constituyen injerencias caracterizadas en el disfrute de los derechos fundamentales que la Carta garantiza a los ciudadanos europeos, especialmente el derecho al respeto de la intimidad y el derecho a la protección de los datos personales».

<sup>25</sup> Art. 1, Dir. 2006/24/CE.

<sup>26</sup> Tribunal Supremo Administrativo búlgaro, 11 de diciembre de 2008, n. 13627, accesible en [www.capital.bg](http://www.capital.bg); Tribunal Supremo chipriota, 1 de febrero de 2010, rec. n. 65/2009, 78/2009, 82/2009 y 15/2010-22/2010, disponible en [www.supremecourt.gov.cy](http://www.supremecourt.gov.cy); Tribunal Constitucional rumano, n. 1258, 8 de octubre de 2009, disponible en [www.legi-internet.ro](http://www.legi-internet.ro); Tribunal Constitucional alemán, 2 de marzo de 2010, 1 BvR 256/08, disponible en [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), comentada por A. di Martino (2010); Tribunal Constitucional checo, 22 de marzo de 2011, PI US 24/2010, disponible en [www.usoud.cz](http://www.usoud.cz).

<sup>27</sup> Véase la sentencia de 3 de julio de 2014, I-65/13-19. Para una breve síntesis véase S. Bardutzky (2014).

Como se ha expuesto hace un momento, el primero de los dos aspectos que, en este momento, merece ser objeto de especial atención es la autonomía que, de manera innovadora, se ha atribuido en el caso que se analiza a los arts. 7 y 8 de la Carta, que hasta ese momento eran considerados «simplemente» elementos de un binomio inescindible.

El abogado general Cruz Villalón distingue claramente en sus conclusiones ambos elementos, poniendo de relieve que «el artículo 8 de la Carta consagra el derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho distinto del derecho al respeto de la vida privada. Si bien la protección de datos pretende garantizar el respeto de la vida privada, está sujeta a un régimen autónomo»<sup>28</sup>. El razonamiento del abogado se dirige en su totalidad a evidenciar cómo pueden existir casos, como el que se estudia, en los que una norma que restringe legítimamente el derecho a la protección de los datos de carácter personal conforme a los términos del art. 8 de la Carta puede, sin embargo, ser considerada como causante de una lesión desproporcionada del art. 7 de la misma. Y para alcanzar su objetivo, el abogado general necesitó recurrir a una diferenciación, nunca antes hecha y no desprovista de cierta dosis de artificialidad, entre «datos personales» *tout court* y datos «más que personales»<sup>29</sup>. Los primeros tendrían como función exclusiva la de individualizar a la persona y, dotados de cierta permanencia y a menudo también de cierto carácter neutro, serían datos «personales sin más y cabría decir, con carácter general, que son aquellos con respecto a los que la estructura y las garantías del artículo 8 de la Carta están mejor adaptadas»<sup>30</sup>. Los segundos, por su parte, se referirían «bajo una perspectiva cualitativa» a la reserva de la vida privada, comprendiendo la esfera íntima. En esos casos los problemas que plantean los datos personales comienzan, por así decirlo, ya «en una fase anterior»<sup>31</sup> y la cuestión que se plantea entonces no sería la de «las garantías relativas al tratamiento de los datos, sino, en una fase anterior, el de los datos como tales, es decir, el hecho de que las circunstancias de la vida privada de una persona hayan podido materializarse en forma de datos, que, en consecuencia, pueden ser objeto de tratamientos informáticos»<sup>32</sup>.

La segunda distinción que se desprende claramente del análisis del caso que se está examinando también innovadora en relación al *acquis* jurisprudencial precedente y contenida en esta ocasión en el *reasoning* de los magistrados

<sup>28</sup> Conclusiones del abogado general, C-293/12, par. 55.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 65.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 64.

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 65.

<sup>32</sup> *Ibid.*

comunitarios, es, como ya se ha mencionado, la que se basa en el párrafo 1 del art. 52 de la Carta<sup>33</sup>, diferenciando entre el examen que se hace de la posible violación por parte de la Directiva del contenido esencial de los arts. 7 y 8 y el relativo a la proporcionalidad de las medidas previstas para alcanzar los objetivos de tutela del orden público y lucha contra el terrorismo, que el Tribunal considera legítimos.

Hasta esta sentencia, la jurisprudencia comunitaria tendía a considerar como una especie de «bloque único» al párrafo 1 del art. 52 de la Carta, sin detenerse a analizar la posibilidad de que una limitación de los derechos fundamentales en juego que no afectase a su contenido esencial pudiera no resultar proporcionada en relación a los objetivos prefijados por la regulación sustantiva objeto de examen.

En el *reasoning* del fallo objeto de estudio, por el contrario, los magistrados de Luxemburgo, tras afirmar que «la injerencia que supone la Directiva 2006/24 en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta resulta de gran magnitud», afrontan de modo separado el examen de las dos cuestiones que se derivan del art. 52.1. En relación a la primera, el Tribunal descarta que exista una violación del núcleo esencial tutelado tanto por el derecho a la vida privada como por el relativo a la protección de datos. En el primer caso porque la Directiva, a tenor de su art. 5.c).2, no permite recabar el contenido de las comunicaciones electrónicas, con lo que queda protegido, según el razonamiento de los magistrados, el objeto de las mismas, que obviamente constituye el elemento más sensible cuando se habla de la *privacy* de los usuarios. En el segundo caso, según el Tribunal, el hecho de que la Directiva prevea algunos principios en materia de protección y seguridad de los datos proporcionaría la base necesaria para que cada Estado miembro adopte «medidas técnicas y organizativas adecuadas contra la destrucción accidental o ilícita de los datos y su pérdida o alteración accidental»<sup>34</sup>. Tras validar de hecho la admisibilidad de los mecanismos de *data retention* y su consiguiente puesta a disposición de las autoridades nacionales, el Tribunal afirma que este tipo de sistemas responden a objetivos de interés general de la Unión Europea, como la lucha contra el terrorismo, dirigida a mantener la paz y la

---

<sup>33</sup> Según esta previsión, por una parte: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades», y por otra: «Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

<sup>34</sup> TJUE, C-293/12, par. 35.

seguridad internacionales, o, en términos más abstractos, contra las formas más graves de delincuencia, contribuyendo a la seguridad pública.

Pero es en relación a la valoración de la proporcionalidad de la posibilidad de recoger y conservar los datos, tal y como se prevé en la Directiva, donde el Tribunal de Justicia llega a una conclusión negativa<sup>35</sup>. Después de haber constatado la existencia de una injerencia de gran magnitud en los derechos tutelados por los arts. 7 y 8 de la Carta, el Tribunal se plantea si existe la debida adecuación entre la misma y los objetivos perseguidos por la Directiva. De este modo, el *reasoning* de los magistrados se orienta a valorar si existen las suficientes garantías que permitan justificar las limitaciones que se propone realizar sobre los derechos fundamentales tutelados y asegurados por la Carta, circunstancia que motiva las críticas del Tribunal sobre algunos de los puntos de la Directiva.

El Tribunal basa sus argumentaciones subsiguientes en la premisa de que la injerencia en la vida privada de los individuos afecta a la «totalidad de la población europea» (par. 56), sin limitación alguna. Desde esta óptica, el Tribunal reconoce que la injerencia en los datos se plantea también respecto de personas sobre las que no existe sospecha alguna de haber cometido un delito, apareciendo como algo totalmente desconectado de la comisión —directa o indirecta— de delitos graves. En resumen, la recogida de datos no se limita a un determinado grupo de personas, ni a un área geográfica concreta, ni se circunscribe a periodos de tiempo determinados.

También resulta vago e incompleto, y desde luego no respetuoso con el principio de proporcionalidad, el recurso al concepto de «delitos graves». Según los magistrados, el hecho de que la Directiva permita a cada Estado miembro realizar su propia definición de lo que es un delito grave hace que no se pueda determinar ni concretar fácilmente qué debe entenderse por tal.

El Tribunal subraya a continuación la ausencia de garantías específicas, tanto sustanciales como procedimentales, adecuadas para asegurar un acceso «controlado» por parte de las autoridades de los Estados miembros. El número de personas —pertenecientes a las autoridades de cada Estado miembro— que puede acceder a los datos almacenados resulta de hecho indeterminado (Cocq y Galli, 2013). Y tampoco el acceso mismo a los datos aparece condicionado por la existencia de un control previo por parte de un juez o de una autoridad administrativa independiente.

Y en lo que respecta a la duración del periodo durante el que se pueden conservar los datos, las objeciones se basan en el hecho de que no se realiza

<sup>35</sup> La doctrina ya había planteado sus críticas a la Directiva. Véase F. Bignami (2006) y E. Kosta (2013).

distinción alguna por razón de las distintas categorías de los mismos, considerando, además, que en cualquier caso la conservación de los datos debería limitarse al tiempo estrictamente necesario.

Estas son, pues, las razones en las que el Tribunal se basa para entender que la Directiva 2006/24 no recoge normas claras y precisas que resulten adecuadas para regular las posibles injerencias que se plantean sobre los derechos fundamentales consagrados en los arts. 7 y 8 de la Carta. Dado el gran alcance de estas, la Directiva no responde a las exigencias del principio de necesidad, criterio auxiliar y complementario del más general principio de proporcionalidad (par. 65)<sup>36</sup>.

#### IV. DERECHO AL OLVIDO Y MUTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

El camino iniciado por la sentencia comentada, que anula la Directiva sobre *data retention* e identifica un *digital (Internet based) right to data protection*, alcanza su apoteosis en el *reasoning* de los magistrados con motivo de la decisión del caso *Google Spain*, dictada unas semanas después, sobre derecho al olvido. En esta, los magistrados comunitarios, como se verá en el próximo párrafo, enfatizan aún más el carácter absoluto de la protección de la *privacy* en la era digital a través de una interpretación extensiva, cabría decir incluso manipulativa, y axiológicamente orientada, de las disposiciones de los arts. 7 y 8 de la Carta de Niza y de la Directiva 95/46 (que entró en vigor en el momento en el que se desarrollaba la transición de lo analógico a lo digital, por lo que seguramente no se redactó pensando en Internet como un ámbito tecnológico especial).

La cuestión específica sobre la que se solicita el pronunciamiento del Tribunal por la vía prejudicial, a través de un reenvío planteado en 2012 por la Audiencia Nacional, es la aplicación de la regulación contenida en la Directiva 95/46/CE, norma de referencia aún vigente en materia de datos personales a nivel de la Unión Europea, a los *Internet Service Provider* que gestionan un motor de búsqueda, en concreto Google. En el caso del que trae causa la cuestión prejudicial, la Agencia Española de Protección de Datos, autoridad nacional para la protección de los datos de carácter personal, ordenó a Google eliminar de entre los resultados generados a través de su motor de búsqueda los relativos a algunas noticias sobre un embargo sufrido por el Sr. Costeja González, recurrente ante la Agencia; considerando que los datos carecían ya de relevancia en ese momento, Google se opuso alegando que la normativa

<sup>36</sup> TJUE, C-293/12, par. 65.

europea sobre datos personales (y, por consiguiente, la española) no le era aplicable, además de señalar que una intervención como la pretendida por la Agencia podría suponer una restricción ilegítima de la libertad de expresión de los gestores de páginas web. Por el contrario, bajo el punto de vista del motor de búsqueda, únicamente interviniendo los sitios web indexados se podría satisfacer la pretensión de vuelta al anonimato que plantean los interesados. Ante esto, la Audiencia Nacional, competente para conocer el recurso contra la decisión de la AEPD, elevó una cuestión prejudicial en la que se planteaban tres preguntas complejas dirigidas a verificar, en esencia, si la Directiva 95/46 es aplicable a un proveedor como Google y si es posible garantizar el *enforcement* del derecho al olvido por parte de los sujetos a los que se refieren los datos personales.

La pléyade particularmente compleja y difícil de derechos fundamentales que presenta el caso de autos impide que deba justificarse el refuerzo de la situación jurídica de los interesados con arreglo a la Directiva, e imbuirla del derecho al olvido. Ello entrañaría sacrificar derechos básicos, como la libertad de expresión e información. También desaconsejaría al Tribunal de Justicia que declarara que estos intereses en conflicto pueden equilibrarse de modo satisfactorio en cada situación concreta sobre una base casuística, dejando la decisión en manos del proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet<sup>37</sup>.

Esto es lo que el abogado general Jääskinen, en sus conclusiones, propuso al Tribunal de Luxemburgo en relación a la ponderación entre los derechos que, en la esencia del caso, se integraban formando la bella imagen de una «pléyade particularmente compleja».

Es complicado encontrar algún precedente en el que el Tribunal no solo se haya opuesto en su resolución a la tesis defendida por el abogado general, sino que además haya empleado una línea argumental radicalmente distinta a la propuesta por este último. Basta con reformular *a contrario* el párrafo del abogado general que se acaba de reproducir para identificar, teniendo en cuenta la simplificación y pérdida de precisión que obviamente implica esto, los dos (iguales y opuestos) puntos cardinales que aparecen en la operación de (no) ponderación que realiza el Tribunal de Justicia en este caso. De hecho, en relación al primer elemento que parece caracterizarse en dicho pasaje, los magistrados de Luxemburgo, exactamente (y literalmente) al contrario de lo que se lee en las reflexiones del abogado general, refuerzan decididamente la posición jurídica de la persona interesada (en el sentido de la Directiva 95/46),

<sup>37</sup> Conclusiones del abogado general Jääskinen, 25 de junio de 2013, C-131/12.



reconociéndole, en esencia y quizá sin la mejor técnica, ese derecho al olvido<sup>38</sup> que, según el abogado general, no era posible identificar a la luz del *acquis comunitario* vigente. Y lo hacen sacrificando, como se verá más adelante, esas libertades de información y de expresión que el propio abogado general define, siempre en el mismo párrafo, como «derechos básicos».

En lo que respecta al segundo elemento que se identifica en las reflexiones de Jääskinen, y teniendo en cuenta los añadidos y precisiones que se harán a continuación, no parece descabellado afirmar que, nuevamente de un modo literalmente contrario a lo que propone aquel, los magistrados concluyen, sustancialmente, que la ponderación entre los derechos implicados antes mencionados (por una parte el derecho al olvido, y por la otra las libertades de expresión e información) puede ser realizada satisfactoriamente para cada situación a partir de una valoración caso por caso, lo cual puede acarrear consecuencias nada despreciables; de hecho, se deja la decisión final en manos de los proveedores de servicios de motores de búsqueda de Internet, contrariamente a lo que aconsejaba vivamente el abogado general.

Quizá el par. 69 del fallo sea el que mejor ilustra de todos la intención de los magistrados comunitarios de leer las disposiciones aplicables de la Directiva bajo la luz de las previsiones de la Carta que se dirigen a tutelar la llamada *privacy* digital.

En concreto, los magistrados comunitarios apuntan que:

[...] el artículo 7 de la Carta garantiza el respeto de la vida privada, mientras que el artículo 8 de la Carta proclama expresamente el derecho a la protección de los datos personales. Los apartados 2 y 3 de este último precisan que estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, que toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernen y a obtener su rectificación y que el respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente. Aplican estos requisitos, en particular, los artículos 6, 7, 12, 14 y 28 de la Directiva 95/46.

No es difícil ver cómo todo esto está totalmente orientado a realizar una especie de ajuste temporal: en el *reasoning* del Tribunal están los arts. 7 y 8, concebidos al principio de este milenio y destinados a ser desarrollados por disposiciones de derecho derivado bastante más recientes.

<sup>38</sup> Para algunas observaciones críticas, véanse T. E. Frosini (2014) y Pizzetti (2014). También los comentarios de C. Blengino (2014), G. Corrias Lucente (2014) y M. Bassini (2014).

Partiendo de estas premisas, las reflexiones que siguen intentarán mostrar las distorsiones, las anomalías o, simplemente, las reformulaciones argumentativas que parecen derivar de la opción, asumida por los magistrados comunitarios, de emplear los arts. 7 y 8 de la Carta de Niza como parámetros casi exclusivos para solucionar el caso.

La primera anomalía argumentativa es, quizá, la más evidente. A diferencia de lo hecho por el abogado general, que planteó una relación numéricamente casi equivalente entre, por una parte, los artículos que se acaban de citar y, por otra, las disposiciones de la Carta sobre libertad de expresión (y acceso a la información) —art. 11— y sobre libertad de iniciativa económica —art. 16—, en el desarrollo argumental del Tribunal no aparece ninguno de estos dos preceptos. No hay referencias ni al art. 11 ni al art. 16, lo cual deja un espacio libre para ser ocupado por las numerosísimas citas de los arts. 7 y 8 de la Carta que se realizan.

La ponderación entre los derechos en juego se plantea ya de inicio de una forma totalmente descompensada hacia la tutela de la *privacy* digital. Esto queda confirmado con la afirmación que el Tribunal repite en más ocasiones<sup>39</sup>, en la que, tras haber razonablemente apuntado que la supresión de *links* de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, en situaciones como las del litigio en curso se debe buscar «un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta», concluyendo el razonamiento con una presunción de prevalencia muy poco comprensible. En concreto, se afirma que «ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública».

En otras palabras, la regla general es el sacrificio del derecho (reducido a mero interés) al acceso a la información en favor de los derechos que se refieren a la protección de la esfera privada y de los datos personales de los usuarios, siendo algo excepcional la posible prevalencia, en casos concretos y bajo ciertas condiciones, del primero sobre los segundos.

Esta forma de articular la regla general y la excepción no solo no figura en absoluto en la ponderación entre los derechos en conflicto que propuso el abogado general Jääskinen, sino que hace tiempo que fue explícitamente des-

<sup>39</sup> TJUE, C-131/12, pars. 81 y 97.

cartada por el abogado general Kokott<sup>40</sup> en el caso *Satamedia*<sup>41</sup>; además, está en las antípodas de lo que establece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para casos similares. Comenzando por la reciente Sentencia *Smolczewski*<sup>42</sup>, en la que, como se ha apuntado (Vigevani, 2014), el Tribunal de Estrasburgo, reiterando una doctrina que viene desde sus primeras sentencias importantes en materia de libertad de expresión, concluye claramente que la prevalencia de esta última es la regla general, siendo las restricciones a este derecho excepciones que deben ser interpretadas de manera restrictiva. Y esto también es aplicable a los casos en los que el conflicto se produce entre el acceso a la información disponible en la web y el interés del sujeto recurrente en que determinados datos que afectan a su reputación no sean accesibles en Internet<sup>43</sup>.

Si bien el énfasis que se da al papel que cumplen los arts.7 y 8 de la Carta tiene una importancia determinante en lo que se refiere a la orientación axiológica de la ponderación entre los derechos en conflicto llevada a cabo por el Tribunal, no menos relevante es su influencia en la aplicación que este hace de las disposiciones de la Directiva 95/46 al caso enjuiciado. Se podrían identificar cuatro cuestiones en las que la interpretación que los magistrados comunitarios hacen de la Directiva a la luz de los arts. 7 y 8 de la Carta, mencionados hasta la saciedad, provoca un efecto, por así decirlo, alterador. En primer lugar, la importancia que, en el caso específico, tiene la legislación de la Unión Europea; en segundo, la identificación del motor de búsqueda como un *controller* encargado del tratamiento de los datos y, por tanto, responsable del mismo; en tercer término, la aplicación al caso enjuiciado del art. 12.b) de

---

<sup>40</sup> Conclusiones del abogado general Kokott, 8 de mayo de 2008, C-73/07, par. 43, donde se lee que: «Una aplicación estricta de la protección de datos podría limitar considerablemente la libertad de expresión. De este modo, el periodismo de investigación sería prácticamente imposible si los medios de comunicación únicamente pudieran tratar y publicar informaciones personales con el consentimiento de los interesados o tras haberles informado. Por otra parte, es evidente que los medios de comunicación pueden violar la intimidad de particulares. Por consiguiente, debe encontrarse un equilibrio».

<sup>41</sup> TJUE, 16 de diciembre de 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy*.

<sup>42</sup> TEDH, 16 de julio de 2013, rec. n. 33846/07, *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia*.

<sup>43</sup> No obstante, en las reflexiones conclusivas se expondrá la línea jurisprudencial que recientemente parece unir las interpretaciones de los dos Tribunales europeos para llegar, a través de argumentaciones diferentes, a un resultado análogo que se materializa en la remodulación del ámbito de protección reconocido a la libertad de expresión al ejercitarse en la web en relación a la tutela que esta proyecta sobre el mundo de los átomos.

la Directiva, en lo que se refiere a las formas y los supuestos, *inter alia*, del derecho a obtener el borrado, la rectificación y el bloqueo de los datos personales; y, por último, la aplicación del art. 9 de la misma como regla especial en caso de tratamiento de datos relativos a la actividad periodística.

En primer lugar, respecto a la primera cuestión, es cierto que el abogado general llegó a la misma conclusión que los magistrados comunitarios: la aplicabilidad de la normativa europea a un motor de búsqueda que haya abierto en un Estado miembro una oficina para la promoción y venta de espacios publicitarios mediante la que dirija su actividad a los ciudadanos de dicho Estado. Sin embargo, los magistrados de Luxemburgo van en su justificación más allá de los fundamentos planteados en el *reasoning* del abogado general, haciendo una interpretación extensiva de la locución «en el contexto de la actividad»<sup>44</sup> que aparece en el art. 4.a); la aplicación de la legislación europea a *Google Spain* (que «técnicamente no trata datos» según admite el Tribunal) es necesaria en la medida en que «visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, esta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva»<sup>45</sup>.

Nuevamente el derecho a la vida privada se convierte en el prisma único de modulación de la protección, sin que se haga referencia alguna a la necesidad de proteger los posibles intereses que chocan con él. En el intento de justificar su afirmación, el Tribunal, entre otras cosas, cita «por analogía» los parágrafos 62 y 63 de su sentencia en el caso *L'Oréal*<sup>46</sup>. Y ello a pesar de que, en realidad, se trata de unos apartados que tienen una influencia muy limitada sobre el caso enjuiciado. De hecho, hacen referencia a otras normas de derecho derivado cuyo objeto principal es la protección del derecho de propiedad industrial y la fijación de sus límites, nada que ver con la tutela de los datos personales; el único punto en común de ambos fallos es la ubicación de los servidores fuera de la Unión Europea<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> El art. 4 de la Directiva 95/46, titulado «derecho nacional aplicable», prevé en su letra a) que los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando «el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro».

<sup>45</sup> TJUE, C-131/12, par. 53.

<sup>46</sup> TJUE, 12 de julio de 2011, C-324/09, *L'Oréal et al.*, citada en el par. 53 de la Sentencia *Google Spain*.

<sup>47</sup> *Ibid.*, par. 63, donde se lee que «tal como observaron el abogado general en el punto 127 de sus conclusiones y la Comisión en sus observaciones escritas, la efectividad de tales

En segundo lugar, respecto de la consideración del motor de búsqueda como un *controller* del tratamiento, lo relevante es la premisa de partida del razonamiento del Tribunal, basada en la identificación de los arts. 7 y 8 como parámetros (casi) exclusivos. Esto parece manifestarse claramente cuando los magistrados comunitarios, al interpretar el ámbito de aplicación del art. 2.d) de la Directiva, que define la figura del *controller*, añaden que:

[...] por otro lado, es necesario declarar que sería contrario, no sólo al claro tenor de esta disposición sino también a su objetivo, consistente en garantizar, mediante una definición amplia del concepto de «responsable», una protección eficaz y completa de los interesados, excluir de esta disposición al gestor de un motor de búsqueda debido a que no ejerce control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros (par. 34).

Aquí, la interpretación que se hace de la legislación aplicable, a través de las previsiones contenidas en los arts. 7 y 8 de la Carta, en lugar de iluminar el razonamiento del Tribunal de Justicia, consigue hacerlo más oscuro y débil. De hecho, se trata, como ya he tenido ocasión de plantear en otro momento (Bassini y Pollicino, 2014), de una evidente *excusatio non petita*. El Tribunal intenta construir una definición amplia de «responsable» amparándose en una justificación, la mayor tutela de los interesados, que resulta irrelevante. Con esto se ignora que en la posición del «titular del tratamiento» concurren, de hecho, las principales obligaciones establecidas por la Directiva, y que al aplicar estas a los gestores de un motor de búsqueda se corre el riesgo de desnaturalizar profundamente el modelo de negocio de estos operadores.

Además, el Tribunal no aclara un aspecto determinante: ¿a qué finalidad obedecen las obligaciones del responsable del tratamiento? Si, como sostienen los magistrados comunitarios, constituye tratamiento tanto la publicación de datos en la propia página web como la indización y reformulación de estos en resultados de búsqueda, entonces habría que preguntarse si también los gestores de motores de búsqueda, llevando al límite (aunque no demasiado) el razonamiento, deberían obtener el consentimiento de los interesados.

Si existen aún dudas en relación al rol que cumplen los arts. 7 y 8 de la Carta en la ampliación (*mellius*: mutación) del entramado normativo que

---

normas quedaría mermada si el uso, en una oferta de venta o en una publicidad en Internet destinada a consumidores situados en la Unión, de un signo idéntico o similar a una marca registrada en la Unión se sustrajera a la aplicación de dichas normas por el mero hecho de que el tercero que realizara esa oferta o esa publicidad esté establecido en un tercer Estado, el servidor del sitio de Internet que utiliza se encuentre en ese Estado o el producto objeto de tal oferta o publicidad se halle en un tercer Estado».

constituye la legislación aplicable, hasta el punto de incluir en la noción de responsable del tratamiento también a los motores de búsqueda, algunos párrafos más adelante el Tribunal reafirma el concepto argumentando que:

[...] en la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada<sup>48</sup>.

En lo que se refiere a la tercera cuestión señalada, el Tribunal, como se ha dicho, tiene la tarea de valorar si los derechos reconocidos a los interesados por la Directiva, en sus arts. 12.b) y 14.1.b), atribuyen a estos últimos la posibilidad de obtener del motor de búsqueda la eliminación de los resultados de enlaces a páginas web donde figuran datos personales, aunque no se modifiquen las páginas web implicadas y sin que la publicación tenga que tener, *per se*, carácter ilícito. Aquí se plantea de modo directo el equilibrio entre la libertad de expresión de los gestores de páginas web y el derecho de los interesados a ver protegidos sus datos personales, siendo especialmente relevante para lo que nos interesa cómo se ha forzado la regulación contenida en el art. 12.b)<sup>49</sup>, con el fin de adaptarla a las exigencias de máxima protección de la *privacy* digital de los interesados.

Conforme a su art. 12.b), el interesado tiene el derecho a obtener el borrado, la rectificación o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los mismos. El Tribunal interpreta este último inciso como una mención ejemplificativa y no exclusiva (como parecería si se realiza una lectura literal de la disposición), sentando así las bases para que cualquier di-

<sup>48</sup> TJUE, C-131/12, par. 38.

<sup>49</sup> Como hemos tenido ocasión de indicar en otra parte, también es forzada la lectura que el Tribunal de Justicia propone del derecho de oposición *ex* art. 14.1.b) de la Directiva: el interesado puede oponerse en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento. También aquí el Tribunal impropiaamente amplía la excepción en detrimento del significado auténtico de la disposición: según los magistrados de Luxemburgo, esta previsión permite a los interesados hacer valer todas las «circunstancias propias de su situación concreta». Véase M. Bassini y O. Pollicino (2014).

ferencia en el tratamiento que sea contraria a la Directiva permita atribuir a los interesados el derecho a reclamar las medidas establecidas en la norma. De este modo, la sentencia acaba por extender el alcance de las previsiones normativas, desnaturalizando el sentido del derecho a la rectificación y al borrado de los datos personales mediante una referencia genérica a los supuestos de los arts. 6 y 7 de la Directiva.

A este respecto, entre otras cosas, es necesario recordar que una cosa es el tratamiento ilícito de los datos personales, respecto del que la Directiva plantea determinadas soluciones, y otra el tratamiento claramente lícito de los mismos respecto del que el interesado manifiesta su interés en que la información afectada no se difunda de modo incondicional, que es lo que corresponde específicamente al derecho al olvido.

Ambas cosas parecen confundirse en el análisis que realiza el Tribunal.

Y la razón de esta confusión parece ser, como ya se ha demostrado, la voluntad de los magistrados comunitarios, a través de una lectura interesada de las normas aplicables bajo la luz del art. 7 y, especialmente, del art. 8 de la Carta, de ampliar al máximo posible el ámbito de aplicación de la Directiva hasta incluir supuestos que quedarían claramente excluidos si se realizara una interpretación literal o sistemática de aquella, y respecto de los que la norma sólo es aplicable gracias a una operación hermenéutica cuyo resultado es muy similar a lo que sucedería si se atribuyera eficacia directa y horizontal, tal y como se explicará en las conclusiones, a los artículos citados de la Carta.

Finalmente, el último ámbito de aplicación de la Directiva respecto del que la interpretación del Tribunal parece estar fuertemente influida por la voluntad de atribuir la máxima protección posible a los artículos de la Carta que conforman el estatuto de la *privacy* digital es el relativo a la hipótesis del art. 9, que plantea una excepción a los principios generales fijados en aquella cuando el tratamiento de datos obedezca a fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria. Sobre este particular, el Tribunal recuerda que, en el sentido del 37º considerando de la Directiva, el art. 9 busca conciliar dos derechos fundamentales, que son, por una parte, la tutela de la vida privada y, por otro, la libertad de expresión, por lo que las excepciones permitidas serán exclusivamente las que resulten necesarias para conciliar el derecho a la vida privada con las normas que regulan la libertad de expresión. No obstante, los magistrados comunitarios llegan a la conclusión, no muy convincente, de que el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de información relativa a una persona física, puede, en su caso, efectuarse “con fines exclusivamente periodísticos” y beneficiarse, de este modo, en virtud del artículo 9 de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que esta establece, mientras que

ese no es el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda»<sup>50</sup>.

El Tribunal, en otras palabras, excluye que los motores de búsqueda puedan de algún modo valerse de la excepción prevista en el art. 9 de la Directiva, citando para ello la Sentencia *Satamedia*<sup>51</sup>, en la que los propios magistrados comunitarios interpretan el alcance de esa excepción; no obstante, olvida mencionar la parte de esta en la que se dice que la referencia al tratamiento para fines periodísticos debe ser interpretado del modo más amplio posible, incluyendo cualquier «actividad dirigida a divulgar entre el público informaciones, opiniones o ideas, independientemente del medio de transmisión»<sup>52</sup>.

Considerando esta definición, ¿es verdaderamente razonable la distinción que hace el Tribunal, relativa a la aplicación del art. 9 de la Directiva, entre editor de la página web y motor de búsqueda?

Si estas son las mutaciones más evidentes que parece haber producido la lectura constitucional y «unidireccionalmente» orientada del Tribunal a partir de los arts. 7 y 8 de la Carta, también se dan, si se mira bien, otras paradojas en referencia a los resultados a los que llegan los magistrados a través de un *reasoning* como el comentado, más que nunca *fundamental rights based*.

En efecto, al crear una obligación de eliminar los enlaces que afecta exclusivamente al motor de búsqueda, con independencia de lo que haga o deje de hacer el editor de la página web que ha sido indexada por el motor en cuestión, se corre el riesgo de convertir en irresponsable al primero y de responsabilizar quizá de manera excesiva al segundo. Pero su principal consecuencia es el llamativo conflicto que se plantea con un principio constitucional fundamental que caracteriza el núcleo duro de cualquier ordenamiento basado en la *rule of law*, especialmente paradójico si se piensa que se trata de una argumentación basada en la tutela de (algunos) derechos protegidos por el *bill of rights* europeo. Se trata de la necesidad de prever una reserva de jurisdicción sobre los casos de posibles restricciones (en este caso derivadas de una ponderación) de los derechos fundamentales en juego.

Esta necesidad no parece haber sido considerada por parte del Tribunal de Justicia, que, en esencia, delega en los operadores privados, que, de hecho, desarrollan en la web una función pública de naturaleza paraconstitucional, la tarea de resolver la ponderación de intereses que él mismo ha planteado entre el derecho a la *privacy* y el derecho a ser informado.

<sup>50</sup> TJUE, C-131/12, par. 85.

<sup>51</sup> TJUE, 16 de diciembre de 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy*.

<sup>52</sup> *Ibid.*



No se puede no pensar en las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Węgrzynowski*, hace poco recordadas por Giulio Enea Vigevani (2014: par. 65), al afirmar que «no es competencia de la autoridad judicial reescribir la historia, ordenando hacer desaparecer del dominio público toda huella de una publicación que en el pasado hayan sido considerada, mediante sentencia definitiva, como constitutiva de una violación injustificada de la reputación de un individuo».

Y no se puede obviar, de manera concluyente a este respecto, el hecho de que una tarea así no puede ser delegada a un operador privado, además sin la previa intervención de un juez; sobre todo cuando se trata de noticias veraces sobre las que no ha existido pronunciamiento judicial alguno que establezca su carácter difamatorio.

## V. SCHREMS Y LA TRANSICIÓN DEL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN AL DE PROTECCIÓN EQUIVALENTE

Para todo constitucionalista apasionado por la teoría de la argumentación<sup>53</sup>, el análisis de la sentencia *Schrems*<sup>54</sup> resulta particularmente interesante a la vista (además) de su afortunada coincidencia cronológica<sup>55</sup>: la decisión de la Comisión que validó los principios del *safe harbour*, sobre la que trata el fallo del Tribunal de Justicia, se adoptó el 26 de julio de 2000<sup>56</sup>, pocos meses antes de la promulgación (7 de diciembre de 2000) de la Carta de Niza.

La cuestión se puede plantear en estos términos: la proclamación, primero, y la entrada en vigor, después (a partir de diciembre de 2009), de la Carta y, en particular, el contenido de los arts. 7 y 8 (y 47) de la misma, ¿han provocado, de hecho, la caducidad de un acto *originariamente* compatible con el derecho de la Unión Europea a causa de su relectura bajo los nuevos parámetros?

<sup>53</sup> Más en general, sobre la argumentación jurídica de los tribunales en el ámbito «digital», véase P. Costanzo (2012) y O. Pollicino (2015).

<sup>54</sup> TJUE, 6 de octubre de 2015, C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

<sup>55</sup> Los primeros comentarios «en caliente» son los de S. Rodotà (2015), M. Scheinin (2015), R. Miller (2015), C. Kuner (2015), O. Lynskey (2015), S. Peers (2015), M. Nino (2015), F. Coudert (2015), P. Falletta (2015) y A. Puligheddu (2015). También M. Bassini y O. Pollicino (2015).

<sup>56</sup> Decisión 2000/250/CE de la Comisión, del 26 de julio de 2000, a partir de la Directiva 95/46 sobre la adecuación de la protección ofrecida por los principios de puerto seguro y por sus «Preguntas Frecuentes» (FAQ) en materia de secreto publicadas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos.

Tal pregunta, como se acaba de mencionar, resulta especialmente interesante considerando la tendencial coincidencia entre el periodo en el que la Carta vio la luz, aunque fuera como instrumento de *soft law*, y aquel en el que la decisión fue adoptada por la Comisión.

Por tanto, lo que se intentará comprender es si, simplificando, la llegada de la Carta produjo una onda «constitucionalizante», es decir, una reacción, por parte del Tribunal de Luxemburgo, consistente en revisar los actos ya vigentes para verificar su coherencia con los valores proclamados en la propia Carta.

Una investigación en este sentido puede partir del precedente que constituye la sentencia *Digital Rights Ireland*<sup>57</sup>, que, al anular la Directiva 2006/24/CE<sup>58</sup> a causa de la incompatibilidad de sus disposiciones sobre conservación de los datos del tráfico con los arts. 7 y 8 de la Carta, ha realizado, de hecho, una revisión «constitucionalmente» orientada de esta cuestión.

La tendencia a realizar una interpretación expansiva, casi novadora, de las disposiciones de la Directiva se puede identificar también en un pasaje de esta sentencia, en concreto en su apartado 72, donde se aprecia una desviación, seguramente voluntaria, tendente a asegurar el mayor alcance posible de la protección de los datos personales: el Tribunal atribuye al art. 25.6 de la Directiva 95/46/CE<sup>59</sup>, norma en la que se basa el poder de la Comisión para verificar la adecuación del nivel de protección de los datos personales ofrecido por un tercer país, el objetivo de asegurar la *continuidad* (casi una prolongación espacial de la tutela jurídica) del alto grado de protección que la Directiva aspira a establecer dentro de la Unión Europea.

El párrafo en el que se plantea esta lectura expansiva es uno de los más importantes del fallo, que se une a esos otros pronunciamientos que han venido contribuyendo a definir el estatuto jurisprudencial de la *privacy* digital<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> TJUE, 8 de abril de 2014, causas acumuladas C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger et a.*

<sup>58</sup> Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

<sup>59</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>60</sup> Sobre esto, me permito remitirme a O. Pollicino (2015b, 2014a y 2014b) y O. Lynskey (2014).

En los casos *Digital Rights Ireland* y *Google Spain*<sup>61</sup>, el Tribunal de Justicia parecía moverse con la intención de ampliar lo máximo posible el margen de protección de los datos personales y de la *privacy* de los individuos<sup>62</sup>. Pues bien, en la sentencia que ahora se analiza parece que el Tribunal no solo no la ha corregido, sino que ha continuado con esa actitud, a costa de adoptar, a veces, un enfoque formalista que ha prevalecido para asegurar una «protección sustancial» del derecho a la protección de los datos personales. Y ello a pesar de la perspectiva mucho más pragmática asumida por los magistrados al examinar las peculiaridades del ordenamiento estadounidense.

De esta manera, la argumentación del Tribunal parece dar en ocasiones crédito a las opiniones de muchos de los autores que han identificado a la Sentencia *Schrems* como la reacción, en parte emocional, de Europa al escándalo de la NSA y de las operaciones de vigilancia global llevadas a cabo por el gobierno de los Estados Unidos con el beneplácito o, al menos, la complicidad (probablemente inconsciente) de algunos Estados miembros<sup>63</sup>: un contexto en el que, dentro del plano jurídico, los Estados Unidos no garantizaban

<sup>61</sup> TJUE, 13 de mayo de 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*.

<sup>62</sup> Para algunos comentarios sobre el fallo *Digital Rights Ireland*, véanse: L. Trucco (2014), R. Flor (2014 y 2015), A. Vedaschi y V. Lubello (2015), M. Nino (2014), F. Fabbrini (2015), E. Colombo (2014). En referencia a la Sentencia *Google Spain*, se señalan, *ex multis*, además del ya mencionado volumen de G. Resta y V. Zeno-Zencovich (eds.) (2015), que recoge las contribuciones de T. E. Frosini, O. Pollicino, G. Finocchiaro, P. Piroddi, G. Sartori y M. Viola de Azevedo, Cunha, A. Mantelero, S. Sica y V. D'Antonio, C. Comella, G. M. Riccio, R. Flor y F. Pizzetti, ya publicados en el número especial de esta revista (2014, 4-5); T. E. Frosini (2014), F. Pizzetti (2014), G. E. Vigevani (2014), C. Blengino (2014), G. Corrias Lucente, (2014). También O. Pollicino y M. Bassini (2014) y M. Bassini (2014).

<sup>63</sup> Por su parte, algunas reacciones institucionales se pueden consultar en European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Transfer of Personal Data from the EU to the United States of America under Directive 95/46/EC following the Judgment by the Court of Justice in Case C-362/14 (Schrems)*, COM(2015) 566 final, Bruselas, 6 de noviembre de 2015; Id., *Statement, First Vice-President Timmermans and Commissioner Jourová's press conference on Safe Harbour following the Court ruling in case C-362/14 (Schrems)*, 6 de octubre de 2015; Article 29 Working Party, *Statement on the implementation of the judgement of the Court of Justice of the European Union of 6 October 2015 in the Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner case (C-362-14)*, WP 230, Bruselas, 16 de octubre de 2015; Federal Trade Commission, *Transatlantic Privacy After Schrems: Time for An Honest Conversation*, informe del Comisionado Julie Brill, Amsterdam Privacy Conference, 23 de octubre de 2015.

los presupuestos esenciales para una tutela eficaz, exponiendo los datos transferidos desde la Unión Europea, especialmente en el ámbito del tratamiento realizado por parte de autoridades públicas.

Las consecuencias que derivan de los argumentos en los que se basa esta operación de alteración normativa parecen coincidir con una transformación del principio de adecuación, al que la Directiva 95/46/CE, en su art. 25, vincula la valoración de la legitimidad de la transferencia de datos personales a terceros países donde, en principio, la protección de los derechos fundamentales en juego sea sustancialmente equivalente<sup>64</sup>.

Esta transfiguración del contenido del test en el que se basa la legitimidad de las transferencias de datos personales a terceros países, bastante evidente en diversos puntos de la sentencia, de los que más adelante se hablará, se justifica en el intento de ofrecer una interpretación renovada y reforzada de los derechos fundamentales a la *privacy* y a la protección de los datos personales. La dicción de la Directiva, texto ya consolidado desde hace más veinte años, cuando el desarrollo de Internet estaba en sus albores y se desconocían en buena parte sus posibles implicaciones sobre la tutela de la *privacy*, ha sido objeto de un proceso de (no demasiado velada) mutación que, bajo una evidente presión para reforzar la tutela en relación con el ordenamiento estadounidense, ha conducido a la anulación de la decisión con la que la Comisión declaró la adecuación. Y se ha hecho empleando una motivación que, sin embargo, refleja indirectamente la insuficiencia de este criterio, recurriendo mediante subrogación (interpretativa) a la equivalencia sustancial de la protección como parámetro.

De lo contrario, no se comprendería el motivo por el que, en el momento de adoptar la decisión<sup>65</sup>, la Comisión pudo adoptar un acto en el que se

<sup>64</sup> En resumen, el art. 25 de la Directiva 95/46/CE establece que la transferencia de datos personales hacia terceros países puede tener lugar solo si el país de destino garantiza un nivel de protección adecuado, sin perjuicio de las medidas nacionales de aplicación del resto de disposiciones de la Directiva. La tarea de valorar la adecuación del nivel de protección ofrecido por un tercer país corresponde a la Comisión en virtud del art. 25.6, según el procedimiento regulado en el art. 31 de la Directiva. En el caso de que la Comisión constatare la inadecuación del nivel de protección asegurado por el tercer país, los Estados miembros estarían obligados a adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier transferencia de datos personales hacia ese Estado.

<sup>65</sup> En verdad, como recuerda S. Rodotà (2015), la adopción de la decisión que declara la adecuación del sistema de *safe harbor* estadounidense por parte de la Comisión estuvo acompañada de algunas reservas expresas, especialmente del Working Party Article 29, presidido entonces por el propio profesor Rodotà. No es un secreto que la decisión es el resultado de un largo proceso de discusión y negociación que ha pasado por diversas

proclamaba la adecuación sustancial de las garantías previstas en el ordenamiento estadounidense a las europeas en materia de tratamiento de datos personales, sobre todo considerando que, si bien la Carta de los Derechos Fundamentales que ahora tanto se valora aún no había nacido, su espíritu bien podría haber influido la decisión del legislador europeo, aunque fuera a título de *moral suasion*. Más aún, esta consideración debe ser especialmente considerada teniendo en cuenta que las disposiciones del ordenamiento norteamericano en la materia no han sido modificadas.

Así, la valoración que hace el Tribunal sobre la decisión adoptada por la Comisión se refiere en buena medida a las garantías (no) previstas por el ordenamiento estadounidense, resolviendo sobre su equivalencia (sustancial) respecto del marco planteado por la Directiva 95/46/CE en Europa. El sistema del *safe harbour* y los principios que contiene constituyen por tanto el parámetro interpuesto al que los magistrados de Luxemburgo recurren para juzgar la legitimidad de la decisión de la Comisión.

No se puede negar que la influencia de los arts. 7 y 8 de la Carta, que formalmente no están implicados en esta «triangulación» entre decisión, Di-

---

fases, lo que se proyecta en la ambigüedad del juicio que ampara la conclusión a la que llega la Comisión. Para algunas referencias, véase Article 29 Working Party, *Opinion 1/99 concerning the level of data protection in the United States and the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government*, 26 de enero de 1999, 5092/98/EN/final, WP 15; Id., *Opinion 2/99 on the Adequacy of the «International Safe Harbor Principles» issued by the US Department of Commerce on 19th April 1999*, 3 de mayo de 1999, 5047/99/EN/final, WP 19; Id., *Opinion 4/99 on The Frequently Asked Questions to be issued by the US Department of Commerce in relation to the proposed «Safe Harbor Principles»*, 7 de junio de 1999, 5066/99/EN/final, WP 21; Id., *Working document on the current state of play of the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government concerning the «International Safe Harbor Principles»*, 7 de julio de 1999, 5079/99/EN/final, WP 23; Id., *Opinion 7/99 On the Level of Data Protection provided by the «Safe Harbor» Principles as published together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and other related documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce*, 3 de diciembre de 1999, 5146/99/EN/final, WP 27; Id., *Opinion 3/2000 on the EU/US dialogue concerning the «Safe harbor» arrangement*, 16 de marzo de 2000, 5019/00/EN/final; Id., *Opinion 4/2000 on the level of protection provided by the «Safe Harbor Principles»*, 16 de mayo de 2000, CA07/434/00/EN, WP 32. Más genérico, Article 29 Working Party, *Discussion Document: First orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries — Possible Ways Forward in Assessing Adequacy*, 26 de junio de 1997, XV D/5020/97-EN final, WP 4; Id., *Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive*, 24 de julio de 1998, DG XV D/5025/98, WP 12.

rectiva y *safe harbour*, es, en realidad, decisiva. Es precisamente la puesta en valor de las disposiciones de la Carta la que, de hecho, permite al Tribunal de Justicia recurrir, por un lado, a la valoración general del nivel de protección ofrecido por la Directiva y, por otro, al estándar de «tolerancia» para comprobar la legitimidad de la transferencia de datos personales fuera de la Unión Europea, convirtiendo —como se ha dicho— en equivalencia el parámetro de adecuación que, formalmente, se contiene en el art. 25 de la Directiva.

Alteradas así las reglas mediante las que el Tribunal de Justicia realiza su valoración, era fácil adivinar que la decisión sería anulada.

También se podría debatir qué tenía más carácter político, si la decisión que fue anulada o la sentencia mediante la que se hizo esto; es decir, si los motivos que condujeron a la Comisión, en el 2000, a afirmar, quizá por razones no meramente jurídicas, que el sistema de *safe harbour* era adecuado deberían prevalecer sobre las que orientaron al Tribunal de Justicia hacia una valoración opuesta, aunque «mutada» (en los términos que se describirán).

## 1. LOS INDICIOS DE UNA (NUEVA) MUTACIÓN

¿Dónde se observa en mayor medida esta tendencia a la mutación normativa favorecida por los arts. 7<sup>66</sup>, 8<sup>67</sup> y 47<sup>68</sup> de la Carta?

El Tribunal realiza casi una declaración de intenciones cuando, con una argumentación recurrente pero lejos de la retórica, comienza su razonamiento afirmando que como «las disposiciones de la Directiva 95/46, en cuanto regulan el tratamiento de datos personales, que puede vulnerar las libertades fundamentales y, en particular, el derecho al respeto de la vida privada, deben ser necesariamente interpretadas a la luz de los derechos fundamentales protegidos por la Carta»<sup>69</sup>.

Se trata de una premisa metodológica y argumental que se presta sin duda a interpretaciones diversas pero que, considerando el resultado al que llega el Tribunal, parece preparar el terreno para una operación que no se limita a realizar una interpretación estricta del contenido de la norma.

Es como si los magistrados de Luxemburgo intentaran revestir un determinado marco normativo, el que se define en la Directiva 95/46/CE, de una pátina «constitucionalizante» y «*fundamental rights oriented*» que le es ajena, ya que aquel pertenece a una época en la que la tutela de los derechos funda-

<sup>66</sup> Para un análisis, véase T. Groppi (2001).

<sup>67</sup> Véase F. Donati (2001).

<sup>68</sup> Al respecto, M. D'Amico (2001).

<sup>69</sup> Así figura en el par. 38.

mentales aún no era percibida como algo relevante por parte de la Unión Europea, sus instituciones y, sobre todo, su derecho<sup>70</sup>. Al formular este argumento, el Tribunal parece imaginar una relación al contrario (tal y como efectivamente es desde un punto de vista histórico) entre normas de derecho primario y normas de derecho derivado: según los magistrados, ya que la Directiva tiene relación con un ámbito que puede «afectar negativamente» a las libertades fundamentales, procede recurrir a una interpretación inspirada en las garantías establecidas por la Carta<sup>71</sup>. Aquí se esperaría, quizá, una inversión lógica: la Directiva se ocupa de un terreno donde se cruzan distintos derechos fundamentales reconocidos en la Carta<sup>72</sup>, instituyendo un *framework* que asegura su protección en términos de máximos.

Justo después<sup>73</sup>, sin embargo, el Tribunal reconoce que la Directiva ya trae consigo las semillas para tutelar los derechos fundamentales en cuestión, desmintiendo así la idea de una norma «indiferente» al contenido sustancial que se respaldará también en la Carta, señalando esas disposiciones y aquellas otras que, conforme a su criterio, muestran cómo la Directiva no sólo intenta proteger de modo completo y eficaz esos derechos, sino además asegurar específicamente un alto nivel de protección de los mismos.

El segundo pasaje en el que parece evidenciarse la actitud expansiva que caracteriza el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se centra en la valoración que los magistrados realizan de la ampliación de los poderes de las autoridades de protección de datos personales.

Las cuestiones prejudiciales planteaban, en particular, si era posible el control, por parte de una autoridad nacional, de la idoneidad de los sistemas de tutela de los terceros países a los que se transferían los datos personales. En especial, se preguntó al Tribunal si frente a una decisión como la adoptada por la Comisión, anulada después, las autoridades nacionales podrían conservar

<sup>70</sup> Para valorar el camino de la Unión Europea y el proceso de integración, se puede consultar P. Bilancia (2012).

<sup>71</sup> Sobre la contribución de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ver, *ex multis*, a R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto (2001); también A. Manzella, P. Melograni, E. O. Paciotti y S. Rodotà (2001), G. F. Ferrari (2001), A. Barbera (2001), R. Toniatti (2002), A. Pace (2001), G. Zagrebelsky (2003), A. Ruggeri (2001), A. von Bogdandy (2001), L. S. Rossi (2002). Más recientes, E. Gianfrancesco (2008), S. Gambino (2010), L. Trucco (2007), G. Vettori (2007), A. Pizzorusso (2002).

<sup>72</sup> Para profundizar, véanse los comentarios de J. Vedsted-Hansen (2014), *Commentary on Article 7* y de H. Kranenborg (2014), *Commentary on Article 8*, en S. Peers, T. Harvey, J. Kenner y A. Ward (2014).

<sup>73</sup> Véase el par. 39.

algún tipo de capacidad autónoma de control o si estarían vinculadas por las apreciaciones realizadas por la Comisión.

Para poder llegar a una conclusión favorable a la posibilidad de controlar el contenido de la decisión, el Tribunal de Justicia analiza dentro de su argumentación, aunque de modo difuso, los poderes de los que disponen las autoridades, enfatizando el papel que cumplen en relación al art. 8.3 de la Carta. Y al hacerlo realiza una lectura muy generosa, y a ratos enfática, de la misión que cumplen estas autoridades, vinculando la efectividad del ejercicio de sus competencias institucionales con la facultad de oponerse a las valoraciones hechas por la Comisión.

Al caracterizar estas competencias, el argumento empleado por el Tribunal de Justicia resulta llamativo por su atención a la dimensión individual de la tutela de los derechos. Antes, la sentencia recuerda que una decisión de la Comisión, mientras que no haya sido declarada nula por el Tribunal de Justicia, órgano competente para ello, es vinculante tanto para los Estados miembros como para sus respectivos órganos<sup>74</sup>. Sin embargo, en opinión del Tribunal, la existencia de una decisión de este tipo no puede impedir a los individuos cuyos datos han sido transferidos a terceros países el acceso a los correspondientes mecanismos de recurso ante las autoridades regulatorias competentes, tal y como se prevé en el art. 28.4 de la Directiva. Y aquí cobra relevancia sobre todo el art. 47 de la Carta (que reconoce el derecho «instrumental» a un proceso justo) por encima incluso de las normas sobre el contenido de la tutela (*privacy* y datos personales). Por otra parte, apunta el Tribunal<sup>75</sup>, ni siquiera una decisión de este tipo puede reducir las competencias atribuidas a las autoridades regulatorias nacionales para tutelar los derechos de los interesados.

Aquí la mutación pasa a través de un parámetro, podría decirse impropia-mente, «interpuesto»: o sea, a través de un escudo representado por los poderes que se atribuyen a las autoridades nacionales para conocer las even-

<sup>74</sup> Par. 51.

<sup>75</sup> Apunta el Tribunal en el par. 52: «mientras la decisión de la Comisión no haya sido declarada inválida por el Tribunal de Justicia, los Estados miembros y sus órganos, entre ellos las autoridades de control independientes, no pueden ciertamente adoptar medidas contrarias a esa decisión, como serían actos por los que se apreciara con efecto obligatorio que el tercer país al que se refiere dicha decisión no garantiza un nivel de protección adecuado. En efecto, los actos de las instituciones de la Unión disfrutan en principio de una presunción de legalidad, y producen por tanto efectos jurídicos mientras no hayan sido revocados, anulados en virtud de un recurso de anulación o declarados inválidos a raíz de una cuestión prejudicial o de una excepción de ilegalidad».



tuales demandas que planteen los interesados. Según el Tribunal de Justicia, la adopción por parte de la Comisión de una decisión que declare la idoneidad de la protección prevista por el ordenamiento estadounidense no detrae del ámbito de competencia de las autoridades nacionales<sup>76</sup> el control sobre la transferencia de datos hacia terceros países ni establece excepción alguna al respecto<sup>77</sup>.

Y aquí se llega a la tercera interpretación forzada: cuando el Tribunal plantea que «sería contrario al sistema establecido por la Directiva 95/46 [...] que una decisión de la Comisión adoptada en virtud del artículo 25, apartado 6, de dicha Directiva tuviera el efecto de impedir que una autoridad nacional de control examine la solicitud de una persona para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos personales que hayan sido o pudieran ser transferidos desde un Estado miembro a un tercer país al que se refiere esa decisión de la Comisión»<sup>78</sup>.

Este razonamiento, que el Tribunal sigue con el fin de explicitar la ampliación de la tutela de la *privacy* y de los datos personales, acaba conduciendo a un resultado paradójico si se continúa leyendo el fallo. Si, por un lado, el Tribunal de Justicia admite que la adopción de una decisión sobre la idoneidad del *safe harbour* no puede impedir que se empleen los mecanismos de tutela previstos ante las autoridades nacionales de regulación, por otro los magistrados de Luxemburgo, al recordar la naturaleza vinculante de tal decisión para los Estados miembros y sus órganos, parecen incurrir en una contradicción lógica que acaba con la negación, de hecho, del monopolio interpretativo que se había autoatribuido para establecer los límites de la eficacia de una decisión.

Así se abre una brecha importante que, a pesar de pasar directamente por el canal del art. 47 de la Carta, relativo al derecho al recurso efectivo y al juez imparcial, conduce indirectamente a un reforzamiento sustancial de las garantías previstas en los arts. 7 y 8 y, en particular, como se subraya en el parágrafo 58, de las contenidas en el art. 8.3. Al reafirmar la potestad de las autoridades nacionales para conocer eventuales recursos de los interesados, se abre una segunda vía para poner en duda la valoración que hace la Comisión en la decisión que se anula.

Para escapar de la contradicción lógica (al menos aparente) que se acaba de plantear, los magistrados se apresuran a precisar que el Tribunal es el único competente para pronunciarse sobre la validez de los actos adoptados por las

---

<sup>76</sup> Par. 54.

<sup>77</sup> Par. 55.

<sup>78</sup> Par. 56.

instituciones de la Unión Europea. Así, en el caso de que el recurso ante la autoridad nacional sea rechazado, el interesado podrá acudir a la vía jurisdiccional, donde el juez, en caso de tener dudas sobre la idoneidad de las garantías ofrecidas por un tercer país, tendrá la posibilidad de plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de la decisión<sup>79</sup>; por otro lado, en caso de estimación de la demanda, será la propia autoridad reguladora quien podrá acudir ante los órganos jurisdiccionales alegando los problemas que la decisión plantea en relación al ordenamiento «constitucional» europeo<sup>80</sup>. Esta doble posibilidad parece revelar que existe un amplio margen de tutela gracias a la importancia que se otorga a la labor de las autoridades independientes y al derecho a un recurso efectivo amparado por el art. 47 de la Carta.

Por tanto, la alteración que se produce en relación a la anulación de la decisión se basa no solo en los arts. 7 y 8 de la Carta, sino también en las previsiones del art. 47, que ampara el derecho a un recurso efectivo ante un juez imparcial.

## 2. DE LA ADECUACIÓN A LA EQUIVALENCIA SUSTANCIAL. *DA MIHI DATA, CETERA TOLLE*

El momento en el que la intención del Tribunal, junto con la interpretación forzada en la que se basa, se hace más evidente es el relativo a la valoración de la legitimidad de la decisión de la Comisión en función de las condiciones que plantea la Directiva 95/46/CE. En este ámbito, la tarea del Tribunal se centra en valorar el nivel de adecuación de la tutela que dispensa el ordenamiento estadounidense.

La alteración interpretativa más evidente que realiza el Tribunal de Justicia se da cuando los magistrados apuntan que, en verdad, la Directiva no recoge de manera exhaustiva ni analítica los criterios para valorar la adecuación del nivel de protección ofrecido por el ordenamiento de un tercer país, como tampoco, y esto es lo más importante, define el concepto de adecuación. A este respecto, el art. 25.2 se limita a establecer que la adecuación «se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos»; y, en segundo lugar, que «se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero

<sup>79</sup> Par. 64.

<sup>80</sup> Así aparece en el par. 65.

de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países», indicaciones ambas en absoluto exhaustivas. En resumen: no se plantea expresamente un concepto de adecuación que se pueda considerar vinculante, ni tampoco una lista de criterios que sirvan para determinar su concurrencia.

A este respecto, el Tribunal admite que el apartado 6 del art. 25 se remite para el juicio de adecuación a la legislación nacional o a los eventuales compromisos internacionales que existan; y que, de este modo, la protección debe ser considerada «a efectos de protección de la vida privada o de las libertades o de los derechos fundamentales de las personas». Se trata de una afirmación confusa que parece concebir el propio parámetro de adecuación en términos flexibles y elásticos, que deben ser interpretados a la luz de la exigencia de tutelar los derechos fundamentales en juego. Y cuando el Tribunal intenta dotar de contenido sustancial a la noción de adecuación acaba, de hecho, por privarla un significado preciso.

En el apartado siguiente<sup>81</sup>, los magistrados parecen confirmar indirectamente esta tendencia del Tribunal a articular la tutela de los datos personales mediante la regla de la equivalencia en lugar de la simple adecuación: esta transición se observa en el énfasis dado al objetivo del art. 25 de la Directiva, al decir que este «da cumplimiento a la obligación expresa de [...] asegurar la continuidad del elevado nivel de protección en caso de transferencia de datos personales a un tercer país» (en la versión en inglés, «ensure that the high level of that protection continues where personal data is transferred to a third country»). Si bien es cierto que el recurso terminológico a la noción de continuidad no puede considerarse determinante en relación a la pretendida diferencia entre el significado de «adecuación» y el de «equivalencia», sí que parece más esclarecedora la afirmación que plantea una teórica extensión territorial más allá de la UE de la aplicación de las garantías previstas en el ordenamiento comunitario.

La verdadera reorientación del parámetro de adecuación según un ángulo que lo equipara al de equivalencia se aprecia en el siguiente párrafo, en el que el Tribunal<sup>82</sup>, a pesar de precisar que el estándar de adecuación no implica que el nivel de protección deba ser igual que el europeo, recuerda los argumentos del abogado general<sup>83</sup> para especificar que el término adecuación im-

---

<sup>81</sup> Par. 72.

<sup>82</sup> Par. 73.

<sup>83</sup> Conclusiones del abogado general Bot, 23 de septiembre de 2015, C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*. En concreto, en el par. 141, invocado por el Tribunal, el abogado general se expresa así: «un país tercero garantiza un nivel de protección adecuado si, una vez realizada una evaluación de conjunto del

plica la exigencia de un nivel de protección sustancialmente equivalente al que se disfruta dentro de la Unión que viene —frase crucial— «garantizado por la Directiva 95/46 entendida a la luz de la Carta». Aquí aparece la premisa axiológica (o, si se quisiera leer maliciosamente, el prejuicio axiológico) que conduce a la conversión del parámetro de adecuación en el de equivalencia a través de la fuerza transformadora de la Carta de los Derechos Fundamentales: el Tribunal es claro al plantear que esta operación de mutación normativa de la Directiva se basa en una lectura teleológicamente inspirada de la Carta.

Se ve así cómo el Tribunal dirige su atención sobre la naturaleza dinámica del nivel de protección, que puede variar según factores diversos. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal precisa que la Comisión debe efectuar una verificación periódica de la adecuación conforme a lo establecido por la Directiva, que será «obligada cuando hay indicios que generan una duda en ese sentido»<sup>84</sup>. Y naturalmente, para esta verificación deberán tenerse en cuenta las circunstancias que deben orientar la decisión de la Comisión: la exigencia de que se compruebe el respeto a los estándares europeos que la Directiva impone para asegurar que la protección se despliega no solo en términos espaciales, sino también temporales<sup>85</sup>.

---

Derecho y de las prácticas vigentes en el país tercero en cuestión, puede afirmar que dicho país tercero garantiza un nivel de protección sustancialmente equivalente al ofrecido por dicha Directiva, aun cuando las modalidades de dicha protección puedan diferir de las que generalmente se aplican en la Unión». Por tanto, el autor o, al menos, el artífice de la mutación es, en primera instancia, más bien el abogado general. Tras defender un argumento así, como es lógico, se hacía necesario precisar, como se hace en el siguiente apartado, que: «Si bien puede entenderse que el término inglés “adequate”, desde un punto de vista lingüístico, designa un nivel de protección simplemente satisfactorio o suficiente, y que, en este sentido, pertenece a un campo semántico distinto del término español “adecuado”, conviene observar que el único criterio que debe guiar la interpretación de dicho término es el objetivo de alcanzar un alto nivel de protección de los derechos fundamentales, como exige la Directiva 95/46».

<sup>84</sup> Véase el par. 76.

<sup>85</sup> Se aprecia aquí la influencia, una vez más, de la opinión del abogado general, que en los apartados 146 y siguientes precisa que: «para garantizar el efecto útil del artículo 25, apartados 1 a 3, de la Directiva 95/46, conviene tener en cuenta que el carácter adecuado del nivel de protección ofrecido por un país tercero es una situación cambiante que puede variar a lo largo del tiempo en función de diversos factores. Los Estados miembros y la Comisión deben, por consiguiente, estar alerta ante cualquier cambio en las circunstancias que pueda exigir una reconsideración del carácter adecuado del nivel de protección ofrecido por un país tercero. La apreciación del carácter adecuado del nivel de dicha protección no puede circunscribirse en ningún

En el párrafo 74 la sentencia plantea otro perfil de esta dinámica, al precisar que, para valorar si se cumplen los requisitos de la Directiva «entendida a la luz de la Carta», se debe tener en cuenta que los instrumentos de tutela escogidos por terceros países pueden ser, sin duda, diferentes de los adoptados por los Estados miembros. Se entrevé en este pasaje una huella más del camino de la mutación normativa que recorre toda la estructura de la sentencia: la valoración de la legitimidad y de la conformidad con el *acquis* europeo de la decisión de la Comisión ya no solo debe hacerse a partir de la Directiva, sino que también se debe tener en cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales, que entra en escena con su contenido «constitucionalizante» y evidencia el tránsito de una protección eminentemente mercantilista de la circulación de datos personales a otra *fundamental rights oriented*.

Este punto es clave para reafirmar que los instrumentos adoptados por terceros países deben revelarse eficaces para asegurar una protección sustancialmente equivalente a la garantizada dentro de la Unión.

A este respecto, la aproximación que realizan los magistrados de Luxemburgo es peculiar.

Por un lado, el Tribunal, de hecho, admite explícitamente que los instrumentos que sirven para asegurar en terceros países la tutela de los datos personales según los parámetros adecuados, referidos al nivel de protección de la Unión Europea, pueden ser muy diferentes. Esto se podría entender como un paso hacia atrás, una especie de *self-restraint* del Tribunal que reconoce que se puede llegar al (casi) mismo resultado con una fórmula distinta, lo que pondría las bases conceptuales para hablar de una imposibilidad sustancial de controlar las soluciones normativas adoptadas por ordenamientos distintos al de la Unión Europea.

Sin embargo, por otro lado, el Tribunal entra de lleno a valorar los instrumentos normativos que aseguran la protección de los datos personales en

---

caso a una fecha concreta y mantenerse posteriormente de forma indefinida, al margen de todo cambio de circunstancias que demuestre que, en realidad, el nivel de protección ofrecido ya no es adecuado. La obligación que tiene el país tercero de garantizar un nivel de protección adecuado constituye, por tanto, una obligación permanente. Si la evaluación se lleva a cabo en una fecha concreta, el mantenimiento de la decisión de adecuación presupone que, desde entonces, no se ha producido ninguna circunstancia que ponga en duda la evaluación inicial efectuada por la Comisión. En efecto, no hay que olvidar que el objetivo del artículo 25 de la Directiva 95/46 es en todo caso el de evitar que los datos de carácter personal sean transferidos a un país tercero que no garantiza un nivel de protección adecuado, en vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales garantizado por el artículo 8 de la Carta».

el ordenamiento al que se refiere la constatación de adecuación contenida en la Decisión 2000/520, es decir, el estadounidense. Y lo hace mediante una aproximación inédita, al menos en lo que respecta a las decisiones que se ocupan directamente de derechos fundamentales: en lugar de tratar la cuestión como un asunto relativo a la libertad económica, lo hace desde un punto de vista pragmático, prestando una atención especial a la satisfacción del objetivo de tutela que persiguen las medidas en cuestión. En el mismo párrafo 74 se plantea que, en relación a las posibles diferencias con los implementados por parte de los Estados miembros, esos instrumentos deben mostrarse eficaces «en la práctica» para asegurar una protección «sustancialmente equivalente» (importante mutación de la dicción normativa) a la dispensada dentro de la Unión Europea. Bajo esta idea, el Tribunal comienza su examen, con un sentido eminentemente práctico, de las medidas previstas en el ordenamiento estadounidense mediante el sistema de *safe harbour*, con el fin de verificar si estas cumplen con el requisito de la protección equivalente. De este modo el estudio, llevado en términos pragmáticos, que los magistrados hacen de las garantías previstas en los Estados Unidos permite apreciar, empleando un parámetro indirecto, la divergencia sustancial de este ordenamiento en relación con las reglas que se contienen en la Directiva, lo que sirve para anular la decisión de la Comisión que había declarado su adecuación. Aunque formalmente se basa en una comparación entre el contenido de la decisión y los requisitos de la Directiva, la comprobación que lleva a cabo el Tribunal está valorando, en la práctica, la conformidad de las disposiciones vigentes aplicables en los Estados Unidos con las normas de la Carta que tutelan los derechos fundamentales afectados (protección de la vida privada y familiar, protección de los datos personales, derecho a un juicio justo).

Por último, habría que plantearse cómo la Sentencia del caso *Schrems* podría reconciliarse y unirse a la jurisprudencia, ya amplia, del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales.

No se puede obviar, en primer lugar, la importantísima referencia que, entre los hilos del fallo, el Tribunal realiza a la sentencia, o mejor dicho, a la saga *Kadi*<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> Son cuatro los fallos que componen la saga *Kadi*: Tribunal de la CE, 21 de septiembre de 2005, T-315/01, *Kadi c. Consejo y Comisión*; TJUE, 3 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*; Tribunal de la CE, 30 de septiembre de 2010, T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea*; TJUE, 18 de julio de 2013, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión Europea y otros c. Yassin Abdullah Kadi*.

En particular, en el párrafo 60 de la sentencia, el Tribunal de Justicia plantea el principio por el que la Unión Europea es, textualmente, una Unión de derecho en el sentido clásico, por lo que «todos los actos de sus instituciones están sujetos al control de su conformidad, en particular, con los Tratados, con los principios generales del derecho y con los derechos fundamentales». Esta observación sirve a los magistrados para precisar, justo después, que las decisiones de la Comisión adoptadas conforme al art. 25.6 de la Directiva 95/46/CE no pueden sustraerse a tal regla.

Leyendo la Sentencia *Schrems* a contraluz del asunto *Kadi*<sup>87</sup> surge la imagen de un sistema europeo que responde a un modelo autónomo, un paradigma que, dentro de una construcción dualista, no admite interpretaciones arbitrarias o restricciones en materia de derechos fundamentales. Parece poder afirmarse que en relación a los ordenamientos diferentes con los que el sistema jurídico europeo entra en comunicación (y que impropiamente podríamos definir, desde una perspectiva funcional, como el parámetro mediato que da contenido a las disposiciones del ordenamiento comunitario), la tutela de los derechos fundamentales constituye un bastión infranqueable, un contralímite frente al que cede cualquier norma o práctica que tenga un sentido contrario.

Es una forma de reapropiarse de una soberanía, que en el fondo nunca ha sido debatida ni cedida, sobre el terreno último de los derechos fundamentales, el mismo que la Unión Europea había conocido solo de manera refleja en su primera etapa, descontando la vocación netamente mercantilista de la construcción comunitaria. Los derechos fundamentales, antes relegados —como ya se ha recordado— a simples excepciones en manos de los Estados miembros para justificar restricciones a las libertades económicas proclamadas por los Tratados, se convierten así en un pivote del sistema y en «válvula» que regula su apertura hacia el exterior.

No puede por tanto pasar desapercibido ni dejar de definirse como esencial el papel de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ya se demostró crucial en *Kadi*.

No obstante, trayendo a colación esta saga se debe tener en cuenta una diferencia sustancial que parece remarcar aún más la autonomía del ordenamiento comunitario.

En la decisión *Kadi*, la fuente «externa» de la que se derivaba la vulneración de los derechos fundamentales tutelados por la Carta estaba representada por las obligaciones que imponía un acuerdo internacional y, más en concre-

---

<sup>87</sup> Para algunos comentarios, véanse V. Sciarabba (2014; 2005), V. Sciarabba y O. Pollicino (2009), G. F. Ferrari (2009), R. Dickmann (2008), B. Conforti (2006) y C. Tomuschat (2006).

to, una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El contenido del ordenamiento de la ONU era el término respecto del que el sistema comunitario debía tomar distancias, interponiendo la tutela de los derechos fundamentales como obstáculo a una plena y servil plasmación de cuanto se preveía en la fuente heterónoma sobre la que el reglamento del Consejo, después anulado parcialmente, se apoyaba.

En el caso *Schrems*, por su parte, no es una norma de derecho internacional ni un acto procedente de una organización internacional, sino el sistema de *safe harbour* y, en definitiva, el ordenamiento de los Estados Unidos el que expone a la Unión Europea a una amenaza a los derechos fundamentales. Por tanto, el límite que impone la tutela de los arts. 7, 8 y 47 de la Carta se acciona contra el ordenamiento de un tercer Estado. Esto permite apreciar mejor el valor de la Carta, dado que su *enforcement* conduce a una revisión, claramente *fundamental rights oriented*, de un acto que contenía una valoración distinta del grado de protección ofrecido por el ordenamiento estadounidense: así, lo que se altera no es la reproducción sustancial del contenido de una norma internacional, sino una valoración, consolidada en la Decisión 2000/250, de adecuación de la tutela (y, por tanto, de «no peligro» para los derechos fundamentales).

Siempre con la idea de integrar el fallo *Schrems* en el discurso europeo en materia de derechos fundamentales, no se puede obviar una conexión importante que existe entre una parte de la sentencia y algunos precedentes relevantes del Tribunal Constitucional alemán.

En el párrafo 73 se lee que no se puede exigir «que un tercer país garantice un nivel de protección idéntico al garantizado en el ordenamiento jurídico de la Unión». Esta afirmación del Tribunal de Luxemburgo evoca el contenido de dos importantísimas sentencias del Tribunal Constitucional federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*), conocidas con el nombre de *Solange I*<sup>88</sup> y *Solange II*<sup>89</sup>.

La Sentencia *Solange I*<sup>90</sup>, de 1974, trata sobre la interpretación de la cláusula de atribución de soberanía a una organización internacional que se contiene en el art. 24. Según el *Bundesverfassungsgericht*, considerando que la integración europea se encontraba en un estadio de integración todavía parcial —evidenciado en la ausencia de un documento que tutelase los derechos fundamentales y, de forma más general, en el problema de déficit democrático

<sup>88</sup> BVerfGE 37, 271.

<sup>89</sup> BVerfGE 73, 339.

<sup>90</sup> Algunos comentarios se pueden encontrar en S. Mangiameli (2008), P. Costanzo, L. Mezzetti y A. Ruggeri (2014), P. L. Geti (2015).



visible en la construcción comunitaria—, dicha cláusula debía ser objeto de una interpretación restrictiva. En consecuencia, en ausencia de un catálogo de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se reservaba el derecho de no aplicar aquellas disposiciones del ordenamiento comunitario que fueran contrarias a los derechos protegidos por la Constitución alemana.

Esta decisión se revisó en el posterior fallo *Solange II*, de 1986, en la que el Tribunal de Karlsruhe apuntaba la capacidad del Tribunal de Justicia para ofrecer —y aquí la redundancia con el parágrafo 73 de la Sentencia *Schrems* (Mayer, 2015)— un nivel de tutela de los derechos fundamentales sustancialmente comparable al de la Ley Fundamental alemana en lo referente a la protección de su contenido esencial. De este modo, el Tribunal Constitucional federal declaraba que, en la medida en que tales condiciones persistieran, no ejercitaría su propia jurisdicción (aunque formalmente no renunciara a este poder) para controlar la aplicabilidad del derecho comunitario derivado conforme a los parámetros de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Evidentemente, el progreso que se produjo en la integración europea durante los doce años que separan los dos pronunciamientos tuvo que convencer a los magistrados alemanes de la capacidad del ordenamiento comunitario para garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales, respecto al que se ha ido conformando, en el derecho de la Unión, una sensibilidad creciente, como ya se ha visto.

Por último, en lo que respecta a la cuestión de la equivalencia en el grado de protección, no se puede dejar de mencionar un tercer caso que muestra cuál es la dinámica establecida entre los tribunales constitucionales y europeos en pos de un sistema equilibrado. En la Sentencia *Bosphorus c. Irlanda* de 30 de junio de 2005<sup>91</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció, de forma histórica, sobre la posibilidad de valorar a partir del CEDH las normas de derecho derivado de la Unión, en concreto los reglamentos<sup>92</sup>.

En esta Sentencia destaca el enunciado de la *presumption of conventionality*. En realidad, el Tribunal de Estrasburgo ya había afirmado, en su jurisprudencia anterior, la inexistencia de responsabilidad para los Estados miembros de la Unión Europea por vulnerar el CEDH mediante una actuación que fuese consecuencia de la observancia de normas de derecho derivado sobre las que (como en el caso de los reglamentos, directamente aplicables) los Estados carecieran de posibilidad discrecional alguna, siempre y cuando en el sistema comunitario los derechos fundamentales reciban una protección equivalente a la prevista en el CEDH.

<sup>91</sup> TEDH, 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Jollari Turizm c. Ticaret*, n. 45036/98.

<sup>92</sup> Entre otros comentarios, véanse G. Repetto (2005) y E. Cannizzaro (2005).

En la Sentencia *Bosphorus* el Tribunal perfecciona este principio, precisando cómo el principio de equivalencia debe entenderse desde la óptica de la comparabilidad entre sistemas. Así, en el apartado 155:

By «equivalent» the Court means «comparable»; any requirement that the organisation's protection be «identical» could run counter to the interest of international cooperation pursued [...]. However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection.

Por tanto, las autoridades de los Estados miembros no pueden responder por vulnerar el Convenio mientras actúen en cumplimiento de normas directamente aplicables de la Unión Europea. Esta presunción, basada en que los Estados miembros aseguran una protección equivalente, solo puede ser desvirtuada en caso de que la tutela de los derechos contenidos en el CEDH se compruebe manifiestamente insuficiente.

A este respecto, basta recordar que lo que se presenta como el posible cierre del sistema, es decir, la adhesión de la Unión Europea al CEDH —actualmente solo anunciada, y considerada incompatible con el estado actual de las cosas por el Tribunal de Justicia en un pronunciamiento reciente— parece una fórmula que aún está lejos de poder concretarse<sup>93</sup>. Por tanto permanece abierta, y la casuística así lo confirma, la cuestión de la equivalencia efectiva (*rectius*: comparabilidad) entre las garantías establecidas a nivel de la Unión Europea y las del CEDH para proteger los derechos fundamentales<sup>94</sup>.

Finalmente, se deben exponer dos importantes reflexiones conclusivas.

En primer término, es interesante cómo, comparando la Sentencia *Schrems* con los precedentes europeos en materia de equivalencia de la protección de los derechos fundamentales, llama inmediatamente la atención lo peculiar de este caso. Mientras que en los tres casos citados el tema de la equivalencia se suscitó a partir de la relación entre el Tribunal de Justicia y un ordenamiento nacional (casos *Solange I y II*), entre aquel y un ordenamiento global (Sentencias *Kadi*), o bien entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un ordenamiento regional (caso *Bosphorus*), no es así en el asunto que se está examinando. En él, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la relación de equivalencia que vincula al ordenamiento comunitario con el estadounidense: por primera vez, el protagonista es un Estado, no un ordenamiento interna-

<sup>93</sup> Sobre los problemas que plantea la coordinación entre sistemas, véase E. Gianfrancesco (2011).

<sup>94</sup> Al respecto, V. Zagrebelsky (2015), S. Douglas-Scott (2015), O. De Schutter (2014).

cional, regional o global. Este aspecto resulta particularmente susceptible de ser criticado, y no solo por el riesgo de aislamiento, que podría generarse como consecuencia de un efecto dominó vinculado al recíproco cruce de valoraciones a partir de la constatación realizada originalmente por la Comisión, y ahora revocada por el Tribunal de Justicia; también por razones «diplomáticas» y de «comity» que afectarán a las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Europea en los próximos meses, algo que ya se está viendo a la luz de la reciente aprobación del nuevo reglamento sobre protección de datos personales, que a falta de los últimos detalles entrará en vigor en breve<sup>95</sup>.

La segunda cuestión está vinculada con el papel de los actores implicados en el caso. En los otros supuestos, el Tribunal de Justicia disponía de los instrumentos necesarios no solo para afirmar un principio, sino también para asegurar la actuación: el sujeto competente para valorar la existencia de equivalencia era, en otros términos, el mismo que había construido o enunciado la cláusula aplicable. En el caso *Schrems* no sucede así, ya que el Tribunal de Justicia empieza destruyendo el sistema creado en la decisión de la Comisión que servía para declarar la adecuación del sistema de *safe harbour* estadounidense. Pero tras alterar y reconstruir en otros términos el parámetro aplicable, que cambia de la adecuación a la equivalencia sustancial, el Tribunal confía, de hecho, a las autoridades nacionales la tarea de llevar a cabo esta apreciación, dando lugar a una importante descentralización: aquello que en principio se definía a nivel comunitario, ahora se sistematiza en el plano de cada uno de los Estados miembros.

Esta aproximación parece operar en sentido opuesto a la planteada, por ejemplo, en el «Article 29 Working Party», que en un *statement*<sup>96</sup> realizado con motivo de la sentencia reiteró la necesidad de un «robust, collective and common position on the implementation of the judgment». Por el contrario, en la opinión del Tribunal parece prevalecer la intención de descentralizar y diversificar lo que inicialmente se definía a nivel europeo: una puerta abierta hacia una balcanización de la protección<sup>97</sup>, confiada a la sensibilidad de las autoridades nacionales y, por tanto, cada vez más desigual. Un riesgo que sería mejor evitar.

### Bibliografía

Alves Jr., S. (2014). *Internet Governance 2.0.1.4: The Internet Balkanization Fragmentation* (June, 2014). SSRN. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2466222>.

<sup>95</sup> Comisión Europea, *Protección de datos en la UE: el acuerdo sobre la reforma propuesta por la Comisión estimulará el mercado único digital*, Bruselas, 15 de diciembre de 2015.

<sup>96</sup> Art. 29 Working Party, *op. cit.*

<sup>97</sup> E. Morozov (2014). También S. Alves (2014) y O. Pollicino (2015b).

- Apa, E. y Pollicino, O. (2013). *Modeling the Liability of Internet Service Providers: Google vs. Vivi Down*. Milano: Egea.
- Barbera, A. (2001). La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione? *Il Diritti dell'Unione europea*, 2-3, 241-259.
- Bardutzky, S. (2014). The Timing of Dialogue: Slovenian Constitutional Court and the Data Retention Directive. *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [blog]. Disponible en: <http://verfassungsblog.de/timing-dialogue-slovenian-constitutional-court-data-retention-directive/>.
- Bassini, M. (2012). *Google e diritto all'oblio: cosa accade ora?* Disponible en: [www.voxdiritti.it](http://www.voxdiritti.it).
- (2014). Il diritto all'oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca. *Quaderni costituzionali*, 3, 730 y ss.
- Bassini, M. y Pollicino, O. (2014). Bowling for Columbine. La Corte di giustizia sul caso Google Spain: l'oblio (quasi) prima di tutto? *Diritto24*, 13/05/2014. Disponible en: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2014-05-13/bowling-columbine-corte-giustizia-180242.php>.
- (2015). La Corte di giustizia demolisce il safe harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale. *Diritto24*, 7/10/2015. Disponible en: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2015-10-07/la-corte-giustizia-demolisce-safe-harbor-e-ridisegna-confini-diritto-privacy-ambito-transnazionale-153618.php>.
- Bifulco, R., Cartabia, M. y Celotto, A. (eds.) (2001). *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.
- Bignami, F. (2006). *Protecting Privacy Against the Police in the European Union: The Data Retention Directive*. GWU Legal Studies Research Paper, 2013-43. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2230611>.
- Bilancia, P. (2012). *The Dynamics of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After the Lisbon Treaties*. Milano: Giuffrè Editori.
- Blengino, C. (2014). La Corte di giustizia e i motori di ricerca: una sentenza sbagliata. *Media Laws: Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective* [blog], 19/5/2014. Disponible en <http://www.medialaws.eu/la-corte-di-giustizia-e-i-motori-di-ricerca-una-sentenza-sbagliata/>.
- Boehm, F. y Cole, M. D. (2014). *Data retention after the Judgement of the Court of Justice of the European Union*. Estudio financiado por el Grupo Greens/EFA en el Parlamento Europeo, junio de 2014. Disponible en: [www.janalbrecht.eu/](http://www.janalbrecht.eu/).
- Cannizzaro, E. (2005). Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus. *Rivista di diritto internazionale*, 3, 762-767.
- Castellaneta, M. (2014). Diritto all'oblio: la Commissione Ue prova a chiarire il contenuto della sentenza Google. *Marina Castellaneta. Notizie e commenti sul diritto internazionale e dell'Unione europea* [blog]. Disponible en: <http://www.marinacastellaneta.it/blog/diritto-alloblio-la-commissione-ue-prova-a-chiarire-il-contenuto-della-sentenza-google.html>.
- Cocq, C. y Galli, F. (2013). *Comparative law paper on data retention regulation in a sample of EU Member States. Surveillance Project D4.3, 2013*. Disponible en: <https://surveillance.eu.eu/>

- wp-content/uploads/sites/19/2015/04/D4.3-Comparative-law-paper-on-data-retention-regulation-in-a-sample-of-EU-member-states.pdf.
- Colombo, E. (2014). Data retention e Corte di Giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE. *Cassazione Penale*, 54 (7-8), 2705-2713.
- Conforti, B. (2006). Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado. *Il Diritto dell'Unione europea*, 2, 333-345,
- Corrias Lucente, G. (2014). Ancora su Google e il diritto all'oblio. *Media Laws: Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective* [blog], 24/6/2014. Disponibile en: <http://www.medialaws.eu/ancora-su-google-e-il-diritto-alloblio/>.
- Costanzo, P. (2012). Il fattore tecnologico e le sue conseguenze, *Convención anual de la AIC, «Costituzionalismo e Globalizzazione»*, Salerno, 23-24 de noviembre de 2012. Disponibile en: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- Costanzo, P., Mezzetti, L. y Ruggeri, A. (2014). *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*. Torino: Giapichelli Editori.
- Coudert, F. (2015). Schrems vs. Data Protection Commissioner: A Slap on the Wrist for the Commission and New Powers for Data Protection Authorities. *European Law Blog: News and Comments on EU Law* [blog], 15/10/2015. Disponibile en: <http://european-lawblog.eu/?p=2931>.
- D'Amico, M. (2001). Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto (eds.). *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino.
- De Schutter, O. (2014). Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties. En V. Kosta, N. Skoutaris y V. Tzevelekos (eds.). *The EU Accession to the ECHR* (pp. 177-198). Oxford: Hart Publishing.
- Di Martino, A. (2010). Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'incostituzionalità della data retention sul rapporto tra libertà e sicurezza. *Giurisprudenza costituzionale*, 55, 4071-4086.
- Dickmann, R. (2008). Il «principio di legalità comunitaria» nel sindacato della Corte di giustizia delle Comunità europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (nota a CGCE 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05). *Federalismi.it*, 18/2008. Disponibile en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 31 de septiembre de 2008.
- Donati, F. (2001). Protezione dei dati di carattere personale. En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto (eds.). *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino.
- Douglas-Scott, S. (2015). The Relationship between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon. En S. De Vries, U. Bernitz, y S. Weatherill (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing* (cap. 2). Oxford: Bloomsbury Publishing.
- Fabbrini, F. (2015). The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S. *Harvard Human Rights Journal*, 28. Disponibile en: <http://ssrn.com/abstract=2482212>.
- Falletta, P. (2015). La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web (riflessioni su Corte di Giustizia UE (Grande sezione), 6 ottobre 2015, Schrems c. Data

- Protection Commissioner, C-362/14). *Federalismi.it*, 24. Disponible en: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=31041>.
- Ferrari, G. F. (ed.) (2001). *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*. Milano: Giuffrè.
- (2009). Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale? *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 187-192.
- Flor, R. (2014). La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «data retention» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine? *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 178-190.
- (2015). Dalla «Data retention» al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia. En G. Resta y V. Zeno-Zencovich (eds.). *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain* (pp. 223-254). Roma Tre Press: Roma.
- Frosini, T. E. (2014). Diritto all'oblio e Internet. *Federalismi.it*, 12. Disponible en: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=26242>.
- Gambino, S. I. (2010). Diritti fondamentali dell'Unione europea fra trattati (di Lisboa) e Costituzione. *Federalismi.it*, 1. Disponible en: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=15106>.
- Geti, P. L. (2015). Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l'Unione Europea. Congreso sobre *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*. Roma, 12-13 de mayo de 2015. Disponible en: [http://www.nomos-leattualitneldiritto.it/wp-content/uploads/Geti\\_convegno-prin12-13\\_5\\_2014.pdf](http://www.nomos-leattualitneldiritto.it/wp-content/uploads/Geti_convegno-prin12-13_5_2014.pdf).
- Gianfrancesco, E. (2008). Some considerations on the juridical value of the Charter of Fundamental Rights before and after the Lisbon Treaty. Disponible en: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- (2011). Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo. *Rivista AIC*, 1.
- Groppi, T. (2001). Rispetto della vita privata e della vita familiare. En R. Bifulco, M. Cartabia y A. Celotto, A. (eds.). *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.
- Kosta, E. (2013). The Way to Luxembourg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Retention Directive with the Right to Privacy and Data Protection. *SCRIP-Ted*, 10 (3), 339. Disponible en: <http://script-ed.org/?p=1163>.
- Kranenborg, H. (2014). Protection of Personal Data. En S. Peers, T. Harvey, J. Kenner y A. Ward (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (cap. 8). Oxford: Hart Publishing.
- Kuner, C. (2015). The Sinking of Safe Harbor. *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [blog], 8/10/2015. Disponible en: <http://verfassungsblog.de/the-sinking-of-the-safe-harbor-2/>.
- Lynskey, O. (2014). Deconstructing Data Protection: The «Added-value» of a Right to Data Protection in The EU Legal Order. *International and Comparative Law Quarterly*, 63 (3) 569-597. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/S0020589314000244>.

- (2015). Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems. *Media Policy Project Blog* [blog], 9/10/2015. Disponible en: <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2015/10/12/negotiating-the-data-protection-thicket-life-in-the-aftermath-of-schrems/>.
- Mangiameli, S. (2001). La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. *Diretto pubblico comparato ed europeo*, 1, 173 y ss.
- (2008). *L'esperienza costituzionale europea*. Roma: Aracne Editrice.
- Manna, A. (2010). La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e técnica. *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1856-1864.
- Manzella, A., Melograni, P., Paciotti, E. O. y Rodotà, S. (eds.) (2001). *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino.
- Mayer, F. C. (2015). The Force awakens — The Schrems case from a German perspective. *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [blog], 16/10/2015. Disponible en: <http://verfassungsblog.de/the-force-awakens-the-schrems-case-from-a-german-perspective-2/>.
- Miller, R. (2015). Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power. *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [blog], 7/10/2015. Disponible en: <http://verfassungsblog.de/schrems-v-commissioner-a-biblical-parable-of-judicial-power-2/>.
- Morozov, E. (2014). The World Is Not Enough — How To Reinvent the Internet. *Süddeutsche Zeitung*, 20/1/ 2014.
- Nino, M. (2014). L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention. *Il diritto dell'Unione Europea*, 19 (4), 803-830.
- (2015). La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbour: la sentenza Schrems. *SIDIBlog* [blog], 24/10/2015. Disponible en: <http://www.sidiblog.org/2015/10/24/la-corte-di-justizia-ue-dichiara-linvalidita-del-sistema-di-safe-harbour-la-sentenza-schrems/>.
- Pace, A. (2001). A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminary. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 193-207.
- Pascuzzi, G. (2002). *Il diritto dell'era digitale*. Bologna: Il Mulino.
- Peers, S. (2015). The party's over: EU data protection law after the Schrems Safe Harbour judgment. *EU Law Analysis* [blog], 7/10/2015. Disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2015/10/the-partys-over-eu-data-protection-law.html>.
- Peers, S., Harvey, T., Kenner, J. y Ward, A. (eds.) (2014). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5771/9783845259055>.
- Pelin-Raducum, I. (2014). Deferential Dialogues between the Court of Justice and domestic courts regarding the compatibility of the EU Data Retention Directive with (Higer?) National Fundamental Rights Standards. *Law Working Paper Series*, University of Luxemburg, 2014-03.
- Pizzetti, F. (2014). La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni. *Federalismi.it*, 12. Disponible en: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=26322>.
- Pizzorusso, A. (2002). *Il patrimonio costituzionale europeo*. Bologna: Il Mulino.

- Pollicino, O. (2004). Legal reasoning of the Court of Justice in the Context of Principle of Equality between Judicial Activism and Self-restraint. *German Law Journal*, 5 (3), 283-317.
- (2014a). Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale. *Federalismi-it*, 3. Disponible en: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28017>.
- (2014b). Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy. *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2949 y ss.
- (2015a). La «transizione» dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee. *Ragion pratica*, 1, 53-82.
- (2015b). Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain. En G. Resta y V. Zeno-Zencovich (eds.). *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*. Roma: RomaTre Press.
- Pollicino, O. y Bassini, M. (2014). Reconciling Right to Be Forgotten and Freedom of Information: Past and Future of Personal Data Protection in Europe. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 641 (2014), 641-662.
- Pollicino, O. y Camera, G. (2010). *La legge è uguale anche sul web*. Milano: Egea.
- Posner, R. (1996). *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Clarendon Press.
- Puligheddu, A. (2015). Il caso Schrems-Facebook: analisi e profili di collegamento con la sentenza Google Spain. *Diritto, Mercato, Tecnologia*. Disponible en: <http://www.dimt.it/2015/12/02/il-caso-schrems-facebook-analisi-e-profil-di-collegamento-con-la-sentenza-google-spain/>.
- Rauhofer, J. y Sithigh, D. M. (2014). The Data Retention Directive Never Existed. *Scripted*, 11 (1). Disponible en: <https://script-ed.org/article/data-retention-directive-existed/>.
- Repetto, G. (2005). La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine? *Rivista AIC*. Disponible en: [http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza\\_comunitaria/solange/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_comunitaria/solange/index.html).
- Resta, G. y Zeno-Zencovich, V. (eds.) (2015). *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*. Roma: Tre Press Roma.
- Rodotà, S. (2015). Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa. *R.it* [blog], 12/10/2015. Disponible en: [http://www.repubblica.it/tecnologia/2015/10/12/news/internet\\_e\\_privacy\\_c\\_e\\_un\\_giudice\\_in\\_europa\\_che\\_frena\\_gli\\_usa-124875972/?refresh\\_ce](http://www.repubblica.it/tecnologia/2015/10/12/news/internet_e_privacy_c_e_un_giudice_in_europa_che_frena_gli_usa-124875972/?refresh_ce).
- Rossi, L. S. (ed.) (2002). *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè Editore.
- Ruggeri (2001). La «forza» della Carta europea dei diritti. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 182 y ss.
- Scheinin, M. (2015). The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion. *Verfassungsblog on Matters Constitutional* [blog], 7/10/2015. Disponible en: <http://verfassungsblog.de/the-essence-of-privacy-and-varying-degrees-of-intrusion-2/>.
- Sciarabba, V. (2005). I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU. *Rivista AIC*. Disponible en: [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/misure\\_onu/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/misure_onu/index.html).



- (2014). *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la «Carta di Nizza»: l'epilogo della vicenda Kadi*. Disponibile en: [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/VS\\_-\\_La\\_Corte\\_di\\_giustizia\\_le\\_misure\\_antiterrorismo\\_i\\_diritti\\_fondamentali\\_e\\_la\\_.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/VS_-_La_Corte_di_giustizia_le_misure_antiterrorismo_i_diritti_fondamentali_e_la_.pdf).
- Sciarabba, V. y Pollicino, O. (2009). Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza «costituzionale» europea. *Diretto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 159-174.
- Tomuschat, Ch. (2006). Primacy of the United Nations Law. Innovation Features in the Community Legal Order. *Common Market Law Review*, 43 (2), 537-551.
- Toniatti, R. (2002). *Diritto, diritti, giurisdizione. La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Padova: CEDAM.
- Trucco, L. (2007). Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. En A. Ruggeri, L. D'Andrea, A. Saitta y G. Sorrenti (eds.). *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- (2014). Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali. *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 1850-1856.
- (2015). Dalla 'Data retention' al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia. En G. Resta y V. Zeno-Zencovich (eds.). *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*. Roma: Roma Tre Press.
- Vedaschi, A. y Lubello, V. (2015). Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy: A European Perspective. *Tilburg Law Review*, 20 (1), 14-34. Disponibile en: <http://dx.doi.org/10.1163/22112596-02001005>.
- Vedsted-Hansen, J. (2014). Respect for Private and Family Life. En S. Peers, T. Harvey, J. Kenner y A. Ward (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (cap. 7). Oxford: Hart Publishing.
- Vettori, G. (2007). La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. *Rivista de diritto privato*, 12 (4), 701-720.
- Vigevani, G. E. (2014). Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano. *Danno e Responsabilità*, 7, 741 y ss.
- Von Bogdandy, A. (2001). Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea. *Diritto pubblico*, 1, 849-899.
- Zagrebelsky, G. (ed.). (2003). *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*. Roma-Bari: Laterza.
- (2015). L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia. *DUDI*, 9 (1).

# LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA ERA DEL GOBIERNO ABIERTO. GOBERNANZA INTELIGENTE PARA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA GESTIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>

Public administration in the open government age.  
Smart governance for a paradigm shift  
in public management

J. IGNACIO CRIADO  
Universidad Autónoma de Madrid

## Cómo citar/Citation

Criado, J. I. (2016). Las administraciones públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 245-275.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.07>

## Resumen

La gestión de las administraciones públicas se encuentra en proceso de transformación, tal y como otras dimensiones de la política, dentro de un entorno en que se están produciendo importantes cambios en la base tecnológica de nuestras sociedades. Este artículo ofrece una aproximación teórica, así como evidencia empírica acerca de los cambios recientes en la gestión pública contemporánea derivados de la adopción, uso y difusión de las tecnologías sociales dentro de las organizaciones públicas. En concreto, se sostiene la emergencia de un nuevo paradigma en la gestión pública denominado gobernanza inteligente (*smart governance*), que se compara con otros paradigmas previos en base a unos fundamentos nuevos, sobre todo: valores derivados de la filosofía 2.0, datos abiertos y transparencia, redes sociales digitales, orientación hacia la incorporación de la ciudadanía y el conocimiento externo a las organizaciones en los procesos de adopción de decisiones públicas y nuevas dinámicas de colaboración entre empleados y organizaciones públicas (Criado, 2016; Noveck, 2015). Lo

---

<sup>1</sup> Este artículo se ha beneficiado de la financiación del Programa S2015/HUM-3466 NEW TRUST-CM (Comunidad de Madrid) y del Proyecto CSO2013-48641-C2-1-R (Ministerio de Economía y Competitividad).

anterior se analiza empíricamente a través del análisis de cuatro casos, dos plataformas sociales de *crowdsourcing* ciudadano (*Challenge.gov* y *SantanderCityBrain*) y dos plataformas sociales de colaboración abierta entre empleados públicos (*GitHub* y *NovaGob*). Las conclusiones de este estudio permiten vislumbrar las últimas transformaciones en la base tecnológica de las administraciones públicas, así como discutir en qué medida incidirán en cómo entendemos el futuro del sector público.

### **Palabras clave**

Gestión pública; gobernanza; colaboración; innovación pública; gobierno abierto; tecnologías sociales; participación 2.0.

### **Abstract**

Management of public administrations is in a process of transformation, as also occurs in other political dimensions, within a context of change in the technological base of our societies. This article offers a theoretical approach, as well as empirical evidence, regarding recent moves in contemporary public management derived from the adoption, use, and diffusion of social media technologies in public organizations. This article supports the idea of an emerging paradigm in public management denoted as 'smart governance', which is compared with previous paradigms on the basis of renewed principles including values derived from philosophy 2.0, open data and transparency, social media platforms, a focus on citizen participation and external knowledge in the decision-making process, and new collaboration dynamics among public employees and organizations (Criado, 2016; Noveck, 2015). This paradigm shift is empirically investigated through four case studies, two social media platforms for citizen crowdsourcing (*Challenge.gov* y *SantanderCityBrain*) and two social media platforms for open collaboration among public employees (*GitHub* y *NovaGob*). The conclusions of the study shed light on the most recent transformations in the technological dimension of public administration, and discusses to what extent they will impact on our way of understanding the future of the public sector.

### **Keywords**

Public management; governance; collaboration; public innovation; open government; social technologies; participation 2.0.

## SUMARIO

---

I. OBERTURA. II. UN NUEVO PARADIGMA EN LA GESTIÓN PÚBLICA: LA GOBERNANZA PÚBLICA INTELIGENTE. III. LA EVOLUCIÓN DE LOS PARADIGMAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON LAS TIC. IV. ESTUDIOS DE CASO SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOCIALES EN LA GESTIÓN PÚBLICA. 1. Plataformas de *crowdsourcing* ciudadano. Challenge.gov y SantanderCityBrain. 2. Plataformas de colaboración abierta entre empleados públicos. GitHub y NovaGov. V. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS.

---

### I. OBERTURA

Este artículo se adentra en los cambios que están iniciándose en un buen número de administraciones públicas contemporáneas como consecuencia de la incorporación de la última generación de tecnologías de información y comunicación (TIC), las denominadas tecnologías sociales. Este trabajo sostiene que la gestión pública se halla en un proceso de transformación, tal y como se manifiesta en otros órdenes de la vida económica, social, cultural o política, como resultado del proceso de adaptación a la nueva ola de cambio tecnológico en marcha, cimentada sobre unas nuevas bases de carácter abierto, colaborativo y relacional. A pesar de que no es posible establecer el alcance de los resultados de tales transformaciones, ni sus implicaciones en el desarrollo futuro de las administraciones públicas, este artículo anuncia que ese proceso de cambio en la gestión de las administraciones públicas implica la llegada de un nuevo paradigma, denominado gobernanza pública inteligente. En línea con lo ya apuntado por la literatura internacional, este paradigma todavía emergente se fundamentaría en nuevas capacidades organizativas e implicaciones para la relación entre administraciones públicas y ciudadanía, la existencia de una serie de tecnologías sociales, así como la adopción de unos valores nuevos de funcionamiento en el sector público más horizontales, abiertos al entorno y con una clara orientación a la innovación.

Desde una perspectiva teórica, existe abundante literatura que muestra que la evolución de la gestión de las administraciones públicas ha transitado de la mano de las transformaciones en las sociedades contemporáneas, especialmente, aquellas relacionadas con los cambios tecnológicos. De hecho, diversos autores han mostrado su interés por entender las interacciones entre las TIC y las administraciones públicas para, a su vez, ser capaces de comprender

sus implicaciones en la gestión pública contemporánea utilizando enfoques propios de las ciencias sociales (Bekkers y Korteland, 2006; Criado *et al.*, 2013; Fountain, 2001; Gil-García, 2012; Hood y Margetts, 2007; Mergel, 2012a). Lo anterior, no sólo con la intención de conocer el potencial de unas u otras herramientas tecnológicas sobre la eficiencia o eficacia del sector público, sino también porque las tecnologías han acompañado durante las últimas décadas a los diferentes paradigmas en la gestión pública (Criado, 2009; Dunleavy *et al.*, 2008). En concreto, conceptos como innovación abierta, apertura de datos, gamificación, redes sociales digitales o *crowdsourcing* se van integrando en el vocabulario de los especialistas en la gestión pública, por lo que es imprescindible su entendimiento, también para contribuir a desplegar todo su potencial de mejora en las organizaciones del sector.

Concretamente, este artículo explora el alcance del concepto gobernanza pública inteligente (*smart governance*), desde la hipótesis de que se trata de un nuevo paradigma en la gestión pública. Hasta el momento, diferentes autores han planteado algunos aspectos sectoriales del concepto, tales como la participación (Charalabidis y Loukis, 2012), el gobierno abierto y la creación de valor público (Harrison *et al.*, 2012) o la colaboración interorganizativa (Gil-García, 2012). En este sentido, las aportaciones más recientes de Scholl y Scholl (2014), Gil-García *et al.* (2014, 2016) y Noveck (2015) ofrecen una visión más comprensiva del significado de *smart governance* y, sobre todo, intentan adentrarse en la naturaleza de los nuevos principios, normas, herramientas y prácticas de lo que parece ser una nueva manera de gobernar lo público (o un nuevo paradigma de la gestión pública). Entre ellos, cabe destacar la incorporación de agentes externos a la organización a los procesos de adopción de decisiones, la difusión de dinámicas colaborativas para poner en marcha proyectos en grupos de trabajo distribuidos, la transparencia radical de los procesos de relación con el entorno o la transformación de las dinámicas de intermediación entre ciudadanía e instituciones. En consecuencia, la lógica *smart* en la gestión pública se encuentra muy estrechamente unida a la existencia de una nueva generación de tecnologías que no solo permiten la concreción de dinámicas de innovación, sino que además llevan insertos una serie de valores de la web 2.0 o los principios de transparencia, participación y colaboración del gobierno abierto.

Metodológicamente, este artículo pretende combinar una aproximación teórica y empírica a la realidad de la gestión de las tecnologías en las administraciones públicas contemporáneas. En un contexto en el que las tecnologías sociales se han abierto camino en nuestras sociedades, las siguientes páginas tratan de conectar la teoría de la gestión pública, a través de una revisión de los principales paradigmas desarrollados durante las últimas décadas, con evidencia que se deriva del análisis exploratorio de cuatro casos: dos plataformas sociales de *crowdsourcing* ciudadano (Challenge.gov y SantanderCityBrain) y

dos plataformas sociales para la innovación abierta entre empleados públicos (GitHub y NovaGob). En estos cuatro casos se traslucen algunas de las características diferenciales del paradigma de la gobernanza pública inteligente, aunque a través de esta estrategia investigadora no se pretenden ofrecer generalizaciones, ni una confirmación de la existencia de un nuevo paradigma en la gestión pública. De una manera más modesta, se aspira a una aproximación sistemática a un objeto de estudio que se encuentra en proceso de consolidación, contribuyendo con ello al debate sobre la *smart governance*, cada vez más presente en la literatura internacional.

El artículo se divide de la siguiente manera, a partir de la presente sección. En la siguiente se ofrece un recorrido por las principales corrientes que han inspirado la gestión pública contemporánea, desde la Administración Pública tradicional, pasando por la nueva gestión pública o la gobernanza pública, hasta lo que denominamos aquí gobernanza inteligente, tratando de evaluar sus dimensiones clave y las aportaciones más relevantes a las administraciones públicas contemporáneas. A continuación, y de cara a entender mejor las nuevas tendencias en la gestión pública, se explica sucintamente cómo se ha producido la intersección entre las TIC y la gestión pública durante las últimas décadas, de cara a reconocer la situación actual en la que una nueva ola de innovación tecnológica estaría transformando las oportunidades de las administraciones públicas, gracias a su coincidencia con unos valores asociados a la colaboración, la filosofía de la web 2.0 o el redescubrimiento del *open government* (y sus pilares de transparencia, participación y colaboración). A continuación, se presenta el análisis de los cuatro casos mencionados que todavía se encuentran en una fase emergente, pero que ya permiten vislumbrar el alcance y algunos resultados derivados de su implementación. Para concluir, el artículo se completa con unas reflexiones que resumen las principales contribuciones del artículo y abren nuevas líneas de trabajo para el futuro en el ámbito de las relaciones entre administraciones públicas y TIC.

## II. UN NUEVO PARADIGMA EN LA GESTIÓN PÚBLICA: LA GOBERNANZA PÚBLICA INTELIGENTE

Las últimas cuatro décadas han experimentado un intenso debate en la gestión pública en relación al origen de las reformas administrativas y herramientas aplicadas en el sector público, no solo en el ámbito de la OCDE, sino también en los países emergentes. A partir de finales de los años setenta, el modelo de Administración Pública inspirada en el ideal burocrático weberiano o Administración Pública tradicional (APT), parecía no encajar bien con el desarrollo de los Estados de bienestar y la expansión de las burocracias públicas para

la prestación de servicios generalistas (educativos, sanitarios, etc.), que iban más allá de la garantía de derechos y libertades, fundamento de las administraciones públicas del siglo XIX y principios del XX. Así, al calor ideológico de los cambios en los gobiernos de Thatcher en el Reino Unido y Reagan en los Estados Unidos se empezaron a plantear ideas alternativas. Por un lado, se comenzó a hablar de la necesidad de incorporar instrumentos y lógicas de acción importados del sector privado bajo la rúbrica de la nueva gestión pública (NGP) (Aucoin, 1995; Barzelay, 2001; Boyne, 2002; Christensen y Lægreid, 2007; Hughes, 2012). Desde otras fuentes filosóficas, se comenzó a poner sobre la mesa la pérdida de centralidad del papel del Estado y la necesidad de abrir la gestión de los asuntos públicos a la interacción con el entorno, en base a la idea de gobernanza pública, con una orientación hacia la colaboración de redes de actores para la configuración de las políticas o la prestación de los servicios públicos (Kettl, 2000; Kickert, 1997; Mayntz, 1998; Peters y Pierre, 1998; Rhodes, 1996). En definitiva, dos nuevos paradigmas en la gestión pública que han tenido distinto éxito en su aterrizaje dentro del gobierno de lo público.

Junto con esos dos grandes paradigmas en la gestión pública, en paralelo se ha desencadenado un proceso de revolución tecnológica de enorme calado. En línea con lo que Castells (2001) identificó hace casi dos décadas como era de la información o sociedad red, con el cambio de milenio, la llegada de ese fenómeno a la gestión pública se ha producido a través de conceptos como administración electrónica, gobierno electrónico o gobierno digital (Criado, 2009; Heeks, 2006; Kraemer y King, 2003; Scholl, 2014; Yildiz, 2007). Estos conceptos se centraron inicialmente en resolver problemas internos de eficiencia o eficacia en línea con la NGP (Dunleavy *et al.*, 2001; Gil-García *et al.*, 2010; Homburg y Bekkers, 2005), así como mejorar la relación con otros actores del entorno mediante la creación de portales web y la prestación de servicios electrónicos siguiendo los postulados de la gobernanza pública. Incluso se llegó a acuñar el término *digital era governance* para presentar ese nuevo enfoque en la gestión pública (Dunleavy *et al.*, 2006). Solo al iniciarse la segunda década del nuevo milenio, las transformaciones ligadas a la nueva generación de tecnologías y medios sociales, la filosofía de la web 2.0, la ética *hacker* y la revolución de los datos abiertos, así como la generalización de los principios y valores de la transparencia, participación y colaboración, estarían confluyendo para inspirar una manera diferente de entender la gestión pública en torno a un nuevo modelo de Estado abierto y unas administraciones públicas colaborativas. En consecuencia, a la luz de los avances en la investigación y las experiencias en marcha en diferentes contextos se podría afirmar que, al menos desde un punto de vista teórico, estarían poniéndose las bases de un nuevo paradigma denominado *gobernanza pública inteligente* (GPI), como siguiente fase en la evolución de la gestión pública contemporánea (véase la tabla 1).

TABLA 1. *Principales paradigmas en la gestión pública contemporánea*

	Administración Pública Tradicional	Nueva Gestión Pública	Gobernanza Pública	Gobernanza Pública Inteligente
Filosofía de referencia	Teoría política liberal. Modelo burocrático weberiano	Teoría económica. Gerencialismo (taylorismo) y nueva economía institucional	Teoría política democrática. Enfoques contingentes	Teoría política democrática. <i>Open government</i> . Economía colaborativa
Idea fuerza	Cumplimiento de normas y reglas	Búsqueda de la eficiencia económica	Construcción de coaliciones para lograr acuerdos sobre las necesidades sociales	Creación de valor público a través de la colaboración con la ciudadanía
Tipo de Estado y Administración Pública	Estado garante / administración burocrática	Estado regulador / administración postburocrática	Estado regulador / administración postburocrática	Estado abierto y delgado / <i>lean state</i> / administración abierta, transparente y colaborativa
Papel del gobierno	Remar	Timonear	Timonear / construir redes	Construir redes / crear valor público
Modelo de interacción social	Jerarquía	Mercado	Red	Comunidad
Diseño organizativo	Unidades administrativas integradas	Desagregación de unidades en agencias (agencialización)	Administración pública en red y partenariados público-privados	Administración pública en red y como plataforma / halocracia
Directivos públicos	Garantes del cumplimiento de las normas y el procedimiento	Emprendedores para mejorar los resultados en términos de eficiencia económica	Dinamizadores de redes de políticas públicas	Innovadores expertos en detectar nichos de creación de valor público y co-creación con la ciudadanía
Instrumentos para solucionar los problemas públicos	Programas públicos altamente regulados	Herramientas de gestión empresarial	Redes de actores prestadores de servicios públicos	Herramientas de la web 2.0 (apps, redes sociales, plataformas colaborativas, etc.), big data y laboratorios de innovación
Papel de la ciudadanía	Usuario	Cliente	Ciudadano-cliente	Ciudadano co-productor
Rol de las TIC	TIC para la automatización de tareas	TIC para la digitalización y la eficiencia	TIC para mejorar la relación con el entorno	TIC para la innovación pública colaborativa y la creación de valor público

*Fuente:* Elaboración propia en base a ideas de Arenilla (2012), Criado (2009), Hood (1991), Peters y Pierre (1998) y Pollit (2001).



Los sucesivos paradigmas en la gestión pública caracterizados en la tabla 1 (APT, NGP, *gobernanza pública* o *GPI*) como tipos ideales, se fundamentan en la identificación de una serie de dimensiones que han ido penetrando, con diferentes ritmos e intensidades, en distintos contextos y niveles de gobierno, a lo largo de las últimas décadas, sin que ello signifique que se trate de modelos completamente exhaustivos o totalmente excluyentes entre sí. De hecho, no cabe duda de que en los países con las economías más desarrolladas las administraciones públicas han ido adoptando principios, herramientas, instrumentos, etc., de gestión pública procedentes de varios de los tipos ideales identificados, sin que ello impida afirmar, por ejemplo, el alto impacto de la NGP dentro de los países anglosajones durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, o el reciente liderazgo de los Estados Unidos en el desarrollo de las bases del modelo de GPI, bajo el mandato presidencial de Obama. En casos como el español, la prevalencia de dinámicas de funcionamiento procedimentalistas basadas en la APT ha provocado que la aceptación de determinados aspectos procedentes de otros paradigmas se haya producido de una manera desigual (dentro de un mismo nivel de gobierno) y parcial (en aquellas administraciones públicas donde se han asumido determinadas prácticas post-burocráticas). Por consiguiente, resulta necesario concretar algo más los aspectos definidos en la tabla 1 de cara a conocer el posible alcance de cada uno de los paradigmas definidos.

A lo largo del siglo xx y hasta la década de los años setenta, la APT tuvo su momento de mayor auge. Lo anterior no impide afirmar su vigencia en cierta medida como paradigma de referencia en determinados contextos y su propia evolución hacia lo que se ha venido a denominar nuevo servicio público. El modelo de la APT surge en el momento de florecimiento de la teoría política liberal, bajo el predominio del modelo burocrático weberiano, que cuenta como eje central de interés el cumplimiento estricto de las normas para garantizar la igualdad de trato de los usuarios para, al menos en teoría, evitar cualquier discrecionalidad del poder público y del funcionariado. En consonancia con ello, el tipo de Estado sobre el que se asienta este modelo es netamente garantista en cuanto a su papel de control sobre el cumplimiento del ordenamiento jurídico, lo que lleva a la existencia de un tipo de administración pública altamente burocratizada y apegada al procedimiento. El papel del gobierno acorde con este paradigma se identifica con la metáfora de llevar los remos (de una embarcación), es decir, asumir las funciones básicas de gestión en un momento en que todavía el Estado de bienestar se encuentra en fase emergente. La jerarquía es el sistema de relación social de referencia y las estructuras ministeriales compactas forman parte del diseño organizativo preferido bajo este paradigma. Otros aspectos clave de este modelo de gestión pública se refieren al papel del directivo público como garante de la norma y el

recto cumplimiento del procedimiento administrativo, así como la consideración de las personas receptoras de los servicios públicos como usuarias cuya relación con las organizaciones públicas es meramente reactiva.

Este modelo mantiene su interés para el sector público, bien porque en algunos casos no se ha llegado realmente a configurar una administración pública burocrática, bien porque han surgido voces que han alentado una actualización del modelo al mundo contemporáneo. En efecto, diversos países, sobre todo en vías de desarrollo, no han sido capaces de asentar burocracias según la lógica weberiana, lo que ha supuesto una vía abierta a la adopción de otros modelos administrativos, sin disponer de los anticuerpos para eludir algunos de sus potenciales problemas, especialmente, la corrupción y la falta de capacidad profesional y directiva (Ramió, 2001). Al mismo tiempo, autores como Denhardt y Denhardt (2000) plantearon la necesidad de refrescar algunos de los postulados de la APT para adaptarlos a la realidad presente bajo el prisma de lo que han denominado nuevo servicio público (NPS). La definición del NSP se realiza para destacar un movimiento basado en la teoría política democrática, el rescate del papel de la ciudadanía frente a su rol como usuario o cliente, así como la vuelta a un papel estratégico del sector público en la sociedad. De hecho, se puede afirmar que el modelo clásico de administración pública weberiano (o neoweberiano en palabras de Pollit y Bouckaert, 2011) sigue sirviendo de inspiración para la función pública y estando de alguna manera presente entre las opciones de análisis de los especialistas en gestión pública.

El segundo de los modelos de gestión pública identificados aquí se refiere a la NGP. Ya se ha mencionado anteriormente el origen de este paradigma en un momento de puesta en cuestión de los Estados de bienestar, no solo desde el punto de vista de su sostenimiento económico, sino también desde la perspectiva de la gestión operativa de los servicios públicos. En consecuencia con ello, la NGP se inscribe en una filosofía economicista, que entronca con el taylorismo de principios de siglo, pero también con la nueva economía institucional, que en los setenta del siglo pasado adquiere un papel predominante en busca de la eficiencia económica como eje vertebrador de la actividad de las organizaciones públicas. Desde este punto de partida, el Estado va adquiriendo entonces un papel regulador, quedando vaciado de funciones, en la medida que se asume que el sector privado es más eficiente en el control de los recursos para la solución de problemas públicos. Desde una perspectiva organizativa, se genera un intento por desagregar las estructuras burocráticas tradicionalmente unitarias (ministerios), en aras de la creación de organizaciones de misión (agencias, organismos autónomos, empresas públicas, etc.) a las que proponer objetivos mensurables y, a la vez, exigibles a sus directivos, de manera que empieza a gozar de éxito el concepto administración

pública postburocrática. Adicionalmente, este modelo se inspira en la imagen del directivo público emprendedor, tal y como la dibujaron en su día Osborne y Gaebler (1992), así como la noción de ciudadano-cliente, aspectos que incidían en la necesidad de introducir dinámicas empresariales en las administraciones públicas.

La NGP ha inspirado importantes transformaciones en el sector público durante las últimas tres décadas, con resultados desiguales y, por supuesto, generando efectos deseados, pero también no deseados, por sus promotores. En términos generales, la aceptación del paradigma de la NGP en diferentes contextos partió de la base de la necesidad de actualizar unos patrones de funcionamiento del sector público asentados en un modelo de gestión pública que había nacido en un mundo diferente. En especial, países anglosajones como Australia, Nueva Zelanda o Reino Unido, pero también del entorno europeo continental, incluyendo algunos de los países del sur europeo, plantearon procesos planificados de modernización administrativa sobre la base de estos principios (Alba y Navarro, 2011; Bezes y Parrado, 2013; Barzelay y Gallego, 2010; Ongaro, 2008; Pollit y Bouckaert, 2011; Sotiropoulos, 2015). Más recientemente, no han dejado de plantearse críticas a este enfoque, en parte, por su vinculación con el neoliberalismo económico, en parte, por los propios problemas que la aplicación de determinados principios de la NGP ha supuesto en algunos casos y, también, por las propias incoherencias internas del modelo (Pollit y Bouckaert, 2011). Lo anterior ha llevado a la aparición de nuevas ideas unidas a este paradigma. A modo de ejemplo, los términos *whole-of-government* o *joined up governance* han incidido en los problemas derivados de la excesiva fragmentación del sector público y la necesidad de revertirlos con estrategias centradas en una perspectiva holística de la acción gubernamental (Christensen y Laegreid, 2007; Humpage, 2005; Ling, 2002; Pollit, 2003). En todo caso, la NGP sigue estando presente en la caja de herramientas que disponen los directivos públicos en su quehacer diario, así como siendo punto de referencia en los estudios sobre gestión pública contemporáneos.

Por su parte, el concepto gobernanza cuenta con un carácter polisémico dada su aplicación a diferentes contextos (como las relaciones internacionales), que no ha impedido a la gobernanza pública (en red) ser considerada uno de los paradigmas desarrollados durante las últimas décadas en la gestión pública. El origen de este concepto coincide aproximadamente en el tiempo con el surgimiento de la NGP y cuenta con algunos elementos comunes derivados de la realidad compartida en la que se inscriben, así como el tipo de Estado y Administración Pública en que se desarrollan (Bovaird, 2005). No obstante, los referentes teóricos son diferentes, ya que la gobernanza pública no se asienta en una visión economicista, sino más bien en una perspectiva que incide en el papel creciente del entorno y en la necesidad de construir redes de colabo-

ración con actores públicos-privados para solucionar problemas sociales (Fawcett y Daugbjerg, 2012; Osborne, 2006; Provan y Kenis, 2008; Robichau, 2011). Adicionalmente, este modelo pone el acento en el rol de construcción de coaliciones, que debería ser la principal función de las organizaciones del sector público, así como la superación de las ideas tradicionales de control y jerarquía, frente a la influencia y la red. Complementariamente, el papel de los directivos públicos consiste en consolidar esas redes en torno a políticas y servicios públicos concretos, mediante la aplicación de una serie de conductas directivas que inciden en la colaboración interorganizativa, tales como activar, enmarcar, movilizar o facilitar/sintetizar (Longo, 2012). Este paradigma para la gestión pública ha tenido un elevado impacto a la hora de estudiar y comprender las dinámicas de colaboración público-privadas, por ejemplo, a través de partenariados (PPP en sus siglas en inglés) (Bovaird, 2004; Hodge y Greve, 2007), o bien para abrir una nueva era de los estudios sobre redes de actores, tratando de simplificar la complejidad de gestión de determinadas áreas de política pública.

Las ideas y análisis en torno a la gobernanza pública y la gobernanza de las redes no han parado de crecer en los últimos años como consecuencia del incremento de la complejidad en las sociedades contemporáneas. En este sentido, autores como Klijn (2008) o Rhodes (2007) han vuelto a poner de manifiesto que el término gobernanza se ha usado de maneras diversas, si bien lo más común es el intento de mejorar la coordinación entre actores dependientes con el propósito de alcanzar soluciones a problemas sociales de la manera más óptima posible. En otras palabras, la gobernanza en redes ha puesto sobre la mesa la necesidad de llevar la gestión pública más allá de la comprensión de las herramientas internas de las que disponen las administraciones públicas, para situar el foco de atención en la promoción horizontal de las relaciones entre redes de actores para alcanzar metas colectivas. Lo anterior no es baladí, en la medida que pone en valor propuestas contingentes que van más allá del análisis organizativo interno de la gestión pública, incorporando como eje de interés la conformación de alianzas, que cada vez son más necesarias para afrontar problemas sociales complejos, retorcidos o perversos (*wicked-problems*) (Head y Alford, 2015; van Bueren *et al.*, 2003). Otras aproximaciones recientes ponen el acento en la pluralidad de propuestas que se derivan de la moderna idea de *governance* en la relación con el gobierno de lo público (Bevir y Rhodes, 2016; Turnbull, 2016). Consecuentemente, esta tradición administrativa es clave, dado que permite introducir en la agenda numerosas cuestiones de relevancia para las administraciones públicas contemporáneas que siguen imperando en las preocupaciones de académicos y profesionales del sector público.

Dentro de la tabla 1, la GPI representa el enfoque más reciente, que todavía se encuentra en fase de consolidación a mediados de la segunda década del

nuevo siglo, por lo que se trata de una propuesta en construcción. Desde 2010 se ha producido una aceleración de los cambios derivados de la nueva ola de innovación tecnológica que se encuentra en la base de una nueva manera de entender la política, la administración pública y, por tanto, la gestión pública (Criado, 2013; Subirats, 2012). En particular, este modelo se asentaría en unos principios y valores centrados en la filosofía abierta derivada de la llamada web 2.0 (con la Wikipedia como caso emblemático), la ética *hacker* colaborativa (Castells, 2013; Himanen, 2002), y la economía colaborativa o del bien común (ligada a la idea de procomún, más que a modelos de negocio predadores como Uber), que en el sector público se traduciría en el movimiento internacional en torno al *open government* y los pilares de la transparencia, participación y colaboración (Chun *et al.*, 2010; Dassen y Cruz, 2012; Hood, 2011; Jaeger y Bertot, 2010). En este sentido, la teoría política democrática se sitúa como eje vertebrador de una nueva manera de entender la gestión pública que hace de la transparencia, la participación y la rendición de cuentas sus pilares básicos. Además, la colaboración con la ciudadanía no se entiende como una excusa o un proceso exógeno, sino como una necesidad real de integración del conocimiento disperso en la sociedad para identificar y solucionar problemas públicos.

Este modelo surgiría en un momento en que ya pocos desean un Estado sobredimensionado e inflexible, sino más bien un sector público proporcionado, a la vez que ágil, pero, sobre todo, inteligente. Lo anterior se traduce en la capacidad de articulación de la acción de otros actores sociales y la capacidad de integrar lo mejor del entorno en base a la imagen de una administración pública como plataforma (Lathrop y Ruma, 2010). Entonces, aquí la creación de valor público no solo significa que los directivos públicos sean capaces de identificar nichos de interés, sino también de establecer espacios de co-creación de servicios públicos con la ciudadanía (Linders, 2012; Sørensen y Torfing, 2012). La disponibilidad de análisis de datos masivos (*big data*), junto con la existencia de plataformas sociales (a través de las que interactuar en tiempo real), así como la existencia de sensores y herramientas de escucha activa, permiten orientar la gestión pública hacia la generación de inteligencia en los procesos de gobierno (*smart governance*) (Noveck, 2015). Esta inteligencia se hace colectiva a través de los portales de transparencia, la conversación continua con la ciudadanía, la evaluación constante derivada de la trazabilidad dentro de los entornos digitales y la generalización de las comunidades de aprendizaje y puesta en marcha de innovación social en la solución de problemas públicos.

El paradigma emergente de la GPI se percibe en las inquietudes y casos de interés de los académicos y expertos en la administración pública contemporánea. Estos se orientan a promover procesos de innovación pública abierta y colaborativa para resolver problemas colectivos junto con la ciudadanía (Challenge.org, SantanderCityBrain, FixMyStreet, etc.) o para aumentar las capacidades

del sector público de cara a superar sus limitaciones organizativas mediante la colaboración entre empleados públicos (GitHub, NovaGob, GovLoop, etc.) (Clark *et al.*, 2013; Criado y Rojas-Martín, 2015; Criado *et al.*, 2013; Mergel, 2015; Mergel y Desouza, 2013). En este sentido, el nuevo rumbo de la gestión pública contemporánea no significa que se dejen de lado las inquietudes de los enfoques anteriores, sino que más bien estarían poniéndose las bases de una nueva manera de entender la gestión pública basada en el concepto *smart*, que ya había sido aplicado a las ciudades, pero que ahora alcanza al Estado y se concreta también en gobiernos y administraciones públicas (Chourabi *et al.* 2012; Gil-García, 2012; Gil-García y Aldama-Alda, 2013). Estos se piensan más abiertos y colaborativos, en la medida que el carburante de la innovación pública es su capacidad relacional. El calado y resultados de las transformaciones ligadas a la GPI no es algo que se pueda predecir, dado que todavía se encuentra en construcción. En todo caso, se trata de una nueva manera de entender la gestión pública desde una perspectiva pluralista, que admite la no existencia de soluciones unívocas para los problemas públicos. Al mismo tiempo, se pone en lugar predominante el papel de la apertura de datos públicos, las nuevas tecnologías sociales y la escucha inteligente de lo que sucede en el entorno, permitiendo a las administraciones públicas pensar en nuevas estrategias para gestionar los procesos internos de trabajo y la relación con la ciudadanía. A continuación se expone de manera más específica el papel que cada uno de los enfoques teóricos presentados ha concedido a las TIC.

### III. LA EVOLUCIÓN DE LOS PARADIGMAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON LAS TIC

Implícitamente, uno de los puntos de partida de este trabajo consiste en superar las reticencias en la relación de la gestión pública con las tecnologías, sobre todo, en base a la eliminación de prejuicios deterministas. Al menos desde el cambio de siglo, las tecnologías de información y comunicación (TIC) e Internet han concitado parte del interés en el estudio académico y la práctica profesional ligados a las administraciones públicas (Yildiz, 2007). Sin embargo, ese interés por la intersección entre las TIC y el sector público no es algo completamente nuevo. Durante décadas las administraciones públicas han ido adoptando tecnologías en diferentes etapas vinculadas a sus nuevas capacidades (Criado, 2009; Ferro *et al.*, 2011; Gil-García y Luna-Reyes, 2008; Jiménez *et al.*, 2011). Como refleja la tabla 2, se pueden identificar, al menos, cuatro olas de innovación tecnológica dentro de las administraciones públicas, considerando el potencial de las TIC en su relación con ellas. Cada una de esas etapas coincide, quizá con ciertos desajustes temporales, con los diferentes

paradigmas en la gestión pública analizados en la sección anterior. Esto no implica que la emergencia de los diferentes paradigmas en la gestión pública se deba a las oleadas tecnológicas propuestas, sin embargo, a continuación se mostrará que su alcance y resultados, en cierta medida, ha venido acompañada del tipo de tecnologías disponibles en cada momento.

TABLA 2. *Evolución de las Tecnologías de la Información y Comunicación en las Administraciones Públicas*

Aspectos de interés	1950-1970	1980-mediados 1990	Mediados 1990-2010	2010-
<i>Tipo de tecnología</i>	<i>Mainframes</i>	Micro-informática	www	Plataformas sociales
<i>Idea fuerza</i>	Automatizar	Informatizar	Digitalizar	Innovar
<i>Tema clave en la gestión de los sistemas de información</i>	Mantener los sistemas de información operativos y funcionando	Controlar y coordinar los sistemas de información en el conjunto de la organización	Adaptar los sistemas de información para alcanzar las necesidades de los clientes organizativos	Involucrar a la comunidad y a los clientes en los procesos de innovación: <i>wikigovernment</i> . Servir como plataforma
<i>Papel de las TIC</i>	Suplantar	Apoyar	Cambiar	Transformar
<i>Contenido de los puestos de trabajo</i>	Sustitución de la mano de obra por máquinas	Desarrollo de recursos de información de valor añadido Cambio de maneras de pensar y analizar	Cambio de maneras de hacer	Puestos de trabajo fluidos
<i>Modelos organizativos asociados</i>	Jerarquías organizativas centralizadas	Retos a las fronteras organizativas, tanto internas como externas	Creación de redes organizativas	Creación de redes organizativas. Halocracia
<i>Normas y culturas</i>	Culturas/normas tradicionales	Nuevas normas estratégicas y operativas; cambio de cultura		Filosofía web 2.0, <i>open government</i>

Fuente: Elaboración propia a partir de Criado (2009).

En un primer momento, las tecnologías en el sector público solo contaban con un papel limitado, muy en línea con las dinámicas de la APT, orientadas a la automatización de tareas. Ese esquema era propio de unas administraciones públicas que empezaron a incorporar las tecnologías de información a partir de mediados del siglo pasado, con el objetivo de suplantar determinadas actividades y cálculos realizados por seres humanos (Bellamy y Taylor, 1998). Las principales herramientas eran los llamados *mainframes*, que permitieron un importante avance en dos aspectos: primero, desarrollaron la capacidad de las máquinas para realizar tareas de procesamiento numérico a gran escala de forma rápida y, en segundo lugar, mejoraron su capacidad para ser programados (Criado, 2009). Por tanto, las tecnologías de información en ese primer momento se convirtieron en el complemento ideal del modelo tradicional de las grandes organizaciones burocráticas y la APT, con valores de la sociedad industrial y con escasa capacidad para ir más allá de suplantar determinadas tareas internas de gestión.

Las dos etapas siguientes coinciden en el tiempo con la aparición y desarrollo de los enfoques de la NGP y la gobernanza pública, de manera que algunos de sus componentes afectan a esos dos paradigmas, si bien de forma diferente. Desde los años ochenta del siglo pasado, la incorporación de los microordenadores dentro de las organizaciones públicas abrió un período que se identifica con la *informatización* del sector público (Criado, 2009). Esto coincidió con el incremento de la capacidad del *hardware*, «cerebro físico» de los ordenadores, para realizar cada vez mayor número de tareas y el desarrollo de la industria del *software*, o parte lógica-no física, mediante la creación de productos más fáciles para el usuario no especializado. Con ello se concretó un rápido desarrollo y difusión de la informática a un nivel micro y se pusieron en tela de juicio las estructuras de gestión y organizativas existentes y, muy especialmente, los procesos de trabajo (Danziger y Kraemer, 1986). Al mismo tiempo, se produjeron una serie de avances que consolidaron la revolución digital, también dentro de las administraciones públicas, a través de la expansión de las telecomunicaciones. A partir de los años noventa del siglo pasado, las innovaciones en la arquitectura informática y en los sistemas de información no pararon de crecer y estuvieron en la base de los desarrollos actuales de las TIC en las organizaciones públicas.

La aparición de la web y la socialización de Internet supusieron un hito clave para el desarrollo de una nueva lógica en la gestión de las organizaciones orientada al cambio en las formas de hacer dentro del sector público. La versión eficientista de la NGP implicó una utilización de esa capacidad tecnológica para orientarse a la optimización de los procesos internos, la reducción de determinadas cargas administrativas y la digitalización de procesos, en una lógica parecida al desarrollo del comercio electrónico en el sector privado. En otras palabras, se incorporaron en el sector público nuevas aplicaciones deri-



vadas de Internet y las páginas web que, por obra de sus responsables y no por las tecnologías en sí mismas, se centraron en promover una versión economista del despliegue de las TIC en la gestión pública (Criado, 2009). Desde una perspectiva externa y en línea con la gobernanza pública, también es cierto que las nuevas tecnologías digitales y sistemas de comunicaciones abrieron las puertas del sector público a otros actores, no solo a través de la puesta a disposición de información o servicios públicos en línea, sino también como consecuencia del desarrollo de sistemas de comunicaciones cada vez más sofisticados y la interoperabilidad entre las administraciones públicas (Criado *et al.*, 2011; Pardo *et al.*, 2012). Con ello, se evidencia que la manera de involucrar a las TIC en dinámicas más o menos centradas en la NGP o la gobernanza pública no reside tanto en las propias tecnologías, sino en los paradigmas dominantes en la gestión pública en cada momento y lugar.

La última fase de innovación tecnológica cuenta con unas características intrínsecas que están poniendo las bases de verdaderas transformaciones en determinados sectores económicos (las industrias culturales, viajes, prensa, etc.), en nuevos modelos organizativos y, parece que también, en la gestión pública. En este último plano, las capacidades disruptivas de las nuevas tecnologías sociales en el sector público derivan, entre otros, de factores como: 1) la incorporación de los agentes externos de la organización a los procesos de adopción de decisiones, 2) las dinámicas colaborativas que se requieren para poner en marcha determinados proyectos en grupos de trabajo distribuidos (halocracia), 3) la transparencia radical de los procesos de relación con el entorno, 4) la transformación de las dinámicas de intermediación, 5) la reducción de los costes de puesta a disposición de la información, 6) así como la evaluación continuada ligada a la trazabilidad de las acciones en esos nuevos espacios cooperativos digitales (Criado *et al.*, 2013; Criado y Rojas-Martín, 2013; Luna-Reyes y Gil-García, 2014; Mergel, 2012; Mergel y Bretschneider, 2013; Picazo-Vela *et al.*, 2012). Si bien la evidencia empírica todavía es débil, los primeros resultados disponibles muestran que los procesos de innovación abierta y colaborativa desarrollados gracias a esa nueva generación tecnológica llevan inoculado un nuevo *modus operandi*, capaz de alterar unas relaciones de poder jerárquicas por otras basadas en el mérito, así como una gestión pública cerrada, no participativa y fragmentada, por una gestión pública abierta, participativa y relacional.

#### IV. ESTUDIOS DE CASO SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOCIALES EN LA GESTIÓN PÚBLICA

La propuesta teórica de este artículo se completa con una aproximación a cuatro casos en los que las nuevas tecnologías sociales se han aplicado en

torno a la gestión pública con una lógica ligada a los principios, normas, herramientas y prácticas presentes en la GPI, tal y como se ha presentado antes. De entrada, hay que subrayar que la involucración de la ciudadanía en algunas de estas plataformas sociales desarrolladas por el sector público todavía no resulta masiva, lo que apela a los debates clásicos sobre la brecha digital (Criado y Barrero, 2014; Helbig *et al.*, 2009). Sin embargo, lo importante es que se tenga en cuenta que incluso un número limitado de participantes tiene un alto potencial de cambio institucional como consecuencia de la viralidad, inmediatez y compromiso de aquellos. En esta sección se analizan Challenge.gov y SantanderCityBrain, plataformas sociales orientadas a la incorporación de conocimiento disperso en la sociedad para lograr soluciones colectivas a problemas sociales, bajo la modalidad de *crowdsourcing* público (Mergel, 2015; Noveck, 2015). Al mismo tiempo, se analizan dos plataformas sociales digitales de colaboración entre empleados públicos de diferentes organizaciones públicas, GITHUB y NovaGob, centradas en la generación de innovación abierta superando las barreras burocráticas convencionales (Mergel, 2012; Criado *et al.*, 2016). Si bien los estudios de caso se construyen en base a un enfoque descriptivo, sin pretensión alguna de generalización, sus resultados pretenden centrarse en la identificación de los principios, normas, herramientas y prácticas del nuevo paradigma de la GPI.

## 1. PLATAFORMAS DE CROWDSOURCING CIUDADANO. CHALLENGE.GOV Y SANTANDERCITYBRAIN

Las plataformas de *crowdsourcing* ciudadano se orientan a la generación de procesos de producción e innovación colectiva involucrando a determinados colectivos sociales o bien al conjunto de una comunidad política, sobre todo, en el ámbito local. En concreto, las administraciones públicas que las promueven cuentan con un papel esencial a la hora de establecer las tareas y objetivos generales dentro de una comunidad de participantes voluntarios no expertos, normalmente ciudadanos que ofrecen parte de su tiempo y conocimiento dentro de ese espacio y contribuyen en las dinámicas de solución de problemas públicos que plantea la propia organización. En concreto, se puede tratar de concursos de ideas que las administraciones públicas premian mediante algún tipo de incentivo (económico, puntos o de otro tipo) o la involucración de la ciudadanía a través de diferentes medios en la solución de problemas públicos mediante la incorporación de conocimiento o saberes del entorno. En otras palabras, se puede promover el compromiso cívico con los asuntos públicos, se busca la creación de valor público a través de la colaboración directa con la ciudadanía o se orienta la actuación de la Administración Pública hacia una mayor transparencia y capacidad de colaboración con el entorno.

El caso de Challenge.gov es un ejemplo de una experiencia con un recorrido notable dentro de la Administración Pública en los Estados Unidos de América (EUA). Se trata de un caso derivado del *Memorandum del Presidente Obama sobre Transparencia y Gobierno Abierto* (White House, 2009) y la iniciativa de la General Services Administration (GSA) para crear una plataforma de apoyo a la estrategia de gobierno abierto mediante un instrumento de política pública denominado «concursos y premios» (White House, 2010). Los principios de la nueva plataforma digital se centraron en el establecimiento de mecanismos para lograr la atracción de nuevas ideas desde cualquier lugar para apoyar los retos ligados al cambio tecnológico, así como ayudar a acometer los retos sociales junto con los desafíos científicos, incluyendo un «Innovator's Tool Kit», con una enumeración de buenas prácticas en el uso de premios y concursos dentro del sector público estadounidense, así como motivando el uso de enfoques de innovación abierta (White House, 2012). De esa manera, se puede decir que es un caso íntimamente ligado a la estrategia de gobierno abierto del presidente Obama y coincide con sus pilares de participación ciudadana y colaboración con otros actores del entorno social.

A día de hoy, Challenge.gov se ha convertido en el modelo de plataforma de *crowdsourcing* ciudadano más importante a nivel internacional. Su lanzamiento se produjo en septiembre de 2010 y se convirtió en la plataforma social dominante de las agencias federales para promover competiciones para la identificación de soluciones a problemas sociales e incorporar el conocimiento existente fuera de las organizaciones públicas (Mergel y Desouza, 2013). En el momento de cerrarse este artículo se habían lanzado más de 640 competiciones, con más de 220 millones de dólares en premios para los ciudadanos y más de 250.000 participantes, no solo de los EUA, sino también de otros países. El funcionamiento concreto consiste en que, bajo el lema «government challenges, your solutions», las agencias gubernamentales (*seekers*) proponen un problema o pregunta y cualquier individuo (*solvers*) responde y envía soluciones. Las agencias gubernamentales solo «retribuyen» con un premio a aquellas soluciones que cumplen los criterios establecidos para alcanzar rentabilidad para la organización y se eligen como ganadoras, normalmente a través de votaciones abiertas. En suma, se trata de un espacio en el que las administraciones públicas involucradas buscan soluciones «bajo demanda», que proceden del entorno ante problemáticas públicas que identifican como relevantes para su actividad. En este caso, resulta especialmente clave la capacidad del gobierno de los EUA para utilizar las tecnologías sociales como un medio para la colaboración con la ciudadanía, convirtiéndola en co-productora de soluciones a problemas colectivos a los que se enfrentan las principales agencias públicas estadounidenses (incluyendo, entre otras, a la National Aeronautics and Space Administration, Food and Drug Administration o U.S. Census Bureau), que han colaborado en este caso de una manera creciente.

Por su parte, el caso de SantanderCityBrain confirma las oportunidades de las plataformas ciudadanas de *crowdsourcing* dentro del contexto local. En este caso, se trata de una plataforma social desarrollada por el Ayuntamiento de Santander, dirigida a todas las personas, sean o no vecinos de la ciudad, que deseen compartir propuestas, comentar y votar las ideas y proyectos que compartan otros usuarios, con el fin de colaborar en el desarrollo de la ciudad, en general, y la ejecución de su plan estratégico, en particular (Ayuntamiento de Santander, 2016). En este caso, una propuesta que estuvo inicialmente orientada a centrarse en la estrategia ciudad inteligente (*smart city*), se ha terminado ampliando de manera que el Ayuntamiento en cuestión ha identificado una oportunidad para desarrollar una colaboración más intensa con la ciudadanía a través de la captación de ideas sobre temas variados. Dicho de otra manera, se trata de un caso en el que también se pretende la creación de valor público a través de la construcción de redes y la incorporación a la organización municipal de conocimiento disperso en la sociedad.

El caso de SantanderCityBrain es un modelo de desarrollo de una plataforma por parte de una administración local que ha alcanzado un nivel elevado de participación, pero también de concreción del modelo de colaboración abierta con la ciudadanía a través de medios digitales. El número total de ideas planteadas ha superado las 1.300, con más de 2.500 usuarios, entre proponentes de ideas y otro tipo de participantes. Durante 2016 se ha puesto en marcha un concurso de ideas para decidir áreas en las que destinar un millón de euros del presupuesto municipal. Por tanto, se trata también de una iniciativa que se enmarca dentro de la lógica de «concursos y premios», en la que las personas no solo van planteando propuestas a determinados retos (tal y como plantean casos como Decide Madrid) sino que además van adquiriendo puntos a medida que realizan determinadas acciones dentro de la plataforma. Estas acciones pretenden aumentar el compromiso con la participación y son algunas como registrarse, invitar a registrarse a otro ciudadano, compartir una idea, recibir un voto positivo, emitir un voto positivo o poner un comentario en una idea. Este caso se inserta en el concepto de gamificación (o juegos serios), que se trabaja como medio para lograr una mayor participación e involucramiento de la ciudadanía dentro de plataformas sociales de este tipo. Por todo ello, se trata de un caso que también integra los principios, normas, herramientas y prácticas del nuevo paradigma de la GPI.

## 2. PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN ABIERTA ENTRE EMPLEADOS PÚBLICOS. GITHUB Y NOVAGOB

Las plataformas de colaboración abierta entre empleados públicos suponen una manera diferente de generación de innovación colaborativa dentro de

las administraciones públicas. En este caso, la innovación se plantea a través de la interacción de empleados públicos que se encuentran ubicados en organizaciones diferentes y que comparten algún objetivo común o desean desarrollar algún producto/servicio en colaboración con el trabajo de otros. En estos casos, la creación de valor se sitúa en la ruptura de las lógicas tradicionales de trabajo dentro de una organización o el cumplimiento estricto de las normas, de manera que se trata de desarrollar innovación basada en la integración de ideas y aportaciones de profesionales que pertenecen a organizaciones diferentes para solucionar problemáticas compartidas (Levine y Prietula, 2013; Sørensen y Torfing, 2012). Las implicaciones que se pueden derivar de estas experiencias son variadas y, en todo caso, contienen un alto interés de cara a mejorar la gestión pública desde la propia actuación de los empleados públicos, mediante el intraemprendimiento y en comunidades que rompen los silos organizativos. En estos casos, las plataformas sociales se utilizan para superar barreras espaciales y de tiempo, permitiendo a los empleados públicos desarrollar innovación abierta con pares de otras organizaciones diferentes. En estos casos, también hay una asimilación de los principios, normas, herramientas y prácticas del nuevo paradigma de la GPI.

El caso de GitHub se ha convertido en una plataforma de creación colaborativa de *software* en la que participan activamente cada vez más administraciones públicas y profesionales relacionados con el sector público. Esta comunidad social de programadores se centra en la reutilización del código creado por otras organizaciones previamente, haciendo cambios para su adaptación al contexto propio de aplicación. Tal y como ha apuntado Mergel (2015: 464) en su análisis del caso de las agencias federales de los EUA, la colaboración no solo se produce para «crear partes de código, tales como elementos de páginas web, o plataformas de datos abiertos, los equipos de investigación gubernamentales también comparten sus data sets, y algoritmos, y recientemente agencias seleccionadas han comenzado a co-desarrollar documentos de política pública en formato texto dentro de GitHub». La plataforma ofrece opciones de interacción social, de manera que las organizaciones y usuarios pueden crear un perfil propio, en el que introducir una fotografía, nombre completo, localización, dirección de correo electrónico y organización a la que pertenecen o a las que se vinculan dentro de la plataforma. Adicionalmente, hay una serie de datos que se muestran en el perfil por defecto, tales como el dato de incorporación a GitHub, el número de seguidores, a quiénes se sigue, así como el número de repositorios que se han destacado o la actividad pública. No obstante, no es necesario estar registrado en la plataforma para consultar los proyectos desarrollados dentro de GitHub.

El caso de GitHub demuestra el potencial para la colaboración abierta entre empleados públicos dentro de una plataforma abierta en la que pueden interactuar con otros profesionales del sector para desarrollar proyectos con-

juntamente, tanto de *software* como de otro tipo. Desde su fundación en febrero de 2008, el número de organizaciones públicas que han desarrollado proyectos de *software* de manera abierta y colaborativa ha crecido de manera exponencial, incluyendo casos como la National Aeronautics and Space Administration, General Services Administration, Department of Veteran Affairs, pero también otros ligados a la reutilización de datos de la plataforma Data.gov, el repositorio normativo de Congress.gov, la plataforma de peticiones de WhiteHouse.gov, o más recientemente, el desarrollo de la plataforma de gobierno abierto del Ayuntamiento de Madrid. Aunque no se dispone de datos específicos sobre los proyectos relacionados específicamente por organizaciones públicas, se considera que una parte no despreciable de sus 14 millones de usuarios en todo el mundo tiene alguna relación con el sector público. Adicionalmente, Mergel (2015) ha descubierto que las agencias públicas no solo utilizan *GitHub* para fines propios, sino que también colaboran con organizaciones sin fines de lucro (tales como Code for America o Open Knowledge Foundation), y mediante el análisis de redes sociales (ARS) se puede llegar a determinar las razones que llevan a las organizaciones a colaborar entre sí en este tipo de proyectos. En definitiva, GitHub es una plataforma social que ofrece notables oportunidades de colaboración entre organizaciones públicas, logrando con ello ahorros de costes y generando dinámicas cooperativas de alto valor añadido, no solo para el sector público, sino también para la ciudadanía.

El caso de NovaGob ofrece un ejemplo de plataforma social vertical especializada en el sector público en la que interaccionan sus profesionales de una manera abierta y sin ningún tipo de restricción organizativa. Esta red social profesional especializada en el ecosistema de lo público dentro del ámbito de habla hispana (inspirada en el caso de GovLoop en los EUA y Canadá) es una *spin-off* o EBC de la Universidad Autónoma de Madrid, creada por un grupo de académicos, empleados públicos y profesionales relacionados con las administraciones públicas. Como han puesto de manifiesto Criado, Rojas-Martín y Villodre (2016) y GovLab (2016), NovaGob conecta a miles de empleados públicos en los países hispanohablantes e incluye a profesionales de todos los niveles de gobierno con el propósito de que desarrollen proyectos de manera abierta y sin el control externo de sus organizaciones de pertenencia. A día de hoy, NovaGob se ha convertido en un ejemplo de colaboración abierta entre empleados públicos, es decir, un espacio en el que la interacción entre los actores participantes es persistente, sin el control de las organizaciones de pertenencia de los profesionales, dado que lo importante son las contribuciones e ideas relacionadas con un propósito común de colaboración o un objetivo concreto (Forte y Lampe, 2013; Mergel, 2015). En definitiva, la plataforma social NovaGob es un espacio social de colaboración abierto a cualquier empleado público que cuenta con un elevado potencial de crecimiento en el futuro.

El caso de NovaGob también ofrece un ejemplo del poder de la colaboración abierta entre empleados públicos, si bien con un foco más amplio en cuanto a las oportunidades de colaboración y los objetivos planteados. Desde la fundación de la red social en octubre de 2013, NovaGob está cerca de alcanzar los 8.000 miembros registrados en la plataforma procedentes de todos los países de habla hispana, con casi 200 grupos de trabajo, 2000 debates, más de 4.500 entradas/posts de blog, 550 eventos sobre administración pública publicados en una agenda colaborativa, 11 000 novatuits o 250 páginas wiki creadas. Adicionalmente, los empleados públicos pueden crear un perfil propio, en el que además de sus datos de referencia profesional o una fotografía, pueden incluir sus datos curriculares, mostrándose sus conexiones o sus principales acciones de interacción en las que participan. Como ha destacado en su estudio GovLab (2016), el centro de la interacción se produce en los grupos de trabajo, orientados a temas o propósitos de colaboración concretos (promoción del gobierno abierto, gestión de redes sociales en el sector público, identificación de retos de futuro de la gestión pública directiva, defensa de la igualdad de género, creación de un lenguaje administrativo claro, compartiendo libros sobre administración pública, promoción de una comunidad de transparencia pública, etc.). Recientemente, también se ha realizado un estudio sobre cómo y por qué se desarrolla la colaboración de los profesionales de lo público dentro de NovaGob (mediante análisis de redes sociales) y las dinámicas de poder que se activan (Villodre, 2016).

Lo importante de todo ello es mostrar que la colaboración abierta entre empleados públicos dispone de un espacio de referencia en el que se desarrollan proyectos específicos, que promueven la innovación en el sector público, superando las limitaciones tradicionales (organizativas, legales, temporales o espaciales), de manera que los intraemprendedores públicos pueden conectarse, compartir sus proyectos y enriquecer a, o ser enriquecidos por, una comunidad activa que crece dentro de un espacio digital de generación de conocimiento y desarrollo de la creatividad. En este caso también se han identificado los principios, normas, herramientas y prácticas del paradigma de la GPI y, al mismo tiempo, se ha puesto de relieve el importante potencial de las tecnologías sociales para configurar una nueva manera de entender la función pública, más centrada en la colaboración interorganizativa y la creación de redes de conocimiento.

## V. CONCLUSIÓN

El presente artículo ha construido una reflexión teórica y ha aportado evidencias sobre las transformaciones en marcha en la gestión pública contemporánea, centrándose para ello en las oportunidades derivadas de la nueva ola

de innovación tecnológica y su adopción en el sector público. Por un lado, se ha evidenciado que las últimas cuatro décadas han experimentado importantes debates teóricos en relación con las doctrinas administrativas de referencia en la gestión pública, que han caminado desde la administración pública burocrática weberiana hacia otras propuestas como la nueva gestión pública o la gobernanza pública. Desde un punto de vista teórico, este estudio ha asumido que la evidencia de los últimos años permite vislumbrar la llegada de lo que se ha calificado como gobernanza inteligente o *smart governance*, un nuevo paradigma en la gestión pública basado en la más reciente ola de innovación tecnológica centrada en las herramientas de *social media*, unida a principios derivados de la filosofía 2.0 y en línea con una clara orientación hacia prácticas como la incorporación de la ciudadanía en los procesos de adopción de decisiones públicas y con nuevas dinámicas de colaboración entre empleados y organizaciones del sector público. Una vez descritas las bases del nuevo modelo de GPI, el artículo ha profundizado en el papel de las tecnologías en los procesos de transformación de la gestión pública durante las últimas décadas, así como en las características de la nueva ola tecnológica en marcha. A continuación, el artículo ha presentado cuatro casos en relación con, por lado, el *crowdsourcing* ciudadano, analizando las plataformas Challenge.gov y SantanderCityBrain, y por otro, la colaboración abierta entre empleados públicos, analizando las plataformas GitHub y NovaGov. En todos ellos, se ha evidenciado la existencia de nuevos principios, normas, herramientas y prácticas para el funcionamiento del sector público, pasando de modelos jerárquicos, basados en reglas formales y silos organizativos, hacia un esquema de funcionamiento horizontal, con reglas flexibles y comunidades inter organizativas.

Este artículo ha puesto de manifiesto que las transformaciones de nuestras comunidades políticas también afectan de una manera directa a las administraciones públicas. Como sucede en otras dimensiones de la política, tales cambios se encuentran en proceso de consolidación y solo será posible su incorporación en el sector público si existe una ciudadanía preparada e inteligente, que apoye y dirija la construcción de un Estado inteligente (Noveck, 2015; Criado, 2016). Para ello no solo es necesario transparentar la acción pública u ofrecer mejores espacios de participación ciudadana, sino también establecer bases renovadas para un verdadero cambio en las reglas del juego que han operado durante las últimas décadas en la acción de gobiernos y administraciones públicas. Solo de esa manera será posible superar la desconfianza ciudadana en las instituciones, la falta de legitimidad en determinados actores políticos, así como las carencias de los procesos actuales de apertura gubernamental y participación ciudadana, al mismo tiempo que se adaptan las administraciones públicas a un nuevo modelo de sociedad que todavía se encuentra en proceso de construcción.



Futuros trabajos relacionados con las administraciones públicas serán necesarios para identificar el alcance de las promesas y su concreción en una mejor gestión de las políticas y servicios públicos. Por un lado, es imprescindible conocer cómo se están implementando en el sector público proyectos relacionados con datos abiertos, transparencia administrativa, participación 2.0, redes sociales, innovación o colaboración abierta. Aquí se requiere más evidencia empírica sobre las implicaciones de los proyectos en marcha que retórica superficial de emprendedores de políticas, si bien ello solo será posible con análisis de carácter longitudinal y sostenidos en el tiempo. Por otro lado, será necesario ampliar el foco de los análisis, dado que muchas de las iniciativas que se han puesto en marcha tienen un alcance global, tal es el caso de GitHub. Pero al mismo tiempo, otras experiencias se identifican con situaciones locales, dado que la creación de valor público se logra en la medida en que los proyectos sean capaces de solucionar problemas públicos concretos de una comunidad política específica. En definitiva, nos encontramos ante un momento de transición hacia un mundo cuyas claves solo podemos intuir, pero que no cabe duda parecen desafiar los principios, normas, herramientas y prácticas que se han dado por asentadas durante las últimas décadas en el ámbito de la gestión de las administraciones públicas.

### Referencias

- Alba, C. y Navarro, C. (2011). Administrative tradition and reforms in Spain: Adaptation versus innovation. *Public Administration*, 89 (3), 783-800. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9299.2010.01886.x>.
- Arenilla, M. (coord.) (2011). *Crisis y Reforma de la Administración Pública*. La Coruña: Netbiblo.
- Aucoin, P. (1995). *The New Public Management. Canada in Comparative Perspective*. Montreal: Institute for Research on Public Policy.
- Barzelay, M. (2001). *The New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*. Berkeley: University of California Press.
- Barzelay, M. y Gallego, R. (2010). The Comparative Historical Analysis of Public Management Policy Cycles in France, Italy, and Spain: Symposium Introduction. *Governance*, 23 (2), 209-223. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-0491.2010.01476.x>.
- Bekkers, V. J. J. M. y Korteland, E. (2006). Governance, ICT and the Innovation Agenda of Public Administration: A Comparison of some European Policy Initiatives. En V. J. J. M. Bekkers, H. van Duivenboden y M. Thaens (eds.). *Information and Communication Technology and Public Innovation* (pp. 22-50). Amsterdam: IOS Press.
- Bellamy, C. y Taylor, J. A. (1998). *Governing in the Information Age*. Buckingham: Open University Press.
- Bevir, M. y Rhodes, R. A. W. (2016). *Rethinking Governance. Ruling, Rationales, and Resistance*. Abingdon, Oxon: Routledge.

- Bezès, P. y Parrado, S. (2013). Trajectories of administrative reform: Institutions, timing and choices in France and Spain. *West European Politics*, 36 (1), 22-50. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/01402382.2013.742735>.
- Bovaird, T. (2004). Public-Private Partnerships: From Contested Concepts to Prevalent Practice. *International Review of Administrative Sciences*, 70 (2), 199-215. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0020852304044250>.
- (2005). Public governance: Balancing stakeholder power in a network society. *International Review of Administrative Sciences*, 71 (2), 217-228. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0020852305053881>.
- Boyne, G. A. (2002). Researching the New Public Management. En K. McLaughlin, S. P. Osborne y E. Ferlie (eds.). *New Public Management. Current Trends and Future Prospects* (pp. 324-338). London: Routledge.
- Castells, M. (2001). *La era de la información. La sociedad red*. 2ª ed. Madrid: Alianza.
- (2013). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza.
- Charalabidis, Y. y Loukis, E. (2012). Participative Public Policy Making Through Multiple Social Media Platforms Utilization. *International Journal of Electronic Government Research*, 8 (3), 78-97. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4018/jegr.2012070105>.
- Chourabi, H. et al. (2012). Understanding Smart Cities: An Integrative Framework, *45th Hawaii International Conference on System Sciences*, Hawaii. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1109/hicss.2012.615>.
- Christensen, T. y Laegreid, P. (eds.) (2007). *Transcending New Public Management: The Transformation of Public Sector Reforms*. Aldershot: Ashgate.
- (2007). The whole-of-government approach to public sector reform. *Public Administration Review*, 67 (6), 1059-1066. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1540-6210.2007.00797.x>.
- Chun, S. A., Shulman, S., Sandoval, R. y Hovy, E. (2010). Government 2.0. Making Connections between Citizens, Data and Government. *Information Polity*, 15, 1-9.
- Clark, B. J., Brudney, J. y Jang, S. G. (2013). Coproduction of government services and the new information technology: Investigating the distributional biases. *Public Administration Review*, 73 (5), 687-701. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/puar.12092>.
- Criado, J. I. (2009). *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- (2013). Open Government, Social Media y Sector Público. En R. Cotarelo (ed.). *Ciberpolítica. Las Nuevas Formas de Acción Política* (pp. 57-78). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (ed.) (2016). *Nuevas tendencias en la gestión pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Criado, J. I. y Barrero, D. F. (2014). Analyzing the Digital Divide and Electronic Government Demand. An Empirical Research of the Spanish Case. En M. P. Rodríguez-Bolívar (ed.). *Measuring e-Government Efficiency. The Opinions of Public Administrators and Other Stakeholders* (pp. 213-232). New York: Springer.
- Criado, J. I., Gascó, M. y Jiménez, C. E. (2011). Interoperabilidad de gobierno electrónico en Iberoamérica. Estudio comparativo y recomendaciones de futuro. *Reforma y Democracia*, 50, 77-104.

- Criado, J. I. y Rojas Martín, F. (eds.) (2013). *Las redes sociales digitales en la gestión y las políticas públicas. Avances y desafíos para un gobierno abierto*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- (eds.) (2015). *Casos de éxito en redes sociales de Administraciones públicas*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Criado, J. I., Rojas-Martín, F. y Villodre, J. (2016). Open collaboration among practitioners and public management researchers in the social media era. The case of NovaGov. Ponencia presentada en la 20th Annual Conference International Research Symposium on Public Management, Hong Kong.
- Criado, J. I., Sandoval-Almazán, R. y Gil-García, R. (2013). Government Innovation through Social Media. *Government Information Quarterly*, 30 (4), 320-328. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2013.10.003>.
- Danziger, James N. y Kraemer, K. L. (1986). *People and Computers. The Impacts of Computing on End Users in Organizations*. New York: Columbia University Press.
- Dassen, N. y Cruz, J. (eds.) (2012). *Open Government and Targeted Transparency. Trends and Challenges for Latin America and the Caribbean*. Washington D.C.: Inter-American Development Bank.
- Denhardt, R. B. y Denhardt, J. V. (2000). The New Public Service: Serving Rather than Steering. *Public Administration Review*, 60 (6), 549-559. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/0033-3352.00117>.
- Dunleavy, P., Margetts, H., Bastow, S. y Tinkler, J. (2006). *Digital Era Governance: IT Corporations, the State and E-government*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199296194.001.0001>.
- Dunleavy, P., Margetts, H., Bastow, S., Tinkler, J. y Yared, H. (2001). Policy Learning and Public Sector Information Technology. Contractual and E-Government Changes in the UK, Australia and New Zealand. Ponencia presentada en la Annual Conference of the American Political Science Association, San Francisco.
- Fawcett, P. y Daugbjerg, C. (2012). Explaining Governance Outcomes: Epistemology, Network Governance and Policy Network Analysis. *Political Studies Review*, 10 (2), 195-207. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1478-9302.2012.00257.x>.
- Ferro, E., Helbig, N. y Gil-García, J. R. (2011). The Role of IT Literacy in Defining Digital Divide Policy Needs. *Government Information Quarterly*, 28 (1), 3-10. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2010.05.007>.
- Forte, A. y Lampe, C. (2013). Defining, Understanding, and Supporting Open Collaboration Lessons from the Literature. *American Behavioral Scientist*, 57(5), 535-547.
- Fountain, J. E. (2001). *Building the Virtual State. Information Technology and Institutional Change*. Washington D. C.: Brookings Institution Press.
- Gil-García, J. R. (2012). Towards a Smart State? Inter-Agency Collaboration, Information Integration and Beyond. *Information Polity*, 17 (1), 269-280.
- Gil-García, J. R. y Aldama-Alda, A. (2013). Making a City Smarter through Information Integration. Angel Network and the Role of Political Leadership. *46th Hawaii International Conference on System Sciences*, Hawaii.

- Gil-García, J. R., Arellano-Gault, D. y Luna-Reyes, L. (2010). Gobierno electrónico en México (2000-2006). Una visión desde la nueva gestión pública. *11th Annual International Digital Government Research Conference*, Puebla, México.
- Gil-García, J. R. y Helbig, N. (2006). Exploring e-Government Benefits and success factors. *Encyclopedia of Digital Government*, 2, 803-811.
- Gil-García, J. R., Helbig, N. y Ojo, A. (2014). Being smart: Emerging technologies and innovation in the public sector. *Government Information Quarterly*, 31 (S1), 1-8. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2014.09.001>.
- Gil-García, J. R. y Luna-Reyes, Luis F. (2008). Una breve introducción al gobierno electrónico: definición, aplicaciones y etapas. *Revista de Administración Pública*, 43 (2), 49-72.
- Gil-García, J. R. y Pardo, J. (2005). E-Government Success Factors: Mapping Practical Tools to Theoretical Foundations. *Government Information Quarterly*, 22 (2), 187-216. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2005.02.001>.
- Gil-García, J. R., Zhang, J. y Puro-Cid, G. (2016). Conceptualizing smartness in government: An integrative and multi-dimensional view. *Government Information Quarterly*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2016.03.002>.
- GovLab (2016). *NovaGov. Creating a Community of Spanish Speaking Public Employees across National and Institutional Borders*. GovLab-Smarter state case studies. Disponible en: <http://www.thegovlab.org/static/files/smarterstate/novagob.pdf>.
- Harrison, T. M., Guerrero, S., Burke, G. B., Cook, M., Cresswell, A., Helbig, N., Hrdinova, J. et al. (2012). Open government and e-government: Democratic challenges from a public value perspective. *Information Polity*, 17 (2), 83-97.
- Head, B. W. y Alford, J. (2015). Wicked Problems: Implications for Public Policy and Management. *Administration and Society*, 47 (6), 711-739. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0095399713481601>.
- Heeks, R. (2006). *Implementing and Managing e-Government. An International Text*. London: Sage.
- Helbig, N., Gil-García, J. R. y Ferro, E. (2009). Understanding the Complexity of Electronic Government: Implications from the Digital Divide Literature. *Government Information Quarterly*, 26 (1), 89-97. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2008.05.004>.
- Himanen, P. (2002). *La ética hacker y el espíritu de la sociedad de la información*. Barcelona: Destino.
- Hodge, G. A. y Greve, C. (2007). Public-private partnerships: An international performance review. *Public Administration Review*, 67 (3), 545-558. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1540-6210.2007.00736.x>.
- Homburg, V. M. F. y Bekkers, V. J. J. M. (2005). E-Government and New Public Management: a Perfect Marriage? En V. J. J. M. Bekkers y V. M. F. Homburg (eds.). *The Information Ecology of e-Government* (pp. 155-170). Amsterdam: IOS Press.
- Hood, C. (1991). A Public Management for All Seasons? *Public Administration*, 69 (1): 3-19. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x>.
- (2011). From FOI world to wikileaks world: A new chapter in the transparency story? *Governance*, 24 (4), 635-638. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-0491.2011.01546.x>.

- Hood, C. y Margetts, H. (2007). *The Tools of Government in the Digital Age*. Londres: Palgrave.
- Hood, C. y Peters, G. (2004). The Middle Aging of New Public Management: into the Age of Paradox? *Journal of Public Administration Research and Theory*, 14 (3), 267-282. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/jopart/muh019>.
- Hughes, O. (2012). *Public Management and Administration*. 4ª ed. London: Palgrave Macmillan.
- Humpage, L. (2005). Experimenting With a «Whole of Government» Approach: Indigenous capacity building in New Zealand and Australia. *Policy Studies*, 26 (1), 47-66. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/01442870500041744>.
- Jaeger, P. T. y Bertot, J. C. (2010). Transparency and technological change: Ensuring equal and sustained public access to government information. *Government Information Quarterly*, 27 (4), 371-376. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2010.05.003>.
- Jiménez, C. E., Criado, J. I. y Gascó, M. (2011). Technological e-Government Interoperability. An Analysis of IberoAmerican Countries. *IEEE Latin America Transactions*, 9 (7), 1112-1117. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1109/TLA.2011.6129711>.
- Kettl, D. F. (2000). The Transformation of Governance: Globalization, Devolution, and the Role of Government. *Public Administration Review*, 60 (6), 488-497. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/0033-3352.00112>.
- Kickert, W. J. (1997). Public Governance in the Netherlands: an Alternative to Anglo-American Managerialism. *Public Administration*, 75 (4), 731-752. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9299.00084>.
- Klijin, E. (2008). Governance and Governance Networks in Europe. An Assessment of Ten Years of Research on the Theme. *Public Management Review*, 10 (4), 505-525. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/14719030802263954>.
- Kraemer, K. L. y King, J. L. (2003). Information Technology and Administrative Reform: Will the Time After e-Government Be Different? Ponencia presentada en *Heinrich Reiermann Schrift Fest*, 29 de septiembre, Post Graduate School of Administration, Speyer.
- Lathrop, D. y Ruma, L. (eds.) (2010). *Open government. Collaboration, transparency, and participation in practice*. Sebastopol, CA: O'Reilly Media.
- Levine, S. y Prietula M. J. (2013). Open Collaboration for Innovation: Principles and Performance. *Organization Science*, 25 (5), 1414-1433. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1287/orsc.2013.0872>.
- Linders, D. (2012). From e-government to we-government: Defining a typology for citizen coproduction in the age of social media. *Government Information Quarterly*, 29 (4), 446-454. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2012.06.003>.
- Ling, T. (2002). Delivering joined-up government in the UK: dimensions, issues and problems. *Public administration*, 80 (4), 615-642. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9299.00321>.
- Longo, F. (2012). Innovación en gobernanza. Entornos colaborativos y liderazgos relacionales'. *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, 80, 46-69.
- Luna-Reyes, L. F. y Gil-García, J. R. (2014). Digital Government Transformation and Internet Portals: The Co-Evolution of Institutions, Technology, and Organizations. *Govern-*

- ment Information Quarterly*, 31 (4), 545-555. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2014.08.001>.
- Mayntz, R. (1998). New Challenges to Governance Theory. *Jean Monnet Chair Papers, Instituto Universitario Europeo, The Robert Schman Centre*, 50.
- Mergel, I. (2012a). *Social Media in the Public Sector: A guide to participation, collaboration, and transparency in the networked world*. San Francisco: John Wiley and Sons.
- (2012b). The social media innovation challenge in the public sector. *Information Polity*, 17, 281-292.
- (2015). Open collaboration in the public sector: The case of social coding on GitHub. *Government Information Quarterly*, 32 (4), 464-472. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2015.09.004>.
- Mergel, I. y Bretschneider, S. (2013). A Three-Stage Adoption Process for Social Media Use in Government. *Public Administration Review*, 73 (3), 390-400. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/puar.12021>.
- Mergel, I. y Desouza, K. (2013). Implementing open innovation in the public sector: The case of Challenge.gov. *Public Administration Review*, 73 (6), 882-890. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/puar.12141>.
- Noveck, B. S. (2009). *Wiki Government. How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- (2015). *Smart Citizens, Smarter State*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4159/9780674915435>.
- Ongaro, E. (2008). Introduction: the reform of public management in France, Greece, Italy, Portugal and Spain. *International Journal of Public Sector Management*, 21 (2), 101-117. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1108/09513550810855618>.
- Osborne, S. (2006). The New Public Governance? *Public Management Review*, 8 (3), 337-387. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/14719030600853022>.
- Osborne, D., Gaebler, T. (1992). *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Wesley Publishing Company, Inc.
- Pardo, T. A. y Gil-García, J. R. y Luna-Reyes, L. F. (2010). Collaborative Governance and Cross-Boundary Information Sharing: Envisioning a Networked and IT-Enabled Public Administration. En R. O'Leary, D. Van Slyke y S. Kim (eds). *The Future of Public Administration, Public Management and Public Service around the World: The Minnowbrook Perspective* (pp. 129-140). Washington, DC: Georgetown University Press.
- Pardo, T. A., Nam, T. y Burke, G. B. (2012). E-Government Interoperability: Interaction of Policy, Management, and Technology Dimensions. *Social Science Computer Review*, 30 (1), 7-23. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0894439310392184>.
- Parrado, S. (2015). *El análisis de la gestión pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peters, B. G. y Pierre, J. (1998). Governance without Government? Rethinking Public Administration. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8 (2), 223-243. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordjournals.jpart.a024379>.
- Picazo-Vela, S., Gutiérrez-Martínez, I. y Luna-Reyes, L. F. (2012). Understanding risks, benefits, and strategic alternatives of social media applications in the public sector. *Govern-*

- ment Information Quarterly*, 29, 504-511. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2012.07.002>.
- Pollitt, C. (2001). Convergence: the Useful Myth? *Public Administration*, 79 (4), 933-947. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9299.00287>.
- (2002). The New Public Management in International Perspective. An Analysis of Impacts and Effects. En E. Ferlie, K. McLaughlin y S. B. Osborne (eds.). *The New Public Management. Current Trends and Future Prospects* (pp. 274-292). London: Routledge.
- (2003). Joined-up Government: A Survey. *Political Studies Review*, 1 (1), 34-49. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/1478-9299.00004>.
- Pollitt, C. y Bouckaert, G. (2011). *Public management reform: A comparative analysis: new public management, governance, and the neo-Weberian state*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Provan, K. G. y Kenis, P. (2008). Modes of network governance: Structure, management, and effectiveness. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 18 (2), 229-252. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/jopart/mum015>.
- Ramió, C. (2001). Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las Administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional. *Reforma y Democracia*, 21.
- Rhodes, R. A. W. (1996). The New Governance: Governing without Government. *Political Studies*, 44, 652-667. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9248.1996.tb01747.x>.
- (2007). Understanding Governance: Ten Years On. *Organization Studies*, 28 (8), 1243-1264. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/0170840607076586>.
- Robichau, R. W. (2011). The Mosaic of Governance: Creating a Picture with Definitions, Theories, and Debates. *Policy Studies Journal*, 39 (s. 1), 113-131. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.1111/j.1541-0072.2010.00389\\_8.x](http://dx.doi.org/10.1111/j.1541-0072.2010.00389_8.x).
- Scholl, J. (2014). The EGOV Research Community: An Update on Where We Stand. Ponencia presentada en el *13th International EGOV Conference*, Dublín, Irlanda, 1-3 de septiembre. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.1007/978-3-662-44426-9\\_1](http://dx.doi.org/10.1007/978-3-662-44426-9_1).
- Scholl, H. J. y Scholl, M. C. (2014). Smart Governance: A Roadmap for Research and Practice. *iConference 2014 Proceedings: Breaking Down Walls. Culture — Context — Computing*, 1, 163-176.
- Sørensen, E. y Torfing, J. (2012). Collaborative innovation in the public sector. *The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal*, 17 (1), 1-14.
- Sotiropoulos, D. (2015). Southern European Governments and Public Bureaucracies in the Context of Economic Crisis. *European Journal of Social Security*, 17 (2), 226-245.
- Subirats, J. (2012). ¿Qué democracia y qué Administración para la nueva época? Internet y la gestión pública. *Ekonomiaz*, 80 (2), 70-91.
- Turnbull, N. (2016) *Interpreting Governance, High Politics, and Public Policy*. Abingdon, Oxon: Routledge.
- Van Bueren, E. M., Klijn, E. H. y Koppenjan, J. F. M. (2003). Dealing with Wicked Problems in Networks: Analyzing an Environmental Debate from a Network Perspective. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 13 (2), 193. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/jopart/mug017>.

- Villodre, J. (2016). En la senda de la gobernanza inteligente. Un estudio de la innovación colaborativa en la gestión pública desde el análisis de redes sociales. Tesis de fin de grado. Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Autónoma de Madrid.
- White House (2009). Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies, Re: Transparency and Open Government. 21 de enero. Disponible en: [https://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/TransparencyandOpenGovernment](https://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment).
- (2010). Guidance on the Use of Challenges and Prizes to Promote Open Government. 8 de marzo. Disponible en: [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda\\_2010/m10-11.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda_2010/m10-11.pdf).
- (2012). Memorandum for the National Science and Technology Council Committee on Technology: Open Innovator's Toolkit. 8 de febrero. Disponible en: [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/openinnovatortoolkit\\_nstcmemo.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/openinnovatortoolkit_nstcmemo.pdf).
- Yildiz, M. (2007). E-government Research. Reviewing the Literature, Limitations, and Ways Forward. *Government Information Quarterly*, 24 (3), 646-665. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2007.01.002>.





# PREMISAS PARA LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN ELECTORAL ESPAÑOLA

## Premises regarding the introduction of Electronic Voting (E-Voting) into the Spanish Electoral Law

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Universidad de Oviedo

### *Cómo citar/Citation*

Presno Linera, M. A. (2016). Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 277-304.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.08>

### **Resumen**

La introducción legislativa del voto electrónico está condicionada al respeto de los elementos que configuran el sufragio como libertad subjetiva; es decir, debe ser universal, libre, igual, directo y secreto. Además, la dimensión objetiva de este derecho convierte en un “mandato de optimización” dicha introducción, si con ella se favorece su ejercicio. Estas premisas se analizarán tanto en el ejercicio presencial del voto como en el voto a distancia.

### **Palabras clave**

Democracia; sistema electoral español; voto electrónico.

### **Abstract**

The legislative introduction of Electronic Voting (E-Voting) is conditional upon respect for traditional requirements (general, free, equal, direct and secret) that define the right to vote as a civil right. Moreover, the objective dimension of this right converts this legislative introduction into an “optimization command”, if this meas-

ure favours its exercise. These premises will be analysed with regard to both in-person and absentee voting.

**Keywords**

Democracy; Spanish electoral system; electronic voting.

## SUMARIO

---

I. APROXIMACIÓN. II. PREMISAS PARA LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO DESDE LAS DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL. 1. Sufragio universal. Especial atención al voto electrónico presencial en Brasil. 2. Sufragio libre y secreto. 3. Sufragio igual. 4. Sufragio directo y personal. III. PREMISAS JURÍDICO-FORMALES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO. IV. PREMISAS TECNOLÓGICAS. V. PREMISAS SOCIOPO-LÍTICAS. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. APROXIMACIÓN

Bien entrado el siglo XXI sobraría casi recordar que el desarrollo y las aplicaciones de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) han venido provocando, y lo seguirán haciendo aún más, vertiginosos y profundos cambios en la política, la cultura y la economía de las sociedades contemporáneas<sup>1</sup>. Obviamente, el sistema democrático es uno de los ámbitos naturales de expansión de estas tecnologías, lo que también ha provocado, como señala el profesor Cotino Hueso (2011), el nacimiento de una variada terminología (*e-democracia*, *i-democracia*, democracia electrónica, *e-participación*, participación electrónica, *ciberdemocracia*, *tele-democracia*, democratización electrónica, *ciberpoder*, *ciberciudadanía*, *ciudadanía.com...*)<sup>2</sup>, que, aunque parece reiterativa, no siempre se refiere a las mismas cuestiones.

Es conocido que el desarrollo de las TIC ha suscitado propuestas que defienden su aplicación a instituciones ya presentes en el entramado democrático, como los «referendos electrónicos», de los que habla Rodotà (1997), o las «encuestas de opinión deliberativa», de las que se ha ocupado, entre otros, Fishkin (1995). También se sabe que su aplicación lleva aparejada una serie de riesgos, pero estos, al menos en nuestra opinión, no conducen de modo inexorable a una sociedad tecnocrática; creemos que también aquí, como ha suce-

---

<sup>1</sup> Véase, a modo de resumen sistemático, el reciente trabajo colectivo editado por los profesores Cotarelo y Olmeda (2015). Para tener una perspectiva más amplia de la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en el constitucionalismo, véanse los trabajos de Tribe (1991) y Sunstein (2001); el de Tribe también está en castellano (2003). Me he aproximado a esta cuestión en Presno (2011).

<sup>2</sup> Es de obligada lectura su estudio en Barrat y Fernández Riveira (2011).

dido a lo largo de la historia, todo avance tecnológico es susceptible de aplicaciones positivas y negativas, debiendo adoptarse las medidas necesarias para que las primeras sean la regla y las segundas una poco menos que inevitable excepción.

En todo caso, en estas páginas se tratará del «voto electrónico», expresión con la que nos referiremos a la emisión del sufragio a través de instrumentos electrónicos (urna electrónica, computadora u ordenador), aunque es habitual incluir en ella al entramado tecnológico que hace posible el ejercicio del voto y su escrutinio (registro y control de la identidad del elector, recuento de los sufragios emitidos, transmisión de los resultados y asignación de los puestos a elegir). En ocasiones, se asocia, de forma impropia, el voto electrónico con el mero escrutinio informatizado.

Y lo que debe quedar claro es que —como se expone en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la democracia electrónica (e-democracia), adoptada el 18 de febrero de 2009— la «democracia electrónica» debe ser una oportunidad para permitir y facilitar el suministro de información y deliberación, fomentar la participación ciudadana con el fin de ampliar el debate político y favorecer una mejor y más legítima adopción de decisiones políticas (Principio n.º 6 del Anexo)<sup>3</sup>, pero más y mejor tecnología no conduce por sí misma a más y mejor democracia (Principio n.º 49).

## II. PREMISAS PARA LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO DESDE LAS DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Salvo que se diga otra cosa, estas premisas se analizarán de manera simultánea en las distintas formas de ejercicio del derecho, presencial o a distancia<sup>4</sup>.

### 1. SUFRAGIO UNIVERSAL. ESPECIAL ATENCIÓN AL VOTO ELECTRÓNICO PRESENCIAL EN BRASIL

La exigencia, tanto en los textos constitucionales como en los tratados internacionales, de que el voto sea universal significa que en la articulación de

<sup>3</sup> [http://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/GGIS/CAHDE/2009/RecCM2009\\_1\\_and\\_Accomp\\_Docs/Recommendation%20CM\\_Rec\\_2009\\_1E\\_FINAL\\_PDF.pdf](http://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/GGIS/CAHDE/2009/RecCM2009_1_and_Accomp_Docs/Recommendation%20CM_Rec_2009_1E_FINAL_PDF.pdf) (consultado el 20 de noviembre de 2015).

<sup>4</sup> Se ocupa también de estas cuestiones Gálvez Muñoz (2009).

los procesos electorales se prescindirá, para delimitar la condición de titular del sufragio, de cualquier circunstancia personal, social, cultural, económica o política. Es evidente que esta abstracción no es absoluta, puesto que no pueden votar todas las personas; no pueden hacerlo ni los menores ni los declarados incapaces, ni tampoco, en numerosos ordenamientos o en algunos procesos electorales de otros, los extranjeros; asimismo, pueden quedar privados del ejercicio del sufragio, en todos o en algunos comicios, los nacionales que residan en el extranjero.

En todo caso, lo que se estudiará aquí es si el voto electrónico respeta el carácter universal del sufragio en el sentido de que debe poder ser ejercido por las personas mayores de edad y no declaradas incapaces sin necesidad de que cuenten con una especial aptitud en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación.

En esta línea, la Recomendación Rec (2004) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica, firmada en Estrasburgo el 30 de septiembre de 2004, propone que el sistema de voto electrónico sea comprensible y de fácil manejo<sup>5</sup>.

En el estado actual de desarrollo de las técnicas de voto electrónico se puede decir que existen fórmulas contrastadas que, por su sencillez técnica, permiten que el ejercicio electrónico del sufragio presencial sea accesible a todas las personas. El sistema brasileño es un buen ejemplo, pues luego de un proceso iniciado en 1986, se consiguió su aplicación «universal» ya en las elecciones municipales del año 2000 (110 000 000 de electores) y en las presidenciales de 2002 (115 000 000 de electores); en los comicios presidenciales de 2014 el censo electoral alcanzó los 142 822 046 electores. Cabe reseñar, aunque luego volveremos sobre ello, que en los últimos años se ha desarrollado una tecnología que permite la identificación biométrica de los electores mediante el registro de las huellas dactilares; se empezó a usar en 2008, en las elecciones de 2010 la usaron unos cuatro millones de electores, cifra que alcanzó los 23 851 673 en 2014, el 16% del electorado<sup>6</sup>.

El éxito, en términos de universalización y fiabilidad, del sistema brasileño ha permitido su exportación a países como Argentina, Ecuador, México, Paraguay y la República Dominicana y ha suscitado el interés en Alemania, Japón, Estados Unidos, Corea, Italia...

<sup>5</sup> Disponible en [http://www.coe.int/t/dgap/democracy/activities/ggis/default\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dgap/democracy/activities/ggis/default_EN.asp).

<sup>6</sup> <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado> (a 20 de noviembre de 2015).

GRÁFICO 1. *Urna electrónica brasileira*

*Fuente:* Tribunal Superior Eleitoral.

Y es que con su fórmula para el voto electrónico presencial, además de no excluir del proceso electoral a personas que estaban integradas en él antes de la fórmula electrónica, en Brasil se ha conseguido la inclusión de ciudadanos que, de hecho, sí estaban excluidos por razones socioculturales y geográficas. Debe recordarse, primero, que en ese país sigue habiendo todavía un número elevado de personas analfabetas, para las que la «urna brasileña» no representa problema alguno dado que en la pantalla aparecen, además del nombre del candidato, su fotografía, su número y los emblemas o logotipos, fácilmente reconocibles para un elector aunque no sepa leer ni escribir<sup>7</sup>.

En segundo lugar, la extensa y complicada orografía brasileña (8547403,5 kilómetros cuadrados, 5564 municipios) hacía dificultoso el ejercicio del sufragio

<sup>7</sup> Véase, con mucho más detalle, el informe explicativo que ofrece el Tribunal Superior Eleitoral en su página web <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-cartilha-por-dentro-da-urna> (a 20 de noviembre de 2015).

GRÁFICO 2. *Urna electrónica brasileña*

*Fuente:* Tribunal Supremo Eleitoral.

en municipios en los que, como explicó el Tribunal Superior Eleitoral<sup>8</sup>, únicamente se puede acceder en helicóptero (estado de Goiás), después de un trayecto de 16 horas en barco (estados de Amazonas y Acre) o que pertenecen a estados (Minas Gerais) más extensos que la mayoría de los países europeos y todavía con vías de comunicación muy precarias. Para hacer frente a estos problemas se diseñó una urna pequeña, rústica, de peso reducido, de fácil almacenamiento y transporte, y que funciona con batería en los sitios sin energía eléctrica.

En un país con estas circunstancias un sistema como el descrito no solo no menoscaba la dimensión subjetiva del derecho sino que la hace más efectiva, por lo que su introducción más que una opción del legislador es un deber derivado de la dimensión objetiva del derecho de voto. Y todo el procedimiento de voto electrónico está pensado para responder a las necesidades brasileñas que hoy suponen un electorado de más de 143 000 000 de personas, cientos de partidos políticos y decenas de miles de candidatos.

Es obvio que en España la coyuntura es bien distinta: para el ejercicio presencial del sufragio el sistema de papeletas impresas y la distribución de urnas en los más de 8000 municipios no produce exclusión alguna, salvo en el caso de las personas invidentes, sobre el que nos extenderemos más adelante. Por tanto, en este caso, las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho fundamental ni exigen ni prohíben la introducción del voto electrónico, depen-

<sup>8</sup> <http://www.tse.gov.br> (a 20 de noviembre de 2015).



diendo en última instancia de una decisión política y de la consiguiente articulación legislativa. Pero desde la perspectiva de la universalidad, el voto electrónico presencial —otra cosa sería el sufragio electrónico a distancia— no parece que favorezca en España una mayor participación.

Al respecto, es oportuno recordar que la citada Recomendación Rec (2004) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa señala que los sistemas de votación electrónica se diseñarán, en la medida de lo posible, con el fin de aprovechar al máximo todas las ventajas que estos sistemas pueden ofrecer a las personas con discapacidades. Y en España la fórmula del sufragio asistido, vigente hasta 2007, si no afectaba a la universalidad del voto sí menoscababa su carácter secreto y, por tanto, libre. Para solucionar esta situación se modificó el artículo 87 de la LOREG articulando un sistema de voto en papeleta auxiliado mediante instrucciones en lenguaje Braille<sup>9</sup>, pero que no es de aplicación a las elecciones locales. Este procedimiento de votación consiste en entregar en la mesa electoral el día de las elecciones un «kit de votación accesible» (con documentación informativa en Braille) a las personas que lo hayan solicitado.

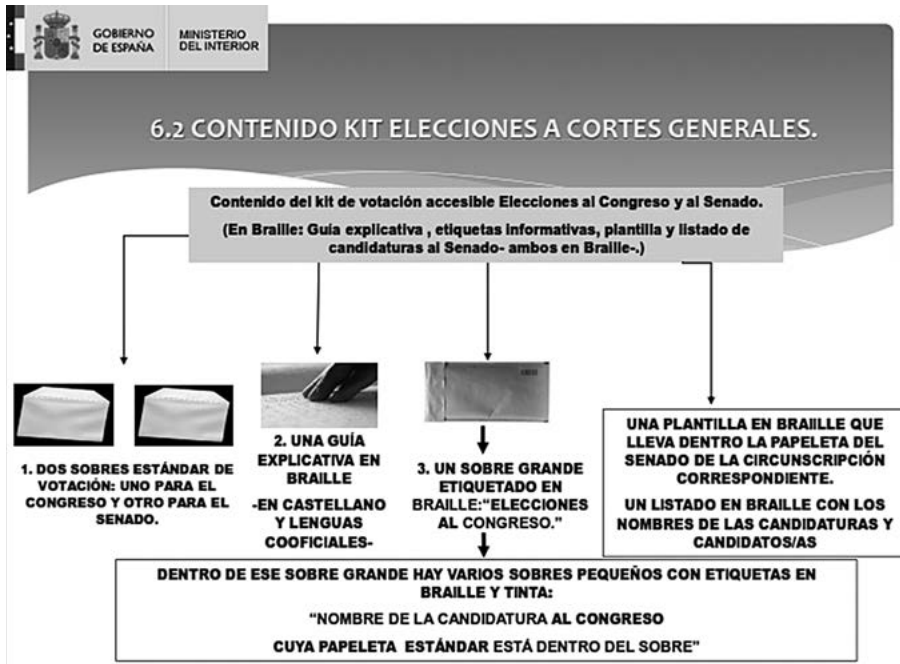
Por lo que se refiere a otros colectivos que padecen dificultades para el ejercicio del sufragio, debe tenerse presente que el modo en el que habitualmente ejercen el voto las personas embarcadas, ausentes o con una discapacidad que les impide desplazarse es el voto por correspondencia, que, como es sabido, ha planteado numerosos problemas, sobre todo para los residentes en el extranjero<sup>10</sup>, que son cada vez un colectivo más numeroso. Así, los datos oficiales elevan a 1 875 272 el número de personas residentes en el extranjero que tienen derecho de voto en las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015; son 392 522 más que en las de 2011 (26,47% más). En 17 provincias —casi el 33% de las circunscripciones— el número de electores residentes en el extranjero supera los 30 000. Es evidente que en un contexto de resultados electorales muy ajustados, unos miles de votos pueden ser determinantes del resultado final en esas provincias y, por extensión, en todo en el proceso e, incluso, en la investidura para la Presidencia del Gobierno.

---

<sup>9</sup> Desarrollado a través del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio y la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, por la que se desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, regulado en el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

<sup>10</sup> Véase el análisis de García Mahamut (2009: 523).

GRÁFICO 3. *Contenido kit elecciones a Cortes Generales*<sup>11</sup>



Fuente: Ministerio del Interior.

Pero aunque no fuera así, cualquier persona con derecho de voto, resida o no en España, debe ser tratada con la misma dignidad, lo que supone, en términos constitucionales, garantizarle similares oportunidades para ejercer un derecho fundamental, algo que, obviamente, corresponde a los poderes públicos obligados. No en vano el artículo 68 de la Constitución proclama que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España».

No obstante este claro mandato constitucional, desde la reforma de las condiciones para el ejercicio del sufragio desde el extranjero llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, parece claro que algo no funciona bien, pues el número de votantes se redujo, entre 2008 y 2011, en un 27%. El cambio llevado a cabo en 2011 con el argumento, en principio

<sup>11</sup> Diapositiva tomada de la presentación que ofrece el Ministerio del Interior: <http://www.infoelectoral.interior.es/web/guest/accesibilidad-y-procesos-electorales> (a 20 de noviembre de 2015).

loable, de evitar el fraude, incluido el «el voto *post-mortem*», ha supuesto una serie de trámites burocráticos que provocan un claro efecto desaliento: inscribirse en el Censo, solicitar el voto y ejercer el sufragio<sup>12</sup>. ¿Y qué problemas hay? Los hay a la hora de informar y atender por parte de los con-

---

<sup>12</sup> De acuerdo con el artículo 75.1 LOREG: «En las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, miembros de las Asambleas de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y Diputados al Parlamento Europeo, cuando en este último caso se opte por la elección en España, los españoles inscritos en el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero deberán formular mediante impreso oficial la solicitud de voto dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Dicho impreso será remitido a los españoles inscritos en el mencionado Censo, sin perjuicio de encontrarse disponible desde el día siguiente al de la convocatoria electoral en las dependencias consulares y de poder obtenerse por vía telemática. Al impreso de solicitud se acompañará fotocopia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad, expedidos por las autoridades españolas o, en su defecto, certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia.

2. Recibida la solicitud, las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral remitirán a la dirección de la inscripción del elector las papeletas y el sobre o sobres de votación, dos certificados idénticos de estar inscrito en el Censo de Residentes Ausentes, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral competente y otro con la dirección de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que están inscritos.

3. Dicho envío debe realizarse por correo certificado y no más tarde del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria, en aquellas provincias donde no hubiese sido impugnada la proclamación de candidatos, y en las restantes, no más tarde del cuadragésimo segundo.

4. Los electores que opten por ejercer por correo su derecho de voto, deberán incluir en el sobre dirigido a la Junta Electoral correspondiente, junto al sobre o sobres de votación y el certificado de estar inscrito en el censo, fotocopia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad expedidos por las autoridades españolas o, en su defecto, certificación de nacionalidad o certificación de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia y enviar todo ello en el sobre dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito, por correo certificado no más tarde del quinto día anterior al día de la elección.

5. Los electores que opten por depositar el voto en urna, lo harán entre el cuarto y segundo día, ambos inclusive, anteriores al día de la elección entregando personalmente los sobres en aquellas Oficinas o Secciones Consulares en las que estén inscritos o en

sulados españoles; los hay en el momento de inscribirse cuando se trata de personas que residen temporalmente fuera, pues deben entregar la solicitud de forma presencial en el consulado o embajada, que puede estar a cientos o miles de kilómetros de distancia; los hay a la hora de recibir la documentación y remitir el voto, pues una y otro puede demorarse bastantes días dependiendo de la eficacia del servicio de correos en los diferentes países. Y todo ello en el contexto de un proceso electoral con plazos muy breves y tasados. La propia defensora del pueblo ha dicho por escrito que «sería deseable una modificación normativa que no hiciera depender de sistemas postales de otros países la efectiva recepción de la documentación electoral para el elector residente en el extranjero que ha solicitado en tiempo y forma las papeletas».

La introducción del voto electrónico presencial en nada mejoraría la situación de los electores que residen en el extranjero, de las personas embarcadas o de las que, residiendo en España, no pueden desplazarse a las

---

los lugares que a tal efecto se habiliten para ello. A este fin, las dependencias consulares habilitadas dispondrán de una urna o urnas custodiadas por un funcionario consular.

6. El elector acreditará su identidad ante el funcionario consular mediante el pasaporte, el Documento Nacional de Identidad o la certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia, y, previa exhibición y entrega de uno de los certificados de inscripción en el censo de residentes ausentes que previamente ha recibido, depositará el sobre dirigido a la Junta Electoral competente para su escrutinio, una vez que el funcionario consular estampe en dicho sobre el sello de la Oficina Consular en el que conste la fecha de su depósito.

7. Durante los días señalados para efectuar el depósito del voto en urna los responsables consulares deberán establecer las medidas para facilitar el ejercicio del mismo por los electores, así como aquellas que se consideren necesarias para la correcta guarda y custodia de las urnas, que incluirán el precintado de las mismas al finalizar cada jornada. Los representantes de las candidaturas concurrentes a las elecciones podrán estar presentes en las dependencias consulares habilitadas durante los días del depósito de voto en urna.

8. Finalizado el plazo del depósito del voto en urna, el funcionario consular expedirá un acta que contendrá el número de certificaciones censales recibidas y, en su caso, las incidencias que hubieran podido producirse, así como el número de sobres recibidos por correo hasta la finalización del depósito del voto en urna. Al día siguiente, los sobres depositados por los electores y los recibidos por correo junto al acta expedida por el funcionario consular deberán ser remitidos, mediante envío electoral, a la Oficina que a estos efectos se constituya en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la cual, a su vez, procederá al envío urgente de dichos sobres a las Juntas Electorales correspondientes...».

respectivas mesas electorales. Sí podría ofrecer una alternativa razonable la eventual aprobación de un sistema de voto electrónico a distancia, que evite desplazamientos y trámites lentos, en los que además pueden incidir factores, como el funcionamiento de los servicios postales de otros países, que quedan fuera del alcance de los poderes públicos españoles. En esa línea iba la Proposición de Ley registrada, el 3 de octubre de 2013, por PSOE, IU y UPyD en la Junta General del Principado de Asturias<sup>13</sup>; recogiendo el contenido de un Dictamen<sup>14</sup> de la Comisión Especial no Permanente de estudio, debate y, en su caso, propuesta de reforma sobre el régimen electoral autonómico asturiano se propuso «abordar la implantación del llamado voto electrónico, siempre que resulten garantizadas las condiciones que aseguren el ejercicio personal y el carácter secreto del derecho de sufragio activo. Este procedimiento se considera particularmente adecuado para el voto de los residentes ausentes»; esta Proposición no fue, finalmente, tomada en consideración pero, con el inicio de la Legislatura tras las elecciones autonómicas de 24 de mayo de 2015, se han retomado los trabajos de reforma de la Ley electoral asturiana, entre los que se incluye el estudio del voto electrónico para los electores ausentes.

Al respecto, queremos señalar que, en nuestra opinión, las leyes electorales autonómicas pueden incorporar el voto electrónico a los comicios a las respectivas asambleas legislativas porque el legislador electoral autonómico está habilitado para innovar en las formas de ejercicio del sufragio, puesto que la reserva legal en la materia lo es a favor del órgano dotados de competencias, que no es otro que el Parlamento de la Comunidad Autónoma<sup>15</sup>. Y eso es lo que ha llevado a cabo el Parlamento vasco con la Ley 15/1998, de 19 de junio, «la primera respuesta al desafío de las nuevas tecnologías y sus implicaciones en el proceso democrático» (Exposición de motivos). No nos ofrece duda alguna la constitucionalidad de esta reforma legal, que hasta la fecha no ha sido imitada en las restantes leyes electorales autonómicas. Sin embargo, no deja de llamar la atención que transcurridos 17 años desde su aprobación nunca se haya puesto en práctica, ni en los comicios autonómicos ni en las elecciones a las Juntas Generales<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Puede leerse en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/10/proposicic3b3n-de-modificac3b3n-de-la-ley-electoral-de-asturias.pdf> (a 20 de noviembre de 2015).

<sup>14</sup> <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/07/dictamen.pdf> (a 20 de noviembre de 2015).

<sup>15</sup> Me extendo sobre estas cuestiones en Presno (2004: 173 y 2007: 101).

<sup>16</sup> Para información en Internet, véase [http://www.euskadi.net/botoelek/indice\\_c.htm](http://www.euskadi.net/botoelek/indice_c.htm) (a 20 de noviembre de 2015).

## 2. SUFRAGIO LIBRE Y SECRETO

El carácter libre del sufragio es un requisito imprescindible y, por ello, redundante en un sistema que se califique de democrático, pues la libertad en el ejercicio de la autodeterminación política en que consiste el sufragio es consustancial a la democracia. Si el ejercicio del voto está sometido a amenazas, coacciones o cualquier tipo de influencia externa que coarte la capacidad de decisión del electorado, no nos encontramos ante un proceso democrático. Directamente relacionado con esta exigencia está el carácter secreto del voto, que no es sino una garantía de la libertad.

En las normas reguladoras de los procedimientos electorales suelen incluirse una serie de previsiones dirigidas a asegurar que la formación de la voluntad de los ciudadanos en orden a la emisión del voto sea lo más autónoma posible; con este fin se prohíben actos de campaña electoral el día de la elección o en algunos países, como en España, la jornada anterior, para sustraer al elector de eventuales presiones propagandísticas en los momentos inmediatamente anteriores al sufragio. Dicho sea entre paréntesis, en mi opinión, estas limitaciones a las libertades de expresión —entre otros, de quienes integran las candidaturas— y de información —no cabría publicar entrevistas—, inexistentes en muchos países avanzados (Estados Unidos o Gran Bretaña, por ejemplo), carecen de sentido. El que se le atribuye —garantizar la libertad del electorado— parece un ejercicio de paternalismo, como si los millones de personas que integran ese colectivo no pudieran, si quieren, sustraerse a esa petición del último momento, que, por otra parte, puede tener especial relevancia si en esas 48 horas finales ocurre algún suceso relevante. Llevada al extremo esta prohibición, habría que obligar a que a las cero horas del día anterior a la votación se hubieran retirado todas las vallas publicitarias para que su presencia no perturbe la reflexión ni la votación. También aquí se evidencia que tenemos una Ley electoral analógica, de eficacia más que dudosa en unas redes sociales electrónicas donde la publicidad electoral es constante, en tiempo real y en modo alguno se detiene a las cero horas del día anterior a las votaciones.

Ese mismo objetivo persigue la limitación de la posibilidad de publicar estudios y encuestas de intención de voto en los días inmediatamente anteriores a los comicios; lo que también, a mi juicio, carece de cualquier fundamento democrático y tendría que ser derogada: si esos estudios no contienen elementos suficientes para anticipar o condicionar el resultado electoral, su conocimiento por parte del electorado sería inocuo; si de verdad los incluyen la pregunta que surge es cómo se puede justificar que no se puedan conocer en la fase final del proceso de formación de la voluntad del electorado. Debe repararse, además, que la prohibición afecta a «la publicación y difusión o repro-

ducción de sondeos electorales», no a su realización, de manera que las formaciones políticas que participan en la campaña electoral realizan dichos sondeos en las fechas prohibidas para su divulgación y pueden, incluso, orientar sus mensajes de acuerdo con esas encuestas, mientras que el electorado carece de esa información, incluido el eventual cambio en las propuestas de las candidaturas derivado de los sondeos de intención de voto. Por mencionar ejemplos de derecho comparado donde tal prohibición no existe cabe citar, entre otros países, Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Holanda, Japón, Nueva Zelanda, Reino Unido o Suecia<sup>17</sup>.

A estos argumentos de fondo se puede añadir que, en los tiempos actuales, esta prohibición —y correspondiente sanción— puede ser eludida vía electrónica, pues es posible publicar las encuestas en medios de comunicación extranjeros (incluso en algunos que formen parte del mismo grupo editorial que uno español) y el acceso a sus ediciones digitales puede hacerse sin problema desde España. El propio Consejo de Estado español abogó, en su «Informe sobre la reforma electoral»<sup>18</sup>, de 2009, por suprimir esta prohibición, con la cautela de añadir unas exigencias de calidad mínima a estos estudios.

Incluso la posibilidad de votar por correspondencia, aunque no se contemple como garantía de la libertad, puede contribuir a que el hecho de votar esté exento de condicionamientos exteriores cuando exista algún tipo de presión política o social en contra de la participación en un determinado proceso electoral; en esta línea de garantizar la libertad del sufragio se podría citar también la existencia del «permiso retribuido para votar».

Ya se ha apuntado que el secreto del voto es una garantía con la que se pretende asegurar que será una expresión libre de la voluntad del elector, quien podría sentirse coartado en el supuesto de que fuese posible conocer, sin su consentimiento, el sentido de su voto. En rigor, no se trata de que el voto tenga que mantenerse reservado por parte del elector, sino que no pueda conocerse en contra de su voluntad, por lo que no resultaría afectado este principio si por las circunstancias que sean el individuo decide revelar si ha votado, o no, y en caso afirmativo cuál ha sido el sentido de su pronunciamiento. No obstante, en algunos ordenamientos se prohíbe la revelación del voto por parte del titular del derecho durante el desarrollo del acto electoral, impidiendo que el elector exhiba el sufragio o realice manifestaciones sobre el contenido del mismo.

El aseguramiento de la privacidad del voto se ha articulado a través de una serie de instrumentos técnicos, que van desde las características que han

<sup>17</sup> Puede verse el estudio de Chung (2012).

<sup>18</sup> <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (a 20 de noviembre de 2015); véase el análisis de Sánchez Navarro (2011: 195).

de revestir los sobres y papeletas electorales hasta la existencia de una cabina de votación dotada de las características precisas para asegurar el anonimato.

Ya se ha apuntado que este requisito no se cumplía en el caso de las personas ciegas, pues al necesitar la ayuda de otra persona quedaba anulado el secreto. Por eso la dimensión objetiva del derecho exigía una reforma legal que colocara en igualdad de condiciones a estas personas. En Colombia, el Tribunal Constitucional (Sentencia T-473/03, de 9 de junio de 2003)<sup>19</sup> reconoció de manera expresa «la obligación correlativa por parte de las autoridades electorales a hacer posible el ejercicio de tal derecho».

El voto electrónico presencial no menoscaba la libertad del sufragio ni su carácter secreto por lo que su introducción, por tanto, no plantearía problemas en este punto. Es más, en Brasil el voto electrónico presencial ha favorecido la participación de las personas ciegas al incorporar a la urna electrónica caracteres en Braille. Y ya se ha dicho que entre las «Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre los estándares legales, operativos y técnicos del voto electrónico», se incluye la de que el sistema de voto electrónico sirva para maximizar las oportunidades de participación de las personas con discapacidades<sup>20</sup> y, por lo que respecta en general al carácter libre del sufragio, se insiste en que «los votantes deberán poder modificar el sentido de su voto en todo momento anterior a la emisión definitiva del mismo, así como interrumpir el proceso de votación. En ninguno de estos dos supuestos quedarán grabadas esas tentativas de voto ni ninguna persona podrá tener acceso a ellas» y que «el sistema de votación electrónica no permitirá que ningún tipo de influencia o manipulación se ejerza sobre los electores durante la votación».

Sí se ha cuestionado que el voto electrónico a distancia garantice que el voto sea libre y secreto. En cuanto a la libertad, entendida como ejercicio del sufragio sin sujeción a coacciones, no hay motivos sólidos para sostener que el elector que vota desde un ordenador, sea en su casa, en un centro privado o en una institución pública, está más expuesto a amenazas que la persona que emite su voto por correspondencia o, incluso, que la que va a votar presencialmente llevando desde su domicilio la papeleta ya introducida en el sobre.

Mayor fundamento tienen las críticas que inciden en la vulnerabilidad de la votación electrónica a distancia en materia de secreto de voto, pues es bien conocida la posibilidad de interferencias ajenas en el manejo de cualquier dispositivo informático. Aquí, además de que se puede conocer el sentido del voto del

<sup>19</sup> En [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/) (a 20 de noviembre de 2015).

<sup>20</sup> Pueden consultarse en [http://www.coe.int/t/dgap/democracy/activities/ggis/default\\_EN.asp?](http://www.coe.int/t/dgap/democracy/activities/ggis/default_EN.asp?) (a 20 de noviembre de 2015).



elector, lo que en sí mismo no menoscaba siempre la libertad, pues es sabido que a muchos electores no les importa que se sepa el sentido de su voto, lo que más preocupa es la alteración del voto emitido o su bloqueo para que no sea contado.

No en vano, uno de los proyectos más ambiciosos en materia de voto electrónico a distancia, el «Secure Electronic Registration and Voting Experiment» (SERVE), promovido por el Gobierno de Estados Unidos y pensado para permitir el voto de los ciudadanos de los Estados Unidos que vivan fuera del país y para el personal militar destinado en el extranjero, fue abandonado ante los numerosos fallos de seguridad que presentaba y que, en palabras de algunos de los más prestigiosos expertos en esta materia, podían resumirse en los siguientes: especial vulnerabilidad a los ataques informáticos en sus múltiples variantes, tanto por personas vinculadas al sistema informático como por sujetos ajenos al mismo, insuficiente garantía de la confidencialidad del voto...

En todo caso, la cuestión estriba en articular un sistema que ofrezca el máximo de garantías —no hay que olvidar que tampoco está exento del riesgo de manipulación o destrucción el voto emitido por correspondencia— y que le ofrezca fiabilidad al elector, como sucede, por citar un ejemplo bien conocido, con la posibilidad de realizar la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas a través de Internet, lo que en España supuso en 2015, según la Agencia Tributaria, que ocho de cada diez declaraciones registradas se presentaran por esta vía —14 229 000 a 30 de junio—, una fórmula que ya utilizan un 64% más de contribuyentes que hace cuatro años (5,5 millones más)<sup>21</sup>.

Las recomendaciones del Consejo de Europa aluden a la necesidad de que el sistema de votación electrónica habrá de indicar de manera clara al votante que su voto ha sido emitido satisfactoriamente y que el proceso de votación ha concluido.

Y aquí el Estado de referencia es Estonia, que realizó la primera experiencia «real» del voto electrónico a distancia en unas elecciones legislativas, las del 4 de marzo de 2007<sup>22</sup>. Este sistema se introdujo en 2002 para las elecciones locales, entre otros motivos, para incrementar la participación, sobre todo de los jóvenes. El Tribunal Constitucional avaló su compatibilidad con la Norma Fundamental y su carácter no discriminatorio. En 2005 lo usaron 9.287 electores (el 1,85% de los votantes); en las elecciones legislativas de 2007, 940 000 ciudadanos pudieron votar por Internet enviando sus papeletas de voto vía electrónica antes del día de las elecciones y lo hicieron unos 30 000. En 2008,

<sup>21</sup> <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2015/AEAT/30-06-15%20NP%20Renta%202014%20cierre%20campa%C3%B1a.pdf> (a 20 de noviembre de 2015).

<sup>22</sup> <http://www.vvk.ee/voting-methods-in-estonia/> (a 20 de noviembre de 2015).

previa reforma de la ley electoral, se implantó el voto por Internet a través del móvil. En 2009, en las elecciones al Parlamento Europeo, utilizaron la votación por Internet 104 415 personas, lo que supuso un 9,5% del electorado; este porcentaje subió al 25% en las elecciones parlamentarias de 2011 y al 31% en las elecciones al Parlamento Europeo de 2014.

En Estonia, el voto por Internet se ejerce entre el 10º y el 4º día anterior al de las elecciones y exige tener un documento de identidad electrónico, del que dispone ya la práctica totalidad de la población. Se ejerce a través de dos PIN: uno para elegir el voto y otro para encriptarlo. El voto por Internet se invalida si después se ejerce presencialmente. La Comisión Nacional Electoral es el órgano responsable de la gestión<sup>23</sup>, aunque el sistema ha sido desarrollado por una compañía privada.

En definitiva, su eventual introducción en España estaría sometida a la comprobación de su fiabilidad y, como ha señalado el Consejo de Estado en su Informe de 24 de febrero de 2009 sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general<sup>24</sup>, podría tener carácter alternativo al procedimiento de voto por correo, configurándose ambos como dos opciones frente al voto en urna.

### 3. SUFRAGIO IGUAL

La igualdad significa en esta materia que debe atribuirse el mismo valor a todos los votos emitidos, como consecuencia del idéntico relieve de todas las opiniones, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político, que se define como la garantía de la existencia de distintas maneras de entender la organización del poder dentro de la sociedad y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica. En suma, como se puede comprobar a lo largo de la historia, la igualdad del sufragio guarda una estrecha relación con su carácter universal.

En los ordenamientos constitucionales democráticos, además de proclamarse de manera expresa el carácter igual del sufragio, se suele advertir que nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones ni hacerlo personalmente si ya ha emitido el voto por correspondencia. De no respetarse estas prohibiciones, se estará cometiendo un ilícito electoral, que llevará aparejada la correspondiente sanción, penal o administrativa.

<sup>23</sup> <http://www.vvk.ee/voting-methods-in-estonia/voting-in-advance/> (a 20 de noviembre de 2015).

<sup>24</sup> Se ha consultado en la versión disponible en la página del Consejo de Estado: <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (a 20 de noviembre de 2015).

La introducción del voto electrónico, presencial o a distancia, debe respetar la premisa de la igualdad, lo que exige que la fórmula que, en su caso, se adopte no excluya a persona alguna, para lo que debe ser lo más sencilla posible, evitando tanto la «brecha digital» como la consiguiente «brecha política» que excluiría a las personas con problemas de manejo de esta tecnología, riesgo que, como es obvio, no aparece únicamente en los sistemas de voto electrónico modernos, sino que puede suscitarse con otras modalidades de ejercicio del sufragio; por ejemplo, las ya célebres «papeletas mariposa» empleadas en las elecciones presidenciales norteamericanas del año 2000, cuyo recuento resolvió el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de manera cuando menos discutible (*George W. Bush et al., petitioners v. Albert Gore Jr., et al.*<sup>25</sup>).

La urna brasileña es un buen ejemplo de sencillez y no exclusión al igual que en el voto electrónico a distancia el sistema estonio, que no ofrece excesiva complejidad a una ciudadanía familiarizada con estas tecnologías y que impide que se compute más de un voto por persona. Una garantía adicional es el carácter voluntario del sufragio por Internet y su coexistencia con las fórmulas tradicionales.

En el caso español el voto por Internet podría ser un instrumento de igualación si se articula de manera segura y sencilla —de no ser así no sería admisible—, pues permitiría participar a personas que, en las circunstancias ya mencionadas (residencia o trabajo en el extranjero, incapacidades...) tienen más dificultades para participar políticamente.

#### 4. SUFRAGIO DIRECTO Y PERSONAL

Los principios de universalidad e igualdad del sufragio pueden resultar desvirtuados de una manera significativa si es indirecto; es decir, si los electores no intervienen de manera inmediata en la adopción de la decisión o en la elección de los representantes, sino que se limitan a elegir a unos electores de segundo grado que, a su vez, son los encargados de decidir o elegir. Cuanto mayor sea el número de grados en que se articula la elección, mayor será el riesgo de distorsión de la voluntad originariamente manifestada por los primeros votantes. En el siglo XIX el sufragio indirecto estuvo presente en distintos países<sup>26</sup>; en la actualidad los textos constitucionales incorporan la exigencia del carácter directo del voto.

<sup>25</sup> <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html> (a 20 de noviembre de 2015).

<sup>26</sup> En España entre 1810 y 1836; la Constitución de 1837 proclamó, en su artículo 22, que «los Diputados se elegirán por el método directo [...]»; me he ocupado de estas cuestiones en Presno (2013: 55 y ss).

No ocurre lo mismo con el requisito de que el sufragio se emita de manera personal, aunque tampoco resulta del todo extraño en el derecho comparado que sea la propia Norma Fundamental la que contemple esta característica; en todo caso esta previsión sí suele estar recogida en la legislación electoral.

El establecimiento de esta exigencia no puede tener más fundamento que asegurar la coincidencia entre la emisión efectiva del voto y la voluntad política del elector, que podría resultar menoscabada si se permitiese que una persona pudiese emitir el voto en representación o por cuenta de otra.

No obstante, en determinadas circunstancias (enfermedad, incapacidad física, ausencia...) puede resultar muy dificultoso que el individuo entregue de forma personal su voto; para obviar el riesgo de afectación del propio principio democrático (universalidad e igualdad del sufragio) se han articulado las figuras del voto domiciliario, del voto por correo y del voto asistido. En los ordenamientos donde el sufragio es obligatorio, aquellas circunstancias, debidamente acreditadas, eximen de este deber.

Nos encontramos, por lo tanto, con tres modalidades de ejercicio del sufragio personal: la que se lleva a cabo de manera inmediata por el elector, bien en el colegio electoral o, en casos de grave enfermedad, en su domicilio; la que se desenvuelve con el auxilio de otra persona —voto asistido— y la fórmula que permite hacerlo por correspondencia —voto por correo.

La primera modalidad es la más frecuente en la práctica y se desarrolla una vez que se ha producido la comprobación por parte de los miembros de la mesa electoral del derecho a votar del elector, así como de su identidad, que se realiza a través de las fórmulas previstas en cada ordenamiento (exhibición del documento nacional de identidad o documento cívico equivalente, de la credencial de elector, del pasaporte, del permiso de conducción de vehículos...; tratándose de extranjeros, con la tarjeta o documento que acredite la residencia). Si surgen dudas acerca de la identidad del individuo que se presenta a votar, la mesa electoral adoptará las medidas que estime pertinentes a la vista de los documentos acreditativos y de los testimonios oportunos.

La introducción del voto electrónico presencial no plantea problema alguno respecto a la exigencia de personalidad del sufragio, pues, por citar el ejemplo brasileño, antes de votar el elector es identificado por el número de su acreditación electoral, lo que ha sido perfeccionado desde el año 2006, en aras a evitar suplantaciones, a través de una comprobación biométrica<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Sobre el sistema biométrico en Brasil véase la información que ofrece el Tribunal Superior Eleitoral: <http://www.tse.gov.br/downloads/biometria/index.htm> (a 20 de noviembre de 2015).

En la fórmula adoptada en su día por la Ley Electoral del País Vasco la comprobación de la identidad del elector correspondía a la mesa electoral (artículo 132.quíter):

Los electores se acercarán uno por uno a la Mesa Electoral que les corresponda y uno de los Vocales de la Mesa les entregará una tarjeta con banda magnética de votación validada. [...] 4. Seguidamente, el elector deberá dirigirse a la urna electrónica manifestando al Presidente de la Mesa su nombre y apellidos. Los Vocales y los Interventores podrán examinar el ejemplar certificado de la lista del censo o las certificaciones censales aportadas, comprobando si figura el nombre del votante y su identidad, que se justificará mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad o de alguno de los documentos previstos en el artículo 105 de la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco.

Con el voto electrónico desaparece el sufragio asistido, cuya valoración crítica ya se ha apuntado.

Y respecto al voto por correspondencia, también se ha anticipado que puede ser la fórmula de ejercicio más idónea para ser sustituida por el voto electrónico. Como es obvio, podrá hacerse siempre que el sistema elegido asegure, entre otras cosas, el carácter personal de la emisión del voto. La modalidad que se utiliza en Estonia puede ser un modelo a considerar, si bien recordando el alto grado de alfabetización tecnológica de ese país y la extensión generalizada del documento de identidad electrónico; como ya se ha dicho, el voto por Internet se ejerce a través de dos PIN: uno para elegir el voto y otro para encriptarlo.

### III. PREMISAS JURÍDICO-FORMALES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO ELECTRÓNICO

La eventual introducción del voto electrónico en la LOREG tendría que hacerse por medio de su modificación legal, pues se estaría regulando una forma de ejercicio de un derecho fundamental.

La reforma de la LOREG podría afectar a las elecciones municipales, a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, a las elecciones al Parlamento Europeo y a las consultas populares (referendos y plebiscitos) de competencia estatal.

Como es sabido, la reserva legislativa y la atribución competencial le permite al legislador autonómico regular las condiciones de modo, tiempo y forma de ejercicio del derecho fundamental y, en materia de sufragio, una de las formas de ejercicio es el voto electrónico, por lo que las leyes electorales autonómicas pueden incorporarlo a los comicios a las respectivas asambleas

legislativas y esto es, como ya se ha dicho, lo que llevó a cabo el Parlamento Vasco con la Ley 15/1998, de 19 de junio, «la primera respuesta al desafío de las nuevas tecnologías y sus implicaciones en el proceso democrático» (Exposición de motivos). No plantea duda alguna la constitucionalidad de esta reforma legal, que hasta la fecha no ha sido imitada en las restantes leyes electorales autonómicas<sup>28</sup>, si bien, como también se ha mencionado, en Asturias se está considerando una reforma de la ley electoral autonómica para permitir el voto electrónico a distancia.

#### IV. PREMISAS TECNOLÓGICAS

En este ámbito debe asegurarse en la práctica, y no únicamente en la norma, el acceso de las candidaturas electorales al «código fuente» y a los programas empleados, lo que requiere el auxilio de expertos informáticos.

A la hora de implantar el *software* electoral, entendemos que, como ya se hace en la actualidad por diversas administraciones autonómicas y locales, se debe elegir el «libre», pues permite verificar el funcionamiento interno del sistema, como ha ocurrido en Australia.

Las recomendaciones del Consejo de Europa aluden a la utilización de estándares abiertos con el fin de garantizar la interoperabilidad entre los diversos elementos, componentes o servicios técnicos que, utilizados en un sistema de votación electrónica, posiblemente deriven de fuentes distintas.

En todo caso, parece acertado que el *software* sea desarrollado, bien de manera directa o bajo su estricta supervisión, por la Administración electoral que ha de aplicarlo, como ocurre en Brasil, país en el que el Tribunal Supremo Eleitoral es el titular del derecho de propiedad. En esta línea, el Consejo de Estado, en el ya citado Informe sobre la reforma electoral, ha subrayado la conveniencia de que las herramientas tecnológicas empleadas sean propiedad de las autoridades públicas; también que, adicionalmente, sería oportuno encomendar su diseño a más de una empresa, de manera que solo la Administración electoral y sus técnicos dispusieran de toda la información.

Es muy importante que el elector no albergue dudas de que está ejerciendo correctamente su derecho; en este sentido, primero, como indican las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en el caso del voto electrónico a distancia/no presencial, el elector habrá de ser informado acerca de qué pasos ha de seguir para verificar que se ha establecido una conexión con el servidor oficial y que se halla ante una papeleta oficial auténtica.

<sup>28</sup> Nos hemos ocupado de esta cuestión en Presno (2007: 133).

En segundo lugar, los votantes deberán poder modificar el sentido de su voto en todo momento anterior a la emisión definitiva del mismo, así como interrumpir el proceso de votación. En ninguno de estos dos supuestos quedarán grabadas esas tentativas de voto ni ninguna persona podrá tener acceso a ellas.

En tercer lugar, el sistema de votación electrónica habrá de indicar de manera clara al votante que su voto ha sido emitido satisfactoriamente y que el proceso de votación ha concluido.

Finalmente, nos parece adecuado que al concluir la emisión del sufragio electrónico se le entregue algún comprobante del voto emitido, cuya articulación, de una u otra forma, ha sido demandada de manera reiterada desde las primeras aportaciones de Rebecca Mercuri, con cuyo nombre también se conoce el *Voter Verified Paper Trail* o «método Mercuri», que sin entregar un comprobante al elector le permite ver impreso su voto, que se deposita también en papel y de manera automática en una urna por si es preciso un recuento alternativo al electrónico. En todo caso, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda que si se entrega un comprobante el elector no debe poder mostrárselo a nadie ni sacar dicho comprobante fuera del lugar donde se ubique la mesa.

## V. PREMISAS SOCIOPOLÍTICAS

En primer lugar, debe desarrollarse un debate político, institucional y social en el que se expongan con claridad las distintas opciones en presencia, los objetivos que se pretenden alcanzar, su coste, «sus fortalezas y debilidades».

Y en este debate habría que recordar, primero, que la automatización del ejercicio del sufragio contribuiría a agilizar el escrutinio, pero sin olvidar que esta última operación, merced precisamente a las tecnologías de la información y la comunicación, ya se realiza en buena parte de los países —y sin duda en España— de manera rápida.

En segundo lugar, el voto electrónico exige una presencia mínima de personas especializadas que puedan dar respuestas a eventuales problemas técnicos, lo que supone un retroceso sociopolítico frente a la garantía y buena dosis de legitimidad que proporciona la realización del escrutinio de forma directa, pública y razonablemente rápida por los propios ciudadanos, incluso por personas que no sienten especial interés por el proceso electoral pero que con el actual sistema han venido participando en él de manera satisfactoria. Como dice el Consejo de Estado en su Informe sobre la reforma electoral, cabría hablar de una suerte de legitimidad subjetiva, que se concreta en la confianza de los votantes en el sistema electoral: en el caso de que el voto electrónico no convenciese, poco sentido tendría proceder a su implantación.

Es, pues, necesario un debate profundo sobre esta cuestión, cosa que hasta ahora no ha ocurrido al menos en el ámbito de las Cortes Generales.

En opinión del que firma estas páginas, en España no se dan las circunstancias que en otros países han originado la implantación del voto electrónico: ni existen los problemas sociales, políticos, geográficos y de desarrollo que en su día tenía Brasil ni el sistema electoral presenta las complejidades derivadas de un sistema como el de Bélgica, con frecuentes elecciones simultáneas, tres idiomas y listas muy extensas, lo que dificulta de manera extraordinaria el escrutinio manual.

Por ello no parece necesaria la introducción generalizada de un sistema de voto electrónico si lo que supone es un incremento tanto de la complejidad del ejercicio del sufragio como del control de todo el proceso electoral y únicamente aporta una pequeña ganancia temporal en el conocimiento de los resultados electorales.

Lo anterior no impide su implantación si, garantizando todas las exigencias del derecho fundamental, favorece a grupos de personas excluidas o poco protegidas por los sistemas tradicionales de votación (ciegos, residentes en el exterior, personal embarcado...).

En todo caso, si se opta por la introducción del voto electrónico debe realizarse de manera gradual, como se ha hecho en Brasil, donde su plena efectividad se ha logrado después de un proceso de casi veinte años, desde 1986 hasta 2004, y también en Estados mucho más pequeños y con un número muy inferior de electores.

Y es que antes de poder emitir el sufragio de manera electrónica es imprescindible superar con éxito diversas fases: la modernización de toda la documentación necesaria para el proceso electoral, la consolidación de una infraestructura electrónica y de comunicaciones fiable, la difusión eficaz del nuevo sistema entre todos los destinatarios y, en especial, entre los electores con más dificultades para asimilar y poner en práctica estos instrumentos, y la actualización de las normas reguladoras. Y todo ello sin olvidar el desembolso económico necesario para culminar esta transformación del sistema electoral.

De introducirse el voto electrónico presencial, el método elegido debe ser mucho más sencillo que el previsto en su día en la Ley Electoral vasca, pues basta leer el precepto regulador para comprobar que al ciudadano le resulta mucho más cómodo, comprensible y transparente el sistema tradicional de papeletas<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> «Artículo 132 Quater — Votación electrónica

I. 1. Los electores se acercarán uno por uno a la Mesa Electoral que les corresponda y uno de los Vocales de la Mesa les entregará una tarjeta con banda magnética de votación validada. 2. A continuación, el elector deberá entrar en la cabina electoral e introducir en la pantalla de votar la tarjeta con banda magnética de votación, para



Finalmente, hay que decidir si debe articularse una opción de voto nulo, pues con un sistema electrónico esa posibilidad ya no depende de la voluntad del elector, sino de que el legislador decida mantener abierta esa opción, como,

---

efectuar la selección de la opción deseada. A estos efectos, figurarán las denominaciones, siglas y símbolos de las candidaturas en la circunscripción electoral correspondiente, colocadas por filas de izquierda a derecha según el orden de proclamación de las mismas, así como la opción de voto en blanco y de voto nulo en últimos lugares. 3. Inmediatamente realizada la selección, la pantalla de votar mostrará, en su caso, la candidatura escogida con sus candidatos proclamados y el elector deberá confirmar su opción elegida. Caso de no desear confirmarla, el elector tendrá la posibilidad de realizar una nueva selección. Una vez confirmada su elección, la opción de voto elegida se grabará en la tarjeta con banda magnética, quedando ésta liberada de la pantalla de votar para ser recogida por el elector. 4. Seguidamente, el elector deberá dirigirse a la urna electrónica manifestando al Presidente de la Mesa su nombre y apellidos. Los Vocales y los Interventores podrán examinar el ejemplar certificado de la lista del censo o las certificaciones censales aportadas, comprobando si figura el nombre del votante y su identidad, que se justificará mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad o de alguno de los documentos previstos en el artículo 105 de la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco. 5. Acto seguido, el elector, por su propia mano, entregará la tarjeta con banda magnética de votación al Presidente de la Mesa, quien a la vista del público dirá «botoa ematen du», o bien «vota», e introducirá la tarjeta con banda magnética en la urna electrónica, donde permanecerá tras el registro de la información que lleva en el software electoral en soporte magnético. La secuencia de estos registros se determina por un procedimiento aleatorio. 6. Depositada la tarjeta con banda magnética en la urna, los Vocales anotarán en la lista certificada del censo electoral de la Mesa la circunstancia de haber votado. Todo elector tendrá derecho a examinar si ha sido correctamente anotado el hecho de haber votado, que se reflejará en la mencionada lista certificada...

II. El elector que por dificultades personales no pueda grabar su voto en la tarjeta con banda magnética de votación o entregar dicha tarjeta al Presidente de la Mesa podrá servirse de una persona de su confianza, en los casos siguientes: a) Cuando no supiera leer. b) Cuando por limitación física estuviera impedido para realizar alguna de las operaciones del voto electrónico. c) Cuando sea mayor de setenta años. No obstante, la citada persona de confianza que ayude a un elector no podrá auxiliar, salvo a consanguíneos en línea recta de primer grado y colaterales de segundo grado, a ningún otro ni en la misma ni en ninguna otra Mesa Electoral.

III. 1. Cuando el Presidente de la Mesa advierta la falta o no funcionamiento de las tarjetas con banda magnética de votación o de alguno de los elementos e instrumentos del voto electrónico previstos en el artículo 132 Bis I. de esta Ley requerirá la presencia del responsable del mantenimiento de material del voto electrónico designado a tal efecto, para que, una vez analizada la situación, y oída la opinión del referido técnico,

por ejemplo, sucedía en el sistema previsto en la Ley de Elecciones al Parlamento vasco<sup>30</sup>.

La eliminación del voto nulo no menoscaba en absoluto el derecho fundamental al sufragio, pues entre el haz de facultades protegido por este derecho no está incluida una opción que no constituye en sentido estricto una forma de participar en la formación de las decisiones políticas y de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular.

---

el Presidente decida si se puede continuar la votación mientras se subsana el problema o, por el contrario, interrumpir la votación. En tal caso, dará cuenta a la Junta Electoral de Zona de su decisión para que ésta provea su suministro o subsanación. La votación se reanudará a continuación, prorrogándose ésta según la duración de la interrupción en el tiempo que decida el Presidente, oída la Mesa. En todo caso, la prórroga se hará pública en la entrada del local de la Mesa. 2. Cuando la anomalía sea debida al no funcionamiento del software electoral en soporte magnético introducido en la urna y deba reiniciarse la urna electrónica, se realizarán las operaciones de vaciado y extracción de las tarjetas con banda magnética de votación existentes en el recipiente de la urna hasta el momento de la interrupción de la votación, para la introducción y nuevo registro de las mismas en la urna. Por último, el Presidente de la Mesa ordenará la reanudación de la votación, según lo señalado en el número anterior.

IV. Si se suspendiera la votación, el Presidente de la Mesa no podrá realizar el escrutinio, procediendo a la destrucción de todas las tarjetas con banda magnética contenidas o no en el recipiente de la urna y extrayendo de la misma el software electoral en soporte magnético, que, junto con el resto del material y documentación electoral, deberá ser remitido a la Junta Electoral de Territorio Histórico correspondiente.

V. Si por cualquier motivo a un elector le resulta imposible el registro por la pantalla de votar o por la urna electrónica de la Mesa de una tarjeta con banda magnética de votación, la Mesa destruirá la misma en el acto, e invitará al elector a repetir de nuevo su voto mediante la entrega de una nueva tarjeta validada.

VI. 1. Si durante el trámite de votación los miembros de la Mesa observan mala fe por parte del elector que no ejerce su derecho al voto, a pesar de la reiterada entrega por la Mesa de nuevas tarjetas con banda magnética de votación validadas, el Presidente de la Mesa tomará todas las medidas que estime convenientes para impedir actuaciones que persigan poner impedimento o entorpecer el normal desarrollo de la votación. En este caso, las tarjetas con banda magnética de votación entregadas al elector y no utilizadas deberán ser inmediatamente destruidas por la Mesa. 2. En el caso de que un elector, una vez recibida de la Mesa la tarjeta con banda magnética de votación, decida voluntariamente no ejercer el derecho de sufragio, lo comunicará al Presidente, que le pedirá la devolución de la referida tarjeta que será destruida en el acto por la Mesa.

<sup>30</sup> Artículo 132 Bis.

El sufragio se ejerce tomando parte en los procesos de elaboración y aprobación de las decisiones relativas al desempeño del poder, conformando así el estatuto político de la comunidad y a la propia comunidad como una entidad política, y ninguna conformación se produce a través del voto nulo, que puede ser una forma de ejercicio de la libertad personal o ideológica, pero no necesariamente del derecho de sufragio.

Es también conocido que estas propuestas no son novedosas, pues se formularon en términos similares hace más de treinta años aunque entonces se hablaba de «teledemocracia»<sup>31</sup>, pero las consecuencias esperables no difieren mucho en ambos casos, pues todavía persiste el riesgo de que se esté fomentando la participación de un tipo muy concreto de ciudadano, con disponibilidad de tiempo y acceso tecnológico, que, merced precisamente a dichas circunstancias, podría conseguir una sobrerrepresentación —la que supone añadir su participación a la del representante con cuya decisión coincida—, en detrimento de otras personas que, por falta de tiempo, formación o información tendrían menos posibilidades de que sus preferencias políticas se convirtieran en voluntad general. No estaría, por tanto, asegurada la igualdad política en la participación.

Otra objeción es que con estas herramientas, cuya utilidad aquí se defiende, no se garantiza lo que, por utilizar las palabras de Jürgen Habermas (1991: 136), es la esencia de la democracia: que los procesos de formación de la voluntad política institucionalizada jurídicamente estén conectados con, y permanezcan porosos a, la formación de una opinión pública no formalmente articulada, lo más argumentativa posible. No se trata de que la decisión final la tomen más personas sino que su adopción esté regida por la máxima deliberación, reflexión y espíritu crítico, y para ello no basta con participar en sucesivas y/o reiteradas votaciones electrónicas, sino que es imprescindible colaborar en la formación de la decisión, como proponen, por mencionar un ejemplo, James Fishkin y Bruce Ackerman (2004).

En todo caso, la llamada democracia *virtual* debe estar siempre al servicio de la participación *real y efectiva* de la ciudadanía en los asuntos públicos y para ello tiene que cumplir una serie de premisas<sup>32</sup>: en primer lugar, ha de garantizarse una participación universal, libre, igual, secreta, personal y directa, exigencias que todavía no concurren en su plenitud en los instrumentos «virtuales», pues hay un número importante de personas excluidas de los mismos, lo que los convierte, por ahora, en fórmulas restringidas y, por tanto, no

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, Becker (1981) y Arterton (1987).

<sup>32</sup> Me ocupo de estas exigencias en relación con el voto electrónico en Presno (2011: 33 y ss).

iguales<sup>33</sup>. A lo que habría que añadir que su utilización privada podría poner en riesgo el carácter libre y personal de la participación, por no hablar de la potencial vulnerabilidad de algunos sistemas.

En segundo término, antes de adoptar este tipo de instrumentos, debe desarrollarse un debate político, institucional y social en el que se expongan con claridad las distintas opciones en presencia, los objetivos que se pretenden alcanzar, su coste, «sus fortalezas y debilidades».

Y, en tercer lugar, es precisa la consolidación de una infraestructura electrónica y de comunicaciones fiable, la difusión eficaz del nuevo sistema entre todos los destinatarios y, en especial, entre las personas con más dificultades para asimilar y poner en práctica estos instrumentos, y la actualización de las normas reguladoras.

### **Bibliografía**

- Arterton, C. (1987). *Teledemocracy: Can Technology Protect Democracy?* Newberry Park: SAGE.
- Barrat, J. y Fernández Riveira (coords.) (2011). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters.
- Becker, T. (1981). Teledemocracy: Bringing Power Back to the People. *Futurist*, 12, 6-9.
- Chung, R. (2012). *The Freedom to Publish Opinion Poll Results*. Disponible en: [https://www.hkpop.hku.hk/english/report/freedom/FTP\\_2012.pdf](https://www.hkpop.hku.hk/english/report/freedom/FTP_2012.pdf).
- Cotarelo, R. y Olmeda, J. A. (eds.) (2015). *La democracia del siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales*. Madrid: CEPC.
- Cotino Hueso, L. (2011). Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas. En J. Barrat y R. M. Fernández Riveira (coord.). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 221 y ss.). Madrid: Civitas, Thomson Reuters.
- Fishkin, J. (1991). *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*. New Haven: Yale University Press.
- (1995). *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*. Barcelona: Ariel.

<sup>33</sup> En una conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 3 de marzo de 2009 (BVerfGE 3/07), se declaró inconstitucional el sistema de voto electrónico empleado en las decimosextas elecciones al Bundestag de 18 de septiembre de 2005; en pocas palabras, para el Tribunal no quedan asegurados con dicho sistema los principios previstos en los artículos 20 (carácter democrático del Estado y ejercicio del poder a través de elecciones) y 38 (sufragio universal, libre, igual, directo y secreto) de la Ley Fundamental y ello resulta de que no se asegura el principio de publicidad, el control de las elecciones, que el sistema sea comprensible para todos los ciudadanos, que se puedan revisar de manera fiable los resultados...; la sentencia puede leerse en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303\\_2bvc000307.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html).

- Fishkin, J. y Ackerman, B. (2004). *Deliberation Day*. Yale University Press.
- Gálvez Muñoz, L. (dir.) (2009). *El derecho electoral de las comunidades autónomas. Revisión y mejora*. Madrid: CEPC.
- García Mahamut, R. (2009). El voto de los residentes ausentes y la Ley 40/2006 del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. En *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos* (pp. 523 y ss.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (1991). *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos.
- Presno Linera, M. Á. (2004). El derecho de sufragio en los regímenes electorales autonómicos. *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, 173-204.
- (2007). Nuevos estatutos de autonomía con viejos sistemas electorales. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 5, 101-146.
- (2011). Premisas para la introducción del voto electrónico en la LOREG. En J. Barrat y R. M. Fernández Riveira (coord.). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 33 y ss.). Madrid: Citivas, Thomson Reuters.
- (2013). *Leyes y normas electorales en la historia constitucional española*. Madrid: Iustel.
- Rodotà, S. (1997). *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. Roma: Laterza.
- Sánchez Navarro, Á. (2011). El voto no presencial en los Informes de la Comisión de Venecia y en el del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. En J. Barrat y R. M. Fernández Riveira (coords.). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 195 y ss.). Madrid: Citivas, Thomson Reuters.
- Sunstein, C. (2001). *Republic.com*. New Jersey: Princeton University Press.
- (2003). *República.com. Internet, democracia y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Tribe, L. (1991). The Constitution in Cyberspace. Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier. Disponible en: <http://www.sjgames.com/SS/tribe.html>.

# EL IMPACTO DE INTERNET EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

## The impact of the Internet on the democratic State

ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA

Universidad de Zaragoza

### *Cómo citar/Citation*

Cebrián Zazurca, E. (2016). El impacto de Internet en el Estado democrático.

*Revista de Estudios Políticos*, 173, 307-320.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.09>

### **Resumen**

Este artículo reflexiona sobre algunos de los elementos del Estado democrático que han experimentado o están experimentando transformaciones, debidas al impacto de Internet. Son cuatro los elementos fundamentales sobre los que se detiene: 1) la institución parlamentaria y la democracia representativa, 2) el derecho de participación en los asuntos públicos, 3) la conformación de la opinión pública y 4) la libertad de información y, en relación con ella, los derechos recogidos en el artículo 18.1. de la Constitución española. Todo ello se lleva a cabo queriendo plantear una reflexión general, sin conclusiones cerradas, y presentando un repaso a la bibliografía acerca de los distintos temas.

### **Palabras clave**

Internet; Estado Democrático; Parlamento; democracia representativa; derecho de participación en los asuntos públicos; opinión pública; derecho a la información.

### **Abstract**

This article reflects on some of the elements of the Spanish democratic State that have undergone or are undergoing transformations, due to the impact of the Internet. There are four fundamental elements: 1) the Parliament and representative democracy; 2) the right of participation in public affairs; 3) the formation of public opinion; and 4) the freedom of information and the rights of Article 18.1 of the

Spanish Constitution. This essay aims to set out a debate and present a review of the literature, but without drawing any conclusions.

**Keywords**

Internet; Democratic State; Parliament; Representative Democracy; Right of Participation in Public Affairs; Public Opinion; Right to Information.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL PARLAMENTO Y EN LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. III. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS. IV. EL IMPACTO DE INTERNET EN LA CONFORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA. V. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL DERECHO A LA INFORMACIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. INTRODUCCIÓN

«Internet es el tejido de nuestras vidas. Si la tecnología de la información es el equivalente histórico de lo que supuso la electricidad en la era industrial, en nuestra era podríamos comparar a Internet con la red eléctrica y el motor eléctrico, dada su capacidad para distribuir el poder de la información por todos los ámbitos de la actividad humana. [...] Del mismo modo que la difusión de la imprenta en Occidente dio lugar a lo que McLuhan denominó la Galaxia Gutenberg, hemos entrado ahora en un nuevo mundo de la comunicación: la Galaxia Internet» (Castells, 2001: 15-16). Con estas palabras se refería el sociólogo Manuel Castells, hace ya quince años, a una realidad que se mostraba entonces de manera incipiente y que comenzaba a extenderse por toda la sociedad. Pasado este tiempo, esa extensión se ha consumado y hoy sí, sin duda, Internet es ese tejido de nuestras vidas. Ello sin perjuicio de que todavía contiene, como a buen seguro comprobaremos en el futuro, un gran número de potencialidades por desplegar. Internet no es algo estático, sino que se manifiesta como una realidad cambiante de manera veloz, corriendo cualquier diagnóstico que sobre ella se pronuncie el riesgo de quedar rápidamente desmentido por los hechos y avejentado y prematuramente caduco. También, muy probablemente, las líneas que siguen. Pero ello no debe ser excusa para dejar de reflexionar sobre un nuevo modelo de sociedad en el que nos hallamos inmersos. Dado que nos falta la perspectiva, acojámonos al menos a la necesidad de tratar de comprender. Y huyamos, al mismo tiempo, de una visión determinista: Internet, la sociedad, la política contemporánea, etc. serán también lo que los ciudadanos queramos hacer con ellas.

Partiendo de estas premisas, este artículo pretende detenerse en la valoración de cómo la presencia de Internet influye en el Estado democrático previamente existente (Cotarelo (ed.), 2013; Margetts, 2013; Cotarelo y Olmeda (eds.), 2014; Mindus, 2014; Martínez-Bascuñán, 2015). No se trata de anali-



zar pormenorizadamente todos y cada uno de los aspectos de esa influencia, lo cual excede con mucho mi capacidad, sino de apuntar brevemente algunos elementos de ese impacto, que pueden resultar relevantes en la conformación de los nuevos perfiles del Estado contemporáneo, en tanto que organización jurídico-política de carácter democrático y en tanto que garante, por ello y asimismo, de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De igual modo que la sociedad capitalista burguesa de primera hora dio lugar al surgimiento del Estado liberal y la sociedad industrial y postindustrial y su correspondiente modelo económico y de relaciones sociolaborales dieron lugar al nacimiento del Estado social en el pasado siglo —llevando a cabo un conjunto de transformaciones del Estado entonces contemporáneo, como magistralmente supo reflejar en la obra de tal título el profesor García-Pelayo—, la sociedad de la información está modelando una serie de cambios en nuestro actual Estado social y democrático de derecho.

A presentar algunos de esos cambios es a lo que aspiran estas líneas, queriendo plantear un debate general y sin buscar conclusiones definitivas, sino tan solo distintas vías para la reflexión; por tal motivo, este trabajo carecerá del habitual apartado final de *conclusiones*, y se dará por satisfecho si sirve para ofrecer, siquiera mínimamente, ciertas ideas que requieran un posterior y sosegado análisis. Todo ello se realizará llevando a cabo, con motivo de la exposición, un repaso a la bibliografía existente acerca de los distintos temas tratados.

## II. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL PARLAMENTO Y EN LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Una de las realidades que, con la aparición y extensión de Internet, mayores cambios se creyó en un primer momento que iba a experimentar es la del modelo parlamentario y de democracia representativa. En mi opinión, no obstante, debemos analizar este impacto con ciertas cautelas.

Aquellos que consideraban que la profundidad de las transformaciones iba a ser de un calado mayor llegaban incluso a expedir el certificado de defunción del parlamentarismo y la representación política. Situados en una defensa radical de la democracia directa, la aparición de Internet suponía la consecuente desaparición de la que siempre se había presentado como la principal razón que imposibilitaba la existencia de modelos de decisión política basados en el directismo. Me refiero, más allá de otros argumentos que en ocasiones también se aducían, al tamaño de las sociedades actuales y a la imposibilidad de que todos los miembros de esas sociedades se reunieran en un mismo espacio físico a deliberar y a adoptar las decisiones políticas. Con Internet como

tejido de nuestras vidas, recordando otra vez las palabras de Castells, esa imposibilidad desaparecía. Y, si bien la reunión física seguía presentándose como inviable, la reunión virtual era ahora perfectamente posible. Con ello, la necesidad de los representantes concebidos como elementos necesarios para hacer presente lo que está ausente desaparecía.

Pero aquello que es factible técnicamente no tiene por qué ser siempre deseable política y democráticamente. Así, desde la defensa de la democracia representativa, se ha hecho necesario abandonar algunos cómodos lugares comunes y rearmar el discurso, así como reconocer los aspectos deficientes del modelo, con vistas a su mejora. Precisamente porque la democracia directa es hoy una posibilidad cierta, de lo que se ha tratado ha sido de analizar si la representación merece ser todavía conservada y defendida desde posiciones democráticas (Vargas-Machuca Ortega, 2008; Cebrián Zazurca, 2013). Y es que en el modelo parlamentario siguen estando presentes sus notas características, como son su raíz deliberativa, su función de control político o su capacidad de respeto a las minorías y de expresión del pluralismo, que lo siguen diferenciando de otros procedimientos políticos necesarios y apropiados en determinadas circunstancias, pero no en todas, por lo que tienen de juegos de suma cero.

Abandonando esas posiciones maximalistas que —en realidad, y sobre todo habiendo pasado ya un tiempo— son minoritarias, no debe cometerse, sin embargo, el exceso contrario de seguir operando como si Internet no existiera. Es evidente que la institución parlamentaria ha vivido, vive y vivirá cambios por cuanto su esencia reside precisamente en ser el órgano políticamente representativo de una sociedad que ha vivido, vive y vivirá esos cambios. Es decir, el Parlamento está obligado a hallar su lugar huyendo de los dos extremismos representados respectivamente por las posiciones tecnófilas y por las tecnófobas (Tsatsou, 2014). El Parlamento debe integrar de manera natural la existencia de Internet, como nueva herramienta para el cumplimiento de sus funciones clásicas (Tudela Aranda, 2008; Greciet García, 2012), pero también como instrumento para llevar a cabo posibles nuevas funciones, relacionadas con la sociedad de la información y con las posibilidades participativas ofrecidas por la red (Sánchez i Picanyol, 2005; Tudela Aranda, 2008; Campos Domínguez, 2011; Cebrián Zazurca, 2012; Greciet García, 2012; Gonzalo Rozas y Cavero Cano, 2013; Rubio Núñez (coord.), 2014).

En cualquier caso, no debemos perder de vista que el modelo parlamentario y el sistema representativo viven desde hace unos años una situación crítica, de reflexión y replanteamiento, que tiene un alcance más general. En esta situación, el papel de Internet constituye, sin duda, un elemento clave; pero, para llegar a hablar de una crisis de representación, ha sido necesaria la confluencia de factores añadidos (García Guitián, 2001; García Guitián y Cavero Cano, 2012; Cebrián Zazurca, 2013; Noguera Fernández,

A. (coord.), 2013; Pinelli y Presno Linera, 2014; Urquizu, 2016; Contreras Casado y Cebrián Zazurca (eds.), en prensa). Esos diversos factores fueron los que acabaron cristalizando en movimientos como el 15-M en España, cuyo lema principal —*No nos representan*— suponía una impugnación del elemento nuclear de nuestro sistema político (Cotarelo (ed.), 2013; Presno Linera, 2014; Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), 2014; Innerarity, 2015; Monge Lasierra, 2015).

### III. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS

No cabe duda de que uno de los ámbitos principales de manifestación del impacto de Internet en el funcionamiento del Estado democrático es el que se produce en el derecho de participación en los asuntos públicos. El artículo 23 de la Constitución española (CE) recoge «el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes».

Si hablamos de participación directa —o, mejor dicho, de participación semidirecta, propia de modelos eminentemente representativos—, fácilmente podremos hacernos una idea de las posibilidades que los avances tecnológicos ofrecen. Dejemos aparte otras formas de participación, entendida de un modo más general, y centrémonos en los dos institutos clásicos de la democracia semidirecta: la iniciativa legislativa popular y el referéndum.

En el primero de ellos, el avance y facilidades que podemos encontrar en la fase crucial del procedimiento —que no es otra que la de recogida de firmas— son evidentes. Hasta tal punto es así, que la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, fue reformada por la Ley Orgánica 4/2006, añadiendo un apartado cuarto al artículo séptimo, con el siguiente tenor: «Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente». Lo mismo ha ocurrido en los casos de leyes autonómicas y en el del Reglamento de la iniciativa ciudadana europea, que se mueve ya en un contexto presidido por Internet (Cuesta López, 2008; Cotino Hueso, 2011; Vidal Marín, 2015).

Para el tratamiento del referéndum, sirvan las reflexiones que a continuación haremos con carácter general para el voto electrónico; pero hay una cuestión que particularmente afecta a los referendos: me refiero a que una de las razones que tradicionalmente se aducen para justificar la escasa celebración de los mismos es la que guarda relación con sus costes económicos y organizativos. Debe reconocerse hoy que, independientemente de la valoración de otros aspectos, la posibilidad de celebrar referendos por medios electrónicos mini-

mizaría de manera considerable esos costes (Gutiérrez-Rubí, 2005; García Mahamut, 2011).

Una posible introducción del voto electrónico, no obstante, encontraría su principal campo de aplicación a la hora de organizar el derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes. Son ya muchos los años que se lleva debatiendo sobre esta posibilidad y, en este tiempo, se han podido conocer los resultados de algunas pruebas, así como de experiencias reales y con validez, puestas en práctica en otros países (en el caso español, la Ley 15/1998, de 19 de junio, del Parlamento vasco incorporó a la legislación electoral de esa comunidad autónoma la posibilidad del voto electrónico, si bien dieciocho años después ello no ha tenido una traducción práctica). Cuando hablamos de voto electrónico, debe distinguirse entre voto en urna electrónica y voto a distancia a través de un ordenador personal, un dispositivo móvil, etc. La mayoría de los autores que se han dedicado al estudio del voto electrónico han llegado a la siguiente doble conclusión: 1) la urna electrónica establecida en un lugar oficial de emisión del voto puede jugar un papel positivo para hacer efectivo el derecho de sufragio con las máximas garantías para los casos de personas con discapacidad, y 2) los cambios de mayor alcance podrían venir de la mano de un sistema de votación a distancia, que serviría para incluir a colectivos más amplios, si bien todavía no se han despejado por completo algunas de las dudas que este sistema presentaría en lo referido al secreto del voto, así como a su universalidad, libertad e igualdad y aún se hace necesario seguir reflexionando sobre el particular (Lasagabaster Herrarte (coord.), 2002; Sánchez i Picanyol, 2005; Cotino Hueso (coord.), 2006a y 2007; Barrat i Esteve, 2008; Carracedo, (ed.), 2010; Barrat i Esteve y Fernández Riveira (coords.), 2011; Presno Linera, 2012; Noguera Fernández (coord.), 2013; Barrat i Esteve (coord.), 2016).

Por último, al hablar de participación en los asuntos públicos, merece también un comentario especial la relación de los ciudadanos con la Administración Pública y cómo Internet ha influido en esta. Observamos hoy una Administración que se quiere transparente y abierta, y a través de la cual exista una mejor comunicación ciudadanos-funcionarios públicos (Cotino Hueso y Valero Torrijos (coords.), 2010; Bermejo Latre y Castel Gayán (eds.), 2013; Cotino Hueso, Sahuquillo Orozco y Corredoira Alfonso (eds.), 2015; Criado (ed.), 2016). En definitiva, no se trata sino de hacer realidad en un sentido amplio el mandato destinado a los poderes públicos, contenido en el artículo 9.2. CE, y dirigido a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

#### IV. EL IMPACTO DE INTERNET EN LA CONFORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

El concepto *opinión pública* constituye un elemento definitorio esencial de las características del Estado democrático. La existencia de una opinión pública libre y las condiciones en las que esta se conforma y se manifiesta son un test de la calidad democrática de un Estado.

Al hablar del papel de la opinión pública podemos referirnos a cuestiones muy variadas, algunas de ellas, de vital importancia, están relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, y merecerán un comentario en el siguiente apartado. Donde me interesa poner el foco ahora es en la valoración de qué tipo de opinión pública se crea en nuestra sociedad de la información, esto es, en analizar la calidad de una opinión pública surgida hoy en gran medida de Internet, de las diversas plataformas y cauces ofrecidos por la red.

Creo necesario comenzar afirmando que Internet no produce un solo tipo de opinión pública, con unos perfiles nítidamente identificables en todas las circunstancias. Esto, que no pasa de ser una obviedad, me parece no obstante importante resaltarlo. Una vez más, considero acertado que nos situemos en un justo medio entre quienes creían que Internet iba a ser la sublimación del ágora y aquellos que opinan que solo produce ruido, palabrería y una frívola emotividad. Como suele ocurrir normalmente, las cosas son más complejas de lo que a primera vista pudiera parecer. Internet —por sus propias condiciones y características— no está llamada obligatoriamente a producir un solo perfil de opinión pública. Es cierto que en la red se da un tipo comunicativo basado en mensajes cortos y poco reflexivos, en una excesiva emotividad y en la creación de comunidades ideológicas, en las que cada usuario interactúa fundamentalmente con quienes poseen similares aficiones o similar forma de entender el mundo (Martí Mármol, 2006; Wetherell, 2012; Greene, 2014; Papacharissi, 2015). Pero también es cierto que Internet está creando ciudadanos que cada día leen varios artículos de opinión de distintos medios, que debaten con otros ciudadanos con quienes mantienen diferencias ideológicas y que expresan opiniones razonadas y elaboradas y no meros exabruptos. Ambas realidades coexisten. Y, entre ambas, coexiste asimismo una pluralidad de realidades diversas. Es verdad que Internet es un medio poderosísimo que ha cambiado nuestros usos sociales, pero ello no hace que deje de ser un medio. Sabemos que el medio condiciona el fondo, mas se trata de un medio que ofrece posibilidades diversas, por lo que no existe en realidad ninguna especie de obligación del destino por la cual los resultados de fondo tengan que ser siempre del mismo tipo (Cebrián Zazurca, 2012).

Estamos viviendo en los últimos tiempos una revalorización del peso de lo emocional y lo afectivo en política y ciertos usos de Internet pueden haber

contribuido a ello. Sin negar la realidad de que todos actuamos también movidos por sentimientos, y de que estos se mezclan con las razones, considero necesario seguir reclamando el ideal ilustrado de la racionalidad como guía principal y deseable para desenvolvemos en los asuntos públicos. De igual modo que creo que no existe ninguna razón que verdaderamente imposibilite que esa opinión pública deliberativa y racional pueda encontrar en la red uno de sus medios de expresión. Es más, hay un asunto sobre el que habremos de reflexionar pasado un tiempo: en esta era de Internet en la que nos hallamos inmersos, se ha producido no obstante un resurgimiento de la televisión como el medio que, haciendo algo impensable tan solo hace unos años, dedica hoy un porcentaje nada desdeñable de la programación de su parrilla —y muy a menudo, precisamente, la franja del *prime time*— a contenidos políticos, potenciando unos formatos televisivos que muchas veces caen en una espectacularización de la política y en lo que se ha dado en llamar *infotainment* (Vallspín, 2003; León (coord.), 2010; Ferré Pavia (ed.), 2014). Comparado con este fenómeno, y a despecho de que hoy no se entiende la televisión sin la presencia de Internet y las redes sociales, no es infrecuente, sin embargo, hallar una construcción de una opinión pública de mayor calidad en ciertos lugares y usos de Internet. Por ello, sin caer en el triunfalismo y sin dejar de denunciar sus disfunciones, reconozcamos también los beneficios de la red, al menos aquellos indiscutibles que apuntan a pilares esenciales de una opinión pública democrática como son la apertura, la mayor inclusión social o el pluralismo.

## V. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Es indudable que la existencia de Internet ha producido un notable impacto en la forma de entender y ejercitar el derecho a la información, contenido en el artículo 20.1. d) CE (Cotino Hueso (coord.), 2006b; Cotino Hueso (ed.), 2011; Cotarelo y Crespo (comps.), 2012; Carrillo, 2013; Corredoira Alfonso y Cotino Hueso (dirs.), 2013; Cotarelo (ed.), 2013; Gavara de Cara *et al.*, 2014; López García, 2015). En cuanto al ejercicio de esta libertad, Internet introduce una serie de peculiaridades sobre las que obligatoriamente nuestra sociedad debe reflexionar. Joaquín Urías las sintetiza en tres: 1) desvanecimiento de la distinción entre periodistas y ciudadanos; 2) mayor disponibilidad de la información, con tendencia a la estabilidad y a la duración y 3) interacción entre emisor y receptor (Urías, 2014: 76). De estas tres características se deducen una serie de cuestiones que merecen algún comentario.

Una de estas cuestiones hace referencia a la titularidad del derecho a la información. La red provoca que todos los ciudadanos, sean o no periodistas,

transmitan información en todo momento. Además, una determinada información elaborada no queda del todo cerrada, como ocurría antaño, sino que es reelaborada por otros sujetos, reenviada, comentada, completada o criticada. Los constantes flujos de información hacen que todos seamos, en esta *Galaxia Internet* en la que hoy vivimos, emisores y receptores de información permanentemente. Como muy pronto afirmó nuestro Tribunal Constitucional (TC), todos los ciudadanos somos titulares del derecho a la información; no es necesario ser periodista profesional. Sin embargo, siendo esto así, también es cierto que la STC 165/1987 afirmó lo siguiente: «Este valor preferente [el del derecho a la información] alcanza su máximo nivel cuando la libertad [es] ejercitada por los profesionales de la información...». Las nuevas condiciones en las que nos movemos a buen seguro provocarán en el corto o medio plazo un cambio en esta línea jurisprudencial, ya que las razones de frecuencia de ejercicio del derecho —que constituían uno de los motivos en los que esta interpretación se apoyaba (STC 6/1981)— se han transformado considerablemente.

Otra de las cuestiones a las que debemos prestar atención viene sugerida por lo que continuaba diciendo aquella STC 165/1987: el máximo nivel de protección constitucional del derecho a la información se daba cuando, además de existir un ejercicio profesional, la información se transmitía «a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción»: Y añadía la Sentencia que: «... el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas...». El artículo 20.1. d) CE habla de «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». De la jurisprudencia constitucional, sin embargo, se deduce que el medio debe reunir las condiciones de estabilidad y organización y estructura interna. Esa más que discutible, en mi opinión, interpretación del TC pierde hoy, en los nuevos escenarios en los que nos movemos, toda la justificación que pudiera tener. Como afirma Urías: «Tal vez resultara mucho más fácil partir de la auténtica finalidad del derecho a comunicar información y fijar los requisitos necesarios en razón de la aptitud para alcanzar ese objetivo. Serían, en principio, solo dos: la veracidad y la relevancia pública de los hechos que se transmiten» (2014: 74).

Y, por último, nos encontramos con otro asunto de gran importancia, que no es otro que aquel que tiene que ver con la comentada capacidad de la red para que una información permanezca y dure a lo largo del tiempo, y a lo largo de ese tiempo siga siendo accesible. Se ha planteado así la existencia de un derecho al olvido, como penúltima manifestación *digital* de un viejo debate *analógico*, que no es otro que el de la confrontación entre la li-

bertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del artículo 18.1. CE (Cotino Hueso (coord.), 2006b; Cotino Hueso (ed.), 2011; Simón Castellano, 2012; Corredoira Alfonso y Cotino Hueso (dirs.), 2013; Rallo Lombarte, 2014; Boix Palop, 2015; de Miguel Bárcena, 2015).

### **Bibliografía**

- Barrat i Esteve, J. (2008). Los procesos de certificación de los sistemas electrónicos de votación. En P. Biglino Campos (dir.). *Nuevas expectativas democráticas y elecciones* (pp. 157-192). Madrid: Iustel.
- (coord.) (2016). *El voto electrónico y sus dimensiones jurídicas: entre la ingenua complacencia y el rechazo precipitado*. Madrid: Iustel.
- Barrat i Esteve, J. y Fernández Riveira, R. Ma. (coords.) (2011). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*. Cizur Menor: Aranzadi-Civitas.
- Bermejo Latre, J. L. y Castel Gayán, S. (eds.) (2013). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XIV. Zaragoza: Gobierno de Aragón.
- Boix Palop, A. (2015). El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google. *Revista General de Derecho Administrativo*, 38, 1-40.
- Campos Domínguez, E. (2001). *La ciberdemocracia en el Congreso de los Diputados (2004-2008)*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Carracedo, J. D. (ed.) (2010). *Democracia digital, participación y voto electrónico*. Valencia: CEPS.
- Carrillo, M. (2013). Internet como espacio público de la información. En P. Requejo Rodríguez (coord.). *Derechos y espacio público* (pp. 11-28). Oviedo: Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- Castells, M. (2001). *La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Barcelona: Areté. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-322-89613-1>.
- Cebrián Zazurca, E. (2012). *Deliberación en Internet. Una propuesta de modelo de participación política*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- (2013). *Sobre la democracia representativa. Un análisis de sus capacidades e insuficiencias*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- Contreras Casado, M. y Cebrián Zazurca, E. (eds.) (en prensa). *La crisis contemporánea de la representación política*. Zaragoza: Comuniter.
- Corredoira Alfonso, L. y Cotino Hueso, L. (dirs.) (2013). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: CEPC.
- Cotarelo, R. (ed.) (2013). *Ciberpolítica. Las nuevas formas de acción y comunicación política*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cotarelo, R. y Crespo, I. (comps.) (2012). *La comunicación política y las nuevas tecnologías*. Madrid: Los Libros de la Catarata.



- Cotarelo, R. y Olmeda, J. A. (eds.) (2014). *La democracia del siglo XXI. Política, medios de comunicación, internet y redes sociales*. Madrid: CEPC.
- Cotino Hueso, L. (2011). El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía Internet y de la protección de datos de los ciudadanos. *Revista de Derecho Político*, 81, 322-377.
- (coord.) (2006a). *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Granada: Comares.
- (coord.) (2006b). *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (coord.) (2007). *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*. Granada: Comares.
- (ed.) (2011). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: PUV.
- Cotino Hueso, L., Sahuquillo Orozco, J. L. y Corredoira Alfonso, L. (eds.) (2015). *El paradigma del gobierno abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Cotino Hueso, L. y Valero Torrijos, J. (coords.) (2010). *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Criado, J. I. (ed.) (2016). *Nuevas tendencias en la gestión pública*. Madrid: INAP.
- Cuesta López, V. M. (2008). *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi-Civitas.
- Ferré Pavia, C. (ed.) (2014). *Infoentrenimiento: el formato imparable de la era del espectáculo*. Barcelona: Editorial UOC.
- García Guitián, E. (2001). Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia. *Revista de Estudios Políticos*, 111, 215-226.
- García Guitián, E. y Cavero Cano, G. (2012). La (siempre controvertida) representación política. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 223-240.
- García Mahamut, R. (2011). La prueba de voto por Internet en el Referéndum sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y algunas reflexiones sobre el uso de las nuevas tecnologías en la gestión y mecanización del procedimiento electoral. En J. Barrat i Esteve y Rosa M<sup>a</sup>. Fernández Riveira (coords.). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 131-156). Cizur Menor: Aranzadi-Civitas.
- Gavara de Cara, J. C., Miguel Bárcena, J. de y Ragone, S. (eds.) (2014). *El control de los cibermedios*. Barcelona: Bosch Editor.
- Gonzalo Rozas, M. Á. y Cavero Cano, G. (2013). Iniciativas de los Parlamentos para promover la participación ciudadana: buenas prácticas. *Revista de las Cortes Generales*, 88, 201-232.
- Greciet García, E. (2012). El Parlamento como problema y como solución. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 235-298.
- Greene, J. (2014). *Moral Tribes. Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*. London: Atlantic Books.
- Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.) (2014). *La democracia indignada. Tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares.
- Gutiérrez-Rubí, A. (2005). Referéndum, voto electrónico y participación política. gutierrez-rubi.es [página personal]. Disponible en: <http://www.gutierrez-rubi.es/Articulos/2>.

- politica\_e\_internet/Referendum,%20voto%20electronico%20y%20participacion%20politica.pdf.
- Innerarity, D. (2015). *La política en tiempos de indignación*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Lasagabaster Herrarte, I. (coord.) (2002). *New Technologies and Democracy. Nuevas tecnologías para la democracia*. Oñati: HAEE/IVAP.
- León, B. (coord.) (2010). *Informativos para la sociedad del espectáculo*. Sevilla/Zamora: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones.
- López García, G. (2015). *Periodismo digital. Redes, audiencias y modelos de negocio*. Salamanca: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones.
- Margetts, H. (2013). Internet and Democracy. En W. H. Dutton (ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies* (pp. 421-437). Oxford: Oxford University Press.
- Martí Mármol, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez-Bascuñán, M. (2015). Democracia y redes sociales: el ejemplo de Twitter. *Revista de Estudios Políticos*, 168, 175-198. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.168.06>.
- Miguel Bárcena, J. de (2015). Libertades comunicativas y derechos de la personalidad: límites y colisiones. En J. C. Gavara de Cara, J. de Miguel Bárcena y D. Capodiferro Cubero (eds.). *El control judicial de los medios de comunicación* (pp. 65-100). Barcelona: Bosch Editor.
- Mindus, P. (2014). What Does E- add to Democracy? Designing an Agenda for Democratic Theory in the Information Age. En J. Bishop (ed.). *Transforming Politics and Policy in the Digital Age* (pp. 200-223). Hershey: IGI Global.
- Monge Lasierra, C. (2015). *Gobernanza, participación ciudadana y calidad democrática. Análisis de la idea y la práctica de participación en el 15M: un movimiento político para democratizar la sociedad* [tesis doctoral inédita]. Universidad de Zaragoza.
- Noguera Fernández, A. (coord.) (2013). *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Papacharissi, Z. (2015). *Affective Publics. Sentiment, Technology, and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Pinelli, C. y Presno Linera, M. Á. (2014). *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Presno Linera, M. Á. (2012). *El derecho de voto. Un derecho político fundamental*. México, D. F.: Porrúa.
- (2014). *El 15M y la promesa de la política*. Disponible en: <http://www.bubok.es/libros/230038/El-15M-y-la-promesa-de-la-politica>.
- Rallo Lombarte, A. (2014). *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. Madrid: CEPC.
- Rubio Núñez, R. (coord.) (2014). *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Sánchez i Pincanyol, J. (2005). *La democràcia electrònica*. Barcelona: Editorial UOC.
- Simón Castellano, P. (2012). *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tsatsou, P. (2014). *Internet Studies. Past, Present and Future Directions*. Farnham: Ashgate.

- Tudela Aranda, J. (2008). *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Urías, J. (2014). *Principios de Derecho de la Información*. Madrid: Tecnos.
- Urquizu, I. (2016). *La crisis de representación en España*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Vallespín, F. (2003). Un nuevo espacio público: la democracia mediática. En A. Arteta, E. García Guitián y R. Máiz (eds.) *Teoría política: poder, moral, democracia* (pp. 462-477). Madrid: Alianza.
- Vargas-Machuca Ortega, R. (2008). Representación. En A. Arteta Aísa (ed.). *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia* (pp. 145-177). Madrid: Alianza.
- Vidal Marín, T. (2015). Regeneración democrática e iniciativa legislativa popular. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2), 1-57. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/1131\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1131_es.pdf).
- Wetherell, M. (2012). *Affect and Emotion. A New Social Science Understanding*. London: Sage. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4135/9781446250945>.

BENIGNO PENDÁS: *Democracias inquietas. Una defensa activa de la España constitucional*, Oviedo, Ediciones Nobel, 2015, 299 págs.

Benigno Pendás presenta en este libro una meditada reflexión sobre la democracia constitucional como la única forma civilizada de organizar la vida política hoy, mostrando las razones por las que la democracia constitucional posee fuerza y capacidad para convencer frente a planteamientos que conducen a su desprecio y destrucción. Este propósito da su sentido a la dedicatoria del libro: «a los demócratas inquietos por el futuro de la España constitucional».

El libro tiene dos partes. En una primera, el autor indaga la posición de varios «protagonistas» de la sociedad democrática (intelectuales ofuscados, políticos desconcertados, parlamentos relegados, jueces presionados y medios de comunicación asfixiados). Analiza ahí los debates teóricos sobre la democracia, el oficio del político y las causas de su desconcierto, la situación en que se encuentran algunas de las instituciones democráticas y los retos y posibilidades de los nuevos medios de comunicación para la vida democrática. En una segunda parte, el autor pasa revista a los «antagonistas» de la sociedad democrática, surgidos desde dentro de su propia evolución interna y que tensionan los fundamentos de la democracia constitucional: los retos para el Estado soberano por el establecimiento de nuevos «imperios», el nuevo papel de las grandes ciudades, las exigencias de un nuevo estilo de democracia por parte de las nuevas clases medias emergentes, las propuestas de transformación del sistema constitucional, especialmente en España, y las respuestas —contradictorias a veces— derivadas del propio hecho de que la democracia siempre está en conflicto consigo misma. Y entre ambas partes, en el centro del libro y de toda la reflexión de Benigno Pendás, un excursus sobre Maquiavelo, el pensador político por excelencia porque «cuenta la verdad».

En la exposición del tema, el autor mantiene una secuencia constante: analiza, critica razonadamente y propone alternativas o fórmulas de mejoramiento o adaptación, utilizando fuentes de distinta naturaleza, donde combina sus variados y amplios saberes (jurídicos, politológicos, históricos, literarios), aunque destaca aquí expresamente su función como historiador de las ideas. Todos los capítulos están relacionados entre sí, y la exposición de los «protagonistas» y de los «antagonistas» permite que el lector reúna finalmente

los distintos aspectos del tema común. La coherencia y la relación interna entre los distintos capítulos se derivan básicamente de que la democracia constitucional —que traduce la voluntad del pueblo en decisiones jurídicamente vinculantes (Konrad Hesse)— implica ya una determinada visión de la racionalidad humana, de la política, y de las propias instituciones, que le permite además al autor distinguir adecuadamente entre «ocurrencias» e «ideas», cuando se trata del análisis de propuestas para una transformación del sistema.

Todo el análisis que Benigno Pendás realiza en el libro parte del fenómeno de la postmodernidad, quizás ese «engaño inconsciente que convierte a Occidente en una sociedad vulnerable» (p. 20). El fenómeno —y sus peligrosas consecuencias— está siempre presente en este estudio sobre la democracia constitucional en relación con las grandes transformaciones de las últimas décadas, y lo está especialmente en el análisis del «intelectual ofuscado». Después de referirse a varios modelos de intelectual (el nostálgico, el comprometido), el autor centra su crítica en el que considera el gran error de este intelectual: el pecado de la soberbia. Por querer controlar y planificar, el intelectual soberbio aplica a su trabajo una razón constructivista, que olvida que el ser humano suele actuar movido por emociones y sentimientos. Es el intelectual que apela a «una justicia cósmica», ante cuya inexistencia inventa algún sucedáneo al que combatir. Frente a este tipo de intelectual, Benigno Pendás propone (p. 33) un tipo de pensador que acepte los límites de la condición humana y sea consciente del carácter falible de la razón humana; que rechace, por ello, la utopía y busque la verdad, con letra minúscula, teniendo presente que «solo hay verdad en los matices», como había escrito Benjamin Constant; que sienta recelo ante el poder y desconfíe al mismo tiempo del halago interesado. En la base de este modelo de intelectual está, sin duda, la exigencia derivada de la ética democrática: no aspirar a ser omnipotente porque está primero el respecto a la dignidad de todos los seres humanos, respeto que es incompatible con el paternalismo de quien se constituye en guía espiritual de los demás y que requiere el rechazo de cualquier forma imaginable de discriminación. En la senda de Kant que reclamaba atreverse a pensar para salir de la minoría de edad culpable, Pendás llama a salir de la adolescencia igualmente culpable de la postmodernidad.

Si el «intelectual ofuscado» no consigue adaptar su discurso a la crisis de las verdades absolutas, también en el diagnóstico del «político desconcertado» encuentra el autor algunos aspectos similares y comunes. Aunque el desconcierto de los políticos se deba a varios factores explicativos (pp. 48 y ss.), Pendás destaca que uno de ellos ha sido que nuestros políticos creían que lo importante era el partido, y ahora se les dice que otra democracia es posible y deseable. Y mayor relevancia incluso alcanza la dificultad que tienen los políticos «para procesar el éxito social de ciertas ideas que confluyen en el despre-

cio de la democracia representativa». Se refiere evidentemente a la irrupción del populismo, que magnifica el desprecio hacia la política como fórmula para encauzar los conflictos sociales (el autor también aborda el populismo en relación con las clases medias, en pp. 218-221) y que, si bien desconcierta a muchos, divierte, e incluso seduce, a gentes muy distintas. Y a este respecto Benigno Pendás recuerda el «asalto a la razón» en la historia europea del siglo xx y sus terribles consecuencias. Su análisis de las transformaciones en los partidos y en las élites políticas lleva a nuestro autor a preguntarse por las cualidades que deben reunir los políticos para el desempeño de sus funciones, y con referencias a Aristóteles, a los espejos de príncipes modernos y a los consejos de Don Quijote a Sancho cuando fue reclamado para el gobierno ficticio de la ínsula Barataria, sugiere un breve catálogo de ellas que se resumen en la honestidad, sentido de la responsabilidad, capacidad de persuasión, valor sin temeridad y prudencia sin ser pusilánime (pp. 61-62).

Ecos de la postmodernidad, donde prima el pensamiento débil y manda lo efímero, encuentra también Benigno Pendás en la relegación del Parlamento a la función de expresar simbólicamente la pluralidad de una sociedad heterogénea. Y frente a la mentalidad postmoderna, que ve en la cámara representativa la «antítesis de la gobernanza», pero un atractivo escenario para el «postureo», nuestro autor remarca el sentido del Parlamento como el marco por excelencia del espacio público: las cámaras representativas dan cabal expresión a la idea de la política como diálogo y a la negociación como método de trabajo, pero también, y sobre todo, al principio de las mayorías como seña de identidad de la democracia constitucional. Pero la necesidad de que el Parlamento adapte su funcionamiento para atraer la atención del ciudadano le parece igualmente obvia. Y en esa línea hace sugerencias concretas sobre cómo lograr ese objetivo. Algunas tienen que ver con una mayor utilización de los procedimientos legislativos existentes para la participación ciudadana y otras más innovadoras como la regulación parlamentaria de los *lobbies* (pp. 87-90).

Al analizar en la segunda parte del libro las propuestas de transformación de la democracia, relacionadas con los procesos generales de transformación de la sociedad contemporánea o con la situación político-constitucional de España, Benigno Pendás procura distinguir finamente entre las ocurrencias y las ideas susceptibles de argumentación sólida y de aplicación práctica. Esto lo hace, por ejemplo, a propósito del debate territorial en España (pp. 238-244), cuando expone las distintas opciones presentes en la discusión y la suya propia (mantener y mejorar el Estado de las autonomías), frente a las opciones de un Estado federal, o de una Confederación, y frente al reconocimiento del «derecho a decidir». O cuando aborda la cuestión de la reforma electoral, la desafección política y la regeneración democrática, la financiación de los partidos políticos o la cuestión de las «puertas giratorias».

Es en el capítulo final, «La democracia contra sí misma», no obstante, donde el lector puede encontrar un análisis crítico de las propuestas teóricas sobre la democracia, surgidas en las sociedades democráticas y que entran en conflicto con la democracia constitucional. En este capítulo, Benigno Pendás constata cómo hoy, frente a la democracia constitucional genuina, se está caminando hacia el comunitarismo o hacia el republicanismo, o incluso hacia el radicalismo de tomar la democracia en su mero sentido terminológico. En su crítica a los planteamientos de la democracia deliberativa, aun valorando positivamente su reconocimiento del principio de legitimidad, destaca básicamente su falta de realismo, mientras se muestra totalmente contrario a la teoría de la «democracia inclusiva», en la que se distorsiona por completo la democracia representativa. También en defensa de la democracia constitucional aborda críticamente el multiculturalismo, porque desde la perspectiva de la defensa de los ciudadanos libres e iguales, el reconocimiento público de las diferencias étnico-culturales implica un peligro para la sociedad abierta, pues crea nuevos guetos discriminatorios: frente al individuo y sus derechos se alza el grupo y la prioridad de la identidad. Para Pendás, la falacia multicultural consiste en «desconocer el derecho inalienable a romper las cadenas de una tradición perversa», el derecho a comparar, a optar por lo mejor y a descartar la mercancía averiada. La explícita opción de Pendás por el liberalismo se fundamenta precisamente en su creencia en los individuos y en sus libertades intransferibles al grupo.

Dentro del ámbito de estas demandas que surgen en la propia sociedad democrática, pero que presentan al mismo tiempo un carácter contradictorio, analiza Benigno Pendás el tema de la desconfianza de los ciudadanos. Esta cuestión le permite abordar, más allá de la función de los políticos y de los intelectuales, también la función de los ciudadanos en la democracia constitucional. Y lo que observa es que la desconfianza, que conduce a la fractura social, no se traduce, sin embargo, en propuestas coherentes, sino que más bien, al contrario, las demandas sociales resultan contradictorias. Algunas de éstas las formula en las pp. 272-273: los ciudadanos abominan de los partidos, pero siguen votando a los partidos en porcentajes muy estimables; a la vez que proliferan las críticas a las oligarquías partidarias, se reclaman liderazgos fuertes; algunos quieren que el diputado defienda los intereses de quienes les han votado, pero al mismo tiempo siempre se habla del interés general; los partidos deben financiarse por sus propios medios y no a costa del contribuyente, pero al mismo tiempo se considera inadmisibles que las empresas realicen donaciones a cambio de influencias; se exige del Estado que financie los servicios públicos eficaces, pero al mismo tiempo no se quiere que el gobierno suba los impuestos. Por ello, Benigno Pendás incide en aquello que cabe esperar de los ciudadanos: «que el hombre corriente se haga cargo de los problemas políticos

en su ancha generalidad, pueda sentar los rasgos generales del camino a adoptar y se asegure de que los representantes populares ejercen su mandato en forma satisfactoria atendiendo a los fines propuestos»; es decir, también el demos tiene que hacer méritos, debe poseer un cierto grado de educación y desarrollar el espíritu público.

En el centro del libro (pp. 141-156), y también en el centro de la reflexión de Benigno Pendás, está Maquiavelo, cuya lectura tiene un especial peso en su propio análisis del poder y en las propuestas que formula. Y, yendo también aquí contra corriente, no se queda en el republicanismo de Maquiavelo de los *Discursos*, sino que vuelve siempre a *El príncipe*, pues mientras en aquella obra Maquiavelo «cuenta lo que siente», en esta última «cuenta la verdad». Para Pendás, Maquiavelo es el pensador realista que opera en sus análisis con la *virtú* del gobernante y la *fortuna*, pero también con la *necesidad*, es decir, con las circunstancias reales y el inevitable carácter contingente de la política. Del realismo maquiaveliano de que del bien puede salir el mal y que del mal puede salir el bien se deriva un sentido especial para el establecimiento de lo posible como el ámbito de la política y también para la aceptación responsable de los efectos no queridos de las propias acciones. Son estas características precisamente las que están en la base de la reflexión de Benigno Pendás: la política como lucha por lo posible, la evitación de los absolutos que impiden la tolerancia, la weberiana ética de la responsabilidad, el uso de la razón ilustrada, que no produce monstruos si se mantiene en el ámbito de lo posible, y cuya aliada más sólida es la experiencia.

El lector de *Democracias inquietas* encontrará fácil dejarse seducir por la mirada elegante con la que Benigno Pendás mira la historia y por la fuerza de sus convicciones, presentadas siempre con la conciencia del respeto y la tolerancia hacia el que piensa de otra manera.

Joaquín Abellán

Universidad Complutense de Madrid

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA (ed.): *Siete maestros del Derecho Político Español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2015, 187 págs.

No encuentro mejor comienzo para estas páginas que la explicación que en la introducción del libro que recensiono ofrece el propio Varela Suanzas-Carpegna, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo y máximo especialista en el pensamiento político y el constitucionalismo español del siglo XIX, como poco. El libro, escribe Varela, ofrece siete semblanzas de otros tantos maestros de nuestro Derecho Político de los si-



glos XIX y XX estrechamente vinculados por su defensa compartida del Estado constitucional, por su común dedicación académica, por su liberalismo y su deuda, en algunos casos, con el krausismo y, en otros, con el socialismo reformista. El producto final es un libro de interés no solo, prosigue Varela, para los cultivadores del Derecho Público y de la Ciencia Política sino también para los interesados en la historia intelectual española. Y lleva razón porque el libro, por los autores abordados y por los especialistas que con abundante aparato de notas los retratan, es un acierto completo y, sin caer en cursilerías, una joya para los lectores antes aludidos que seremos muchos. Primero porque a cierta edad las relecturas escogidas son un placer y segundo porque en los tiempos que corren es de máxima utilidad, siempre lo fue y sigue siéndolo aunque a veces no lo parezca, para los jóvenes estudiosos del derecho público español actual que conozcan las raíces de su disciplina por muy diferentes que sean hoy los enfoques y las materias que les ocupan. Al fin y al cabo los siete autores tratados en el libro abordaron el estudio de las constituciones españolas, desde la de Cádiz hasta la vigente de 1978, y los doscientos años de historia constitucional que su obra abarca vienen a probar que son muchas las continuidades en una disciplina central siempre por notables que hayan sido las diferencias y las interrupciones entre los diferentes textos. Como muchas son las continuidades políticas en la azarosa historia de nuestro país. De todo ello sigue siendo evidente que puede extraer el lector de hoy, cultivador del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo, de la Ciencia Política y la Sociología o simple interesado en nuestra historia intelectual, lecciones provechosas, de esas que nunca sobran.

Ignacio Fernández Sarasola, profesor titular de Derecho Constitucional, integrante también de la muy prestigiosa escuela de la Universidad de Oviedo, inicia estas semblanzas con la de Ramón de Salas, de «talante progresista», «detractor de cualquier forma de gobierno despótica» e «intelectualmente combativo». Traductor de Montesquieu, Bentham o Beccaria, Salas, como tantos otros al amparo de lo dispuesto en el artículo 368 de la Constitución de Cádiz: «El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas», escribe en 1821 en sus *Lecciones de Derecho Público constitucional* para las escuelas de España. Una obra en dos tomos en la que Salas define primero lo que ha de ser una Constitución y luego analiza desde el trazo teórico el contenido del texto de 1812 sin evitar la crítica. «De la detenida lectura de las *Lecciones* de Ramón de Salas, escribe Fernández Sarasola, se desprende que se trata de su obra más madura», que «es el más sistemático y profundo de cuantos (textos) se habían realizado hasta la fecha y marcará un hito que luego sería continuado por las lecciones que impartirían Joaquín

María López... Francisco Pacheco, Donoso Cortés y Alcalá Galiano en el Ateneo de Madrid». La vida de Salas durante el siglo XIX, dice Fernández Sarasola, es una incógnita sembrada de sombras y «conviene no incurrir en la injusticia de permitir que sus *Lecciones* caigan también en ese olvido».

De Manuel Colmeiro y Penido se ocupa Sebastián Martín, profesor titular de Historia del Derecho de Sevilla, quien recorre con detenimiento la densa vida pública de Colmeiro y su prolífica actividad publicística en los tres campos en los que alcanzó el magisterio, la Economía Política inicialmente, el Derecho Político con un enfoque señaladamente historiográfico del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. Tres disciplinas en absoluto inconexas sino todo lo contrario, escribe Sebastián Martín, ya que «forman una tríada perfectamente trabada». La Economía Política enseñaba «las reglas del arte de gobernar los estados». Por su parte, el Derecho Político debía exponer los jalones históricos de la nacionalidad española y los fundamentos, tanto históricos como teóricos, del gobierno representativo y, en fin, el Derecho Administrativo español, cuyo valor radica, continúa Martín, «en la representación fidedigna del Estado liberal que suministra».

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna es el autor de dos semblanzas, la de Santamaría de Paredes y la de Adolfo Posada, dos maestros ya científicamente próximos e influyentes en la generación que se inicia académicamente como profesores de Derecho Político y prosigue, tras el desdoblamiento en 1983 de dicha asignatura en Ciencia Política y Derecho Constitucional, como estudiosos dedicados a una de las dos. La generación a la que pertenece el propio Varela y quien esto escribe. Exhaustivos ambos estudios porque Varela lo es en cuanto emprende y de ello son muestra las «Notas» que rematan las dos semblanzas. Dos maestros, Santamaría y Posada, con fuertes vínculos personales, académicos y científicos, fuertemente inspirados todos ellos por identificación con el krausismo, la mejor corriente ideológica de la tercera España desde la aparición en 1841 de la traducción que Navarro Zamorano hace del *Curso de Derecho Natural* de Ahrens publicado en 1837. La vida pública y la obra de Santamaría de Paredes vendrá marcada por la Constitución de 1868 y sobre todo por la de 1876, abarcando la segunda y agitada mitad del siglo XIX y primer cuarto del XX con sus muchas experiencias y transformaciones sociales, culturales y políticas. Excelente y completo es el recorrido que Joaquín Varela hace por la obra completa de Santamaría. Su *Curso de Derecho Político*, enciclopédico como correspondía a la época y hasta el desdoblamiento antes aludido, se aproxima a la realidad del Estado, «a la existencia y vida entera del Estado», abordando su estudio en sus tres vertientes, la histórica en la que se integra el derecho vigente, la filosófica y la filosófico-histórica. Del éxito del *Curso* son muestra los elogios dedicados por Posada tras el fallecimiento de Santamaría en 1924 y de Rubio Llorente y Elías de Tejada recientemente.

También su *Curso de Derecho Administrativo*, la rama del derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida, reclama el interés de Varela, para quien la obra «supuso un notable avance en la conformación del Derecho Administrativo español respecto de los anteriores estudios de Colmeiro y por supuesto de los cultivadores de la Ciencia de la Administración durante la primera mitad del siglo XX». Asimismo da cuenta Varela con detalle de la densa vida pública de Santamaría en su doble condición de parlamentario y ministro en los años centrales y más provechosos de la Restauración.

Adolfo González Posada es el primero de los maestros cuyo magisterio se deja notar claramente en la generación de cultivadores del Derecho político que se inician en la investigación en las proximidades de la Transición política y el restablecimiento del Estado constitucional. En parte por la significación intelectual de Posada en la II República y en parte por la modernidad de sus posiciones sobre la disciplina Derecho Político, por el conocimiento de la doctrina europea del momento y por el carácter enciclopédico de su concepción, en la que la Ciencia Política ocupa un lugar destacado. De todo ello da cuenta Varela, prestando especial atención a *La Nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel en Espagne. Evolution, textes, commentaires*, un examen y una reflexión provechosa para la generación a la que aludí más arriba y que lo sería igualmente para las generaciones de hoy.

Gregorio Cámara, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada, es autor de la semblanza biográfica, política e intelectual de Fernando de los Ríos. La admiración del autor por De los Ríos se deja notar desde las primeras líneas: «Fernando de los Ríos, escribe Cámara, fue un gran hombre; no de los atribuidos, sino de aquellos que cabe calificar de verdaderamente tales, adoptando la clarividente distinción de Pessoa. Sin duda fue uno de los más brillantes teóricos socialistas españoles y un relevante político, coherente con sus concepciones y comprometido al extremo con su época, durante la que llegó a desarrollar en las condiciones más adversas una importante obra política en la II República». A recorrer los momentos principales de la vida y de esa obra política de De los Ríos dedica Cámara la primera parte de su contribución, subrayando que en ella se funden humanismo, socialismo y democracia «en tanto que el socialismo humanista es para De los Ríos la más plena y auténtica realización de la democracia». «Su concepción, por ello, prosigue el catedrático de Granada, le distanciaría del aparato del Partido y le ocasionaría tanto incomprensiones y recelos como una cierta crisis personal emocional en un partido cada vez más radicalizado a la altura del punto de no retorno de 1936». Aunque no sistemática sí es, como era habitual en los autores hasta el desdoblamiento en 1983 de la dis-

ciplina Derecho Político, enciclopédica la obra científica de De los Ríos, inseparable con frecuencia de sus posiciones ideológicas. En línea de continuidad metodológica con los krausistas más renombrados e influyentes como Santamaría y Posada, De los Ríos se aparta «por completo del positivismo jurídico formalista tan en boga en su época fuera de España» aunque valora muy positivamente la obra de los maestros alemanes del momento, a los que conoce en profundidad. Cámara termina su semblanza lamentando, con razón, lo que pudo ser y no fue, «lo que Fernando de los Ríos hubiera podido aportar a la Teoría del Estado y al Derecho Constitucional en nuestro país si el tiempo tan difícil que vivió no le hubiera llevado a un compromiso político tan temprano como intenso y a una experiencia vital que acabaría quebrantando su trayectoria intelectual, como la de otras grandes figuras del pensamiento de la época, con la guerra y el exilio».

Con las semblanzas de Nicolás Pérez Serrano y Manuel García Pelayo termina el libro que recensiono. Los dos maestros más directamente influyentes y presentes en el Derecho Político español desde los primeros años cincuenta hasta los comienzos de los noventa cuando el Derecho Constitucional español se orienta con exclusividad en el estudio del derecho positivo y la jurisprudencia urgido por la plenitud de la Constitución de 1978 y de los regímenes autonómicos. Nicolás Pérez Serrano Jáuregui, letrado de las Cortes Generales, hace la semblanza de su padre Nicolás Pérez Serrano, letrado asimismo del Congreso, abogado destacado, primero de España de 1940 a 1961, a cuyo ejercicio profesional se dedica en gran parte la semblanza, primero de España y docente universitario además de director de la *Revista de Derecho Público*, publicación con cincuenta y cuatro números en su haber desde enero de 1932 a junio de 1936, para la que el autor sugiere un estudio monográfico por la significación que en el mundo jurídico tuvo la *Revista*.

Con el capítulo que sobre Manuel García Pelayo escribe Antonio López Pina, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, se cierra el libro y no podía hacerlo de modo mejor porque, como comienza López Pina, «García Pelayo ocupa una posición excepcional en la historia del derecho en España» de la que pueden dar fe cuantos en la segunda mitad del siglo xx cultivaron el Derecho Político en su múltiple contenido de Ciencia Política, Derecho Constitucional, Pensamiento político o Historia de las formas políticas. De todo ello trató de modo magistral García Pelayo y su influencia en la formación de generaciones de estudiosos en activo es difícilmente exagerable. En el centro de sus preocupaciones intelectuales y políticas el Estado, la Constitución, «estructura jurídico-política de un Estado concreto que, a su vez, se integra como componente en la estructura del Estado y de la sociedad», la Teoría política, la sociedad y el Derecho no en su dimensión positiva «que nunca llegó a apasionarle», sino como «racionalidad objetiva-

da... que sirve de marco y legitimidad para la acción política». Y junto a su imponente obra, su peripecia vital es objeto del apunte de López Pina. Su compromiso con la II República en la paz y en la guerra y su compromiso con la democracia y la Constitución de 1978, en cuya defensa e interpretación alcanza un protagonismo especialmente relevante desde la presidencia del Tribunal Constitucional, completan la semblanza de este intelectual, ciertamente, excepcional.

Un libro cuyo solo título, sin necesidad de recomendación alguna, es una invitación amable a los cultivadores del Derecho Político y del Derecho Administrativo de antes y de ahora, que se reconocerán como aprendices que fueron en los libros de estos siete maestros. Como poco pasarán un buen rato con su lectura. Y también lo pasarán los estudiantes interesados en conocer mejor una muestra del pensamiento abierto, riguroso, esforzado y progresista que ha sobrevivido en España resistiendo la presión, asfixiante a veces, del pensamiento cerrado y cerril fundado en dogmas reaccionarios o revolucionarios según los momentos.

*José A. Portero Molina*  
Universidad de La Coruña

LUIS GORDILLO Y GIUSEPPE MARTINICO: *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Cuadernos Civitas, Pamplona, Aranzadi, 2015, 274 págs.

Los profesores Gordillo y Martinico aprovecharon el quincuagésimo aniversario de la Sentencia Van Gend en Loos, la histórica decisión que sentó las bases para la constitucionalización del Derecho de la Unión Europea (STJ de 5 de febrero de 1963), para abordar, de forma conjunta, un meritorio estudio de la jurisprudencia del Alto Tribunal europeo. La presente monografía es el resultado final de un brillante trabajo de investigación en el que los autores sistematizan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la perspectiva de la progresiva constitucionalización de la Unión. Con esta obra, los profesores Gordillo y Martinico prosiguen una fecunda línea de investigación centrada en el impacto del Derecho europeo sobre el Derecho Constitucional nacional, las relaciones entre ambos ordenamientos, y el proceso de integración europea, en general, concebido en clave constitucional. Baste recordar en este sentido la monografía de Luis Gordillo *Constitución y ordenamientos supranacionales* (CEPC, 2012) y la obra de Giuseppe Martinico *The tangled complexity of the EU constitutional process: the frustrating knot of Europe* (Routledge, 2013).

La obra está estructurada en seis capítulos. En el primero de ellos, los autores establecen el marco conceptual de su trabajo. Y para ello definen lo que quieren decir cuando hablan de «constitucionalismo», «constitucionalización» y «Derecho constitucional europeo», ofreciendo una amplia panorámica de las doctrinas de los autores más relevantes y de los principales debates que han surgido sobre el tema. Sobre esa base, los autores exponen su propia tesis sobre el concepto de constitucionalización europea. Se trata de un concepto que presenta dos dimensiones o facetas. La constitucionalización puede ser entendida, en primer término, como federalización, y en segundo lugar, como humanización. Esta manera de entender la constitucionalización de la Unión les lleva a ubicar el proceso de integración en el marco del denominado constitucionalismo evolutivo, frente al constitucionalismo constructivista.

Por federalización —en la senda de comparatistas americanos como P. Hay o E. Stein— no se entiende la transformación de la UE en un verdadero estado federal sino que se hace referencia al «federalizing process» entendido como el progresivo alejamiento del Derecho de la UE de la lógica meramente internacionalista, es decir, como un fenómeno que ha producido la progresiva sustitución del principio internacionalista de la unanimidad por el principio constitucional de la mayoría. Obviamente, «este proceso de constitucionalización como federalización no describe un fenómeno agotado, sino algo todavía en evolución» (p. 17). Aunque el principio de mayoría ha ido avanzando y consolidándose, quedan aún importantes zonas en las que no rige. El ámbito de la política exterior y de seguridad y defensa es uno de ellos. También, y esto resulta trascendental, el proceso de revisión de los Tratados sigue la lógica internacional. La exigencia de unanimidad en este ámbito se configura como el principal obstáculo para que aquellos países que quieren avanzar en la profundización del proceso de integración en sentido federal puedan hacerlo.

En un sentido diferente, la constitucionalización de la UE y de su derecho se comprende como la «progresiva humanización de un Derecho nacido para disciplinar un mercado común» (p. 19). La humanización consiste en la afirmación de los derechos humanos a nivel supranacional. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha sido crucial para entender la génesis del artículo 6 del TUE y el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE. Y, en todo caso, el hito más significativo en este proceso de constitucionalización como humanización ha sido la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la atribución a la misma de pleno valor jurídico, con lo que la Unión ha dado el paso de la codificación de los derechos fundamentales a nivel supranacional.

El doble concepto de constitucionalización así referido, conduce a los autores a defender —en la senda de I. Pernice, M. Claes, de M. P. Maduro y

de otros relevantes estudiosos del proceso de integración— la existencia de una verdadera Constitución europea que puede ser definida como «el conjunto de normas de la UE, de reglas y de principios que integran el sistema de gobierno y de su ordenamiento jurídico, fundadoras de las instituciones, que atribuyen competencias a la UE y las dividen entre sus instituciones, que rigen las relaciones entre la UE y sus Estados miembros y limitadoras del ejercicio de sus competencias y garantizadoras de los derechos de las personas» (pp. 25-26). El constitucionalismo europeo no pretende sustituir al constitucionalismo nacional, sino que, antes bien, este forma parte de aquel. «El constitucionalismo europeo necesita del constitucionalismo de los Estados miembros con el fin de cumplir su función de racionalización» (p. 27). Con esta tesis, los autores asumen los postulados del «pluralismo constitucional» concebido como interacción entre dos constitucionalismos, el nacional y el supranacional, donde ninguno tiene un claro predominio sobre el otro (por la ausencia de una unívoca cláusula de supremacía).

Se rechaza así, expresamente, aquella concepción del constitucionalismo que lo identifica y vincula con el Estado (y con la soberanía) y no distingue entre el constitucionalismo como fenómeno general y el constitucionalismo estatal como una experiencia histórica particular del mismo. La no distinción entre el constitucionalismo en general y el constitucionalismo estatal, como una experiencia histórica del mismo, impide comprender cabalmente las dimensiones constitucionales de la UE. Por ello, esta obra se sitúa en las antípodas de quienes consideran la tradición del constitucionalismo del Estado-Nación (continental) como la referencia obligada para acometer cualquier empresa constitucional a nivel supranacional, pero al partir de esa base, transforman una experiencia constitucional particular (la experiencia de la Europa continental) en el modelo universal de constitucionalismo.

Estos planteamientos del capítulo primero conducen a situar el constitucionalismo europeo en el marco del denominado constitucionalismo evolutivo como modelo contrapuesto al constitucionalismo revolucionario o constructivista basado en la doctrina del poder constituyente. En este sentido, la constitución europea no es obra de un poder constituyente radicado en un pueblo europeo y que haya actuado en un momento dado. Los profesores Gordillo y Martinico, aun reconociendo la importancia del poder constituyente como «ficción histórico-jurídica» para legitimar la ruptura con el pasado y la fundación de un nuevo orden, lo relativizan. Y lo hacen con argumentos sólidos y coherentes que ponen de manifiesto que la era del constitucionalismo revolucionario pasó a la historia, y que en el siglo XXI (como lo fue también ya en el XX) el constitucionalismo en sus experiencias concretas es, sobre todo, constitucionalismo evolutivo. Realmente, no puede ser de otra forma en un contexto en el que el propio concepto de soberanía en su sentido clásico se

ha convertido en una noción anacrónica y caduca (y en el que el poder constituyente necesariamente tiene que ser concebido como pluralista y también evolutivo). Es, en definitiva, el derrumbe del concepto clásico de soberanía, y el consiguiente declive de la doctrina del poder constituyente el que coloca en un primer plano «la función de racionalización realizada por los Tribunales». Esta es en definitiva la tesis que otorga valor y sentido al resto de la obra. La constitución europea no es una constitución revolucionaria. No ha sido obra de un poder constituyente del pueblo europeo. La Constitución europea es, en buena medida, el resultado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. Este alto órgano judicial no solo ha sido «el motor de la integración» sino que ha permitido concebir esta integración en clave constitucional, en el doble sentido de federalización y humanización.

En los restantes capítulos se va a sistematizar, con rigor y detalle, la jurisprudencia del Tribunal en las dos líneas citadas. En el capítulo segundo se examina la jurisprudencia, al establecer los principios estructurales del ordenamiento europeo: primacía y efecto directo —conectados con el principio de autonomía del Derecho comunitario—, ha permitido la constitucionalización de la unión en sentido federal. En este ámbito, el problema principal es el potencial conflicto entre la lógica de los Tribunales Constitucionales (supremacía normativa de la Constitución nacional) y la lógica derivada de la autonomía del Derecho comunitario (primacía del derecho europeo). En la medida en que esos conflictos han surgido en el ámbito de los derechos fundamentales se estudiarán en los capítulos dedicados a la «humanización» del derecho europeo.

El capítulo tercero, dedicado a la progresiva humanización del Derecho de la Unión, explica el expediente (los principios generales del derecho) mediante el cual el Tribunal de Justicia introdujo los derechos fundamentales en el ordenamiento europeo. Y cómo lo hizo para reaccionar ante ciertos pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales nacionales que, ante la ausencia de un reconocimiento explícito de derechos en el ámbito europeo, ponían en cuestión el principio de primacía en este ámbito (sentencia de la Corte constitucional italiana sobre el caso Frontini, de 1973, y sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1974, Solange I). El Tribunal de Justicia recurrió a una construcción que no es nueva en el Derecho Internacional: los principios generales del Derecho. Principios integrados por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. «Lo realmente interesante de esta construcción —subrayan los autores— es su apertura e indefinición, porque permite al Tribunal de Justicia llenarla de contenido, modificarla, adaptarla e incluso reducir su ámbito. No obstante, en la gestión de los principios generales, no cabría un uso demasiado arbitrario por parte del Tribunal porque ello afectaría a la seguridad jurídica, fundamento del Estado de derecho» (pp. 95-



96). El Tribunal alumbró así una «superlegalidad» en la medida que estos principios se imponían a las instituciones en la elaboración y aplicación del Derecho e incluso a veces a interpretaciones literales de los Tratados. Y, de esta forma, reforzó también el Estado de derecho en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Posteriormente, se expone también con rigor y detalle el proceso de codificación de los derechos en el plano europeo, mediante la elaboración y aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y que concluyó con la atribución de pleno valor jurídico a la misma en el Tratado de Lisboa. Los autores relativizan la importancia del Protocolo que establece la imposibilidad de invocar la Carta ante los órganos jurisdiccionales británicos y polacos. Desde un punto de vista jurídico estricto, hay argumentos sólidos para esa relativización. Pero, desde una perspectiva política-constitucional —que es la propia de la obra que comentamos—, a la que no es ajena la dimensión simbólica e integradora de la Carta, creo que el golpe asestado a la Unión como Comunidad de derecho (y de valores) no debe ser minusvalorado. Una cosa es admitir que uno o varios Estados no compartan la moneda común, y otra muy distinta aceptar que no queden vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales. Para completar el estudio relativo a la humanización de la Unión, el capítulo cuarto examina una cuestión importante, la problemática de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los autores examinan las reservas del Tribunal de Justicia a que la Unión se adhiera al Convenio. Reservas que guardan relación con uno de los objetos centrales de esta obra: la autonomía del Derecho de la Unión. Esta autonomía solo está asegurada si se garantiza que el Tribunal sea el último en pronunciarse sobre la interpretación y alcance de su propio ordenamiento: «El excesivo celo que está demostrando para aceptar una jurisdicción especializada en materia de derechos fundamentales, contrasta con la contundencia con la que estableció (y recuerda cada vez que tiene ocasión) el efecto directo y la primacía del derecho de la UE sobre los ordenamientos de los Estados miembros» (p. 134).

El capítulo quinto, bajo la rúbrica de «miradas hacia el Este», examina algunos conflictos —entre primacía del Derecho europeo y supremacía constitucional— surgidos y resueltos en Estados miembros del Este de Europa. Estados que si inicialmente mantuvieron una actitud cooperativa, en la actualidad han planteado retos notables. Los autores analizan minuciosamente esta evolución a la luz de numerosos casos. Baste señalar que el Tribunal Constitucional polaco fue el primero en «romper el tabú» de declarar inconstitucional una norma interna de ejecución de la Decisión marco sobre la euroorden, y el checo ha sido el primero en concretar la amenaza del control *ultra vires* del Tribunal de Justicia. El contenido del capítulo es relevante y significativo. La conclusión, optimista: los conflictos —dicen los autores y no les falta razón—

han funcionado siempre como motor de la integración. Ocurre, sin embargo, que los desafíos planteados por algunos Estados del Este son sustantivos y de mayor envergadura: Hungría o Polonia han abandonado la senda del Estado de derecho, y por ende, del constitucionalismo. Son problemas que desbordan el marco de la monografía que comentamos pero que, evidentemente, inciden de forma directa en él.

Finalmente, el capítulo 6 está dedicado al estudio del caso Kadi, concebido como corolario o consagración definitiva del principio de autonomía del Derecho de la Unión. El Tribunal ha acudido a este principio para proteger bienes fundamentales que ciertamente pertenecen al núcleo de la Unión, pero en casos que, como advierten los autores, la competencia del Tribunal resulta dudosa. En la sentencia Kadi I el Tribunal debe pronunciarse, entre otras cosas, sobre la competencia del Tribunal para controlar la legalidad de un reglamento europeo que implementa una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En este caso, el Tribunal considera que «el ordenamiento de la UE ha llegado a un nivel de madurez tal que ya no solo ha de proclamar su plena autonomía respecto de los ordenamientos de los Estados miembros, sino también respecto del Derecho internacional» (p. 207). Ahora bien, para ello —y esta es una paradoja que debe ser subrayada— recurre al mismo viejo dualismo que rechaza a la hora de afirmar la autonomía del Derecho de la Unión respecto al de los Estados miembros. La doctrina resultante del caso Kadi es clara y contundente: «La Unión Europea presenta un núcleo intocable de principios que no pueden ser afectados por el Derecho Internacional, ni siquiera por la Carta de la ONU» (p. 221). Con esta contundente afirmación del principio de autonomía del Derecho europeo, se pone de relieve el largo camino recorrido por la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia en los últimos cincuenta años, desde la celeberrima *Van Gend en Loos*.

A lo largo de la obra, los autores manejan con fluidez y acierto la amplísima bibliografía existente sobre el tema. Resulta por ello también sumamente valioso el anexo bibliográfico (pp. 235-274) que figura al final de la obra y que contiene las referencias doctrinales imprescindibles de las últimas cinco décadas (en castellano, francés, inglés, italiano y alemán).

En definitiva, nos encontramos con una monografía en la que se expone y sistematiza con impecable rigor los distintos hitos y doctrinas jurisprudenciales y al hacerlo se confirma la tesis de fondo que la informa y le da sentido: cabe hablar de un constitucionalismo europeo, entendido como un constitucionalismo evolutivo en cuya configuración el Tribunal de Justicia ha desempeñado y desempeña un papel notable. El Tribunal de Justicia ha sido un protagonista indiscutible del proceso de constitucionalización de la Unión y de su Derecho, tanto desde la óptica de la federalización como de la humanización. Y esto se produce en un momento constitucional que, si por algo se caracteriza, tanto a

nivel nacional como internacional, es por el hecho de que la «jurisdicción» ha vuelto a concurrir al «gobierno». En palabras de Mauricio Fioravanti, «recuperando la concepción preabsolutista del “gobierno” —entendido precisamente como actividad dirigida a garantizar un determinado equilibrio entre una pluralidad de sujetos y de fuerzas— se puede decir que la jurisdicción ha vuelto hoy —una vez agotada la fase posrevolucionaria dominada por el principio de soberanía— a concurrir al “gobierno”, obviamente solo en el sentido específico y exclusivo de la garantía de los derechos, y de la tutela de un cierto equilibrio dentro de una sociedad profundamente pluralista».

Desde esta óptica, la función constitucionalizadora de la jurisdicción es indiscutible y esta monografía da buen testimonio de ello. Sin embargo, es preciso reconocer también sus límites. Límites que difícilmente podrá franquear y que se configuran como obstáculos que, llegado un determinado estadio del proceso de federalización y humanización de la Unión, le impedirán ir más allá. E impidiéndole avanzar podrían provocar su fracaso. Me refiero, concretamente, a la cuestión relativa a la reforma de los Tratados, que es donde, en mi opinión, se decidirá el futuro de la Unión. Y ello porque a pesar de la noble tarea cumplida por el Tribunal, este no podrá resolver la cuestión capital, decidir sobre la naturaleza y fin último de la Unión. Se trata de una cuestión política y no jurídica. Sea de ello lo que fuere, esta obra pone de manifiesto como, a lo largo de más de cinco décadas, el Tribunal de Justicia ha alumbrado una jurisprudencia que ha contribuido a constitucionalizar la Unión, garantizando, a través de meritorias construcciones jurisprudenciales, la unidad en la diversidad (federalización) y los derechos de las personas (humanización). Por el rigor en el análisis, el diálogo continuo con los autores más relevantes, la originalidad de ciertos enfoques, y la claridad expositiva, esta monografía se configura como una valiosa contribución al «debate constitucional europeo» y reviste un indiscutible interés para todos los estudiosos del proceso de integración europea.

*Javier Tajadura Tejada*  
Universidad del País Vasco

PABLO JOSÉ CASTILLO ORTIZ: *EU Treaties and the Judicial Politics of National Courts. A Law and Politics Approach*, New York, Routledge, 2016, 234 págs.

En un momento en el que la Unión Europea (UE) está más cuestionada que nunca, esta obra ofrece una nueva y brillante aportación al estudio de la integración europea. El autor combina con maestría la ciencia política y el derecho, la investigación tradicional y el análisis empírico para analizar el papel de los Tribunales Constitucionales en los tratados de la UE. Su perspectiva

multidisciplinar y el hecho de que analice de manera sistemática esta temática la convierte en una obra de referencia indiscutible tanto desde la perspectiva del derecho como de la ciencia política.

Esta obra presenta de una manera innovadora el análisis de las decisiones judiciales en los tratados de la UE. Desde un punto de vista teórico, el autor construye su propio enfoque valiéndose de tres principales aproximaciones teóricas en el estudio del comportamiento judicial en el proceso de integración europea: el contextual-político, el empoderamiento institucional y el legalista. Desde una perspectiva metodológica, el análisis de la doctrina jurídica y la descripción de las relaciones empíricas con el Análisis Cualitativo Comparado (QCA) permiten al autor entender el comportamiento judicial aplicando un enfoque científico y positivista que enriquece, aún más si cabe, su trabajo.

A pesar de que el autor nos ofrece un pormenorizado análisis, dadas las limitaciones de espacio me centraré en describir someramente sus principales ideas y hallazgos siguiendo la estructura de su trabajo. En su libro, los primeros capítulos detallan el modelo en el que basa su análisis pasando después a desgranar por separado las dimensiones legales, políticas y judiciales para terminar con una aproximación integradora que resalta las interacciones entre las condiciones legales, políticas e institucionales.

El objetivo principal que persigue el autor, como ya se ha hecho referencia, es el análisis de las decisiones judiciales de los Tribunales Constitucionales sobre los tratados de la UE. Para ello, el autor pone de manifiesto la necesidad de incluir en su trabajo el análisis de las decisiones interpretativas, siendo consciente de que la mayor parte de la literatura se ha centrado fundamentalmente en decisiones de fondo. En este sentido, Pablo Castillo considera la doctrina Kompetenz-Kompetenz dada su gran relevancia política al permitir a los Tribunales Constitucionales tener la última palabra sobre la constitucionalidad del derecho de la UE. Una característica fundamental de este trabajo es que no se queda en un estudio de las decisiones de fondo y las decisiones interpretativas de Kompetenz-Kompetenz sino que va más allá examinando la dialéctica entre ambas.

Aunque el autor señala el papel fundamental del objetivo institucional de empoderamiento, fundamentalmente en las decisiones de Kompetenz-Kompetenz, el hecho de que no todos los Tribunales Constitucionales hayan adoptado estas decisiones le lleva a preguntarse sobre las condiciones en las que tienen lugar incorporando diversos factores en su análisis. Sin duda, este es el núcleo principal de su trabajo y la idea que subyace al mismo: las decisiones judiciales son el resultado de la interacción de dimensiones legales, políticas y judiciales.

En base a esta idea, y tras una detallada descripción de las decisiones de fondo y decisiones de Kompetenz-Kompetenz, el autor analiza por separado

cada una de estas dimensiones, aportando desde cada una de ellas factores que explican las decisiones judiciales de los Tribunales Constitucionales. En el caso de la dimensión legal, el autor considera las características de las cláusulas europeas de las Constituciones nacionales; en la dimensión política, se centra en el perfil de los demandantes y las posibles consecuencias de las decisiones judiciales y, en la judicial, tiene en cuenta el diseño institucional, las garantías de independencia de las Cortes y previas decisiones.

Por último, y de manera muy interesante, Pablo Castillo propone un modelo que pone el acento en la interacción de las variables explicativas tenidas en cuenta anteriormente de manera individual. A través de una metodología propia de las ciencias sociales como es el Análisis Cualitativo Comparativo (QCA), el autor analiza las condiciones que posibilitan que tengan lugar los dos hechos en los que centra su trabajo. Esto es, que los Tribunales Constitucionales declaren el principio de Kompetenz-Kompetenz y que declaren la inconstitucionalidad de los tratados de la UE. La aplicación de esta metodología constituye una novedad en los estudios judiciales que aporta complejidad y realidad a su análisis. Mientras que en las declaraciones de Kompetenz-Kompetenz destacan los factores relativos a las dinámicas judiciales internas y el proceso de imitación entre las Cortes, en las declaraciones de inconstitucionalidad de los tratados de la UE las explicaciones políticas y las propias declaraciones de Kompetenz-Kompetenz resaltan como factores explicativos.

El libro de Pablo Castillo, por su innovación, pero al mismo tiempo rigor científico, es una obra indispensable que sirve para entender los procesos de ratificación de los tratados europeos poniendo el foco en el papel de los Tribunales Constitucionales. Su trabajo provoca la reflexión sobre los procesos de integración europea en un momento de dificultades para la UE en la que esta es más que necesaria. En este sentido me gustaría destacar dos reflexiones finales que se extraen de este trabajo y que el propio autor manifiesta. En primer lugar, el papel de los Estados nacionales en la integración europea. En el contexto actual en el que se cuestiona el futuro de la UE y en el que parece prevalecer el interés nacional frente al europeo, este trabajo pone de manifiesto una paradoja curiosa. Es el interés de los Tribunales Constitucionales en defender su sistema constitucional nacional el que posibilita que se establezca una relación entre ellos, aunque no todos participan, llevando a lo que podría considerarse una europeización horizontal.

En segundo lugar, su investigación señala la interacción de factores institucionales y políticos como explicación de las decisiones judiciales. Así, sus análisis corroboran de manera empírica las diversas interrelaciones que dan lugar a los fallos judiciales y la necesidad de adoptar un enfoque integrador que no pierda de vista la dimensión política en las decisiones judiciales. Aun-

que contribuya a acercarnos a la realidad, este hallazgo tiene implicaciones respecto a nuestras ideas sobre el Estado de derecho y la separación de poderes. La inclusión de reflexiones políticas en las decisiones judiciales de los Tribunales Constitucionales puede considerarse un fraude al Estado de derecho al no limitarse a aplicar la Constitución a los tratados.

*Marta Paradés Martín*

Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ TUDELA ARANDA: *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 332 págs.

Como historia española, así sugerida en el subtítulo del libro, estaríamos asistiendo a la reedición de otro de los «quiero y no puedo» que han jalonado el frustrado devenir político territorial de España. A resultas de ello, y como si de un retruécano conceptual se tratase, el Estado autonómico habría resultado en un fracasado éxito. A semejante tesitura habríamos llegado después de los acontecimientos políticos de los últimos años, y muy especialmente tras la deriva secesionista del nacionalismo catalán. El 9 de diciembre de 2015, cuando el *Parlament* de Cataluña aprobó por 72 votos de sus miembros (frente a 63 en contra) la resolución independentista, se habría simbolizado el ocaso ineluctable del modelo autonómico. Se recordará que la cámara legislativa catalana declaró entonces su deseo de establecer un futuro Estado catalán en forma de república. El Tribunal Constitucional dejó sin efecto, apenas tres semanas después (1 de diciembre de 2015), tal resolución: «La Cámara autonómica no puede erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política, hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad», convinieron por unanimidad los magistrados constitucionales. Pese al desencuentro interno que tales eventos ilustran, y al pesimismo subyacente en los datos diseccionados y analizados cronológicamente sobre la construcción de la España de las autonomías a lo largo de las densas páginas del libro, resta el lúcido desiderátum normativo del autor por recomponer viejas ilusiones colectivas en España. No es este un texto desesperanzado sobre el porvenir, pero sí un riguroso reclamo del pasado reciente para evitar nuevos fracasos.

José Tudela Aranda es constitucionalista de larga trayectoria en el estudio de la institución parlamentaria y de la dimensión territorial de la política en España. Además de sus actividades docentes en la Universidad de Zaragoza, es letrado de la Cortes de Aragón desde 1986, y secretario general de la Fundación Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autono-

mico. Su labor en esta última institución ha fructificado con la celebración de numerosos encuentros académicos de un excelente nivel científico e investigador, en los cuales han participado expertos españoles e internacionales de reconocido prestigio. Tudela Aranda señala como principal objetivo de su empeño editorial el contribuir al debate de la futura reforma constitucional de la organización territorial del poder en España. Para ello propone la explicitación del modelo federal que en buena medida es intrínseco al Estado autonómico, y que debería haber guiado el rumbo de su ulterior desarrollo administrativo y político.

El Reino de España cabe ser considerado como un Estado nacional compuesto («nación de naciones y regiones»), el cual incorpora diversos grados de pluralidad interna. Hay naciones, como Cataluña, regiones, como Murcia, y existen comunidades autónomas en tránsito. Algunas de estas últimas iniciaron el proceso descentralizador declarándose regiones, pero con el transcurso de los años se deslizaron por boca de agentes sociales y formaciones políticas hacia la autoproclamación nacional. Tales evoluciones quedan ilustradas por el propio caso de Aragón, territorio de residencia de Tudela Aranda. En realidad, España es un país de textura federal. Tal calificativo de «federal» no aparece en ninguna de sus disposiciones constitucionales o formales de su ordenamiento jurídico. Empero, el caso de la «federación embozada» española ocupa la atención en las reuniones científicas de investigaciones y estudios internacionales, tales como el Forum of Federations, y con los cuales colabora la propia Fundación Giménez Abad. Como es sabido, en la variopinta configuración de los Estados federales (incluido el «embozado» caso español), vive un 40% de la población mundial. El principio común a todos ellos es el de hacer compatible unidad y diversidad mediante el pacto político. *Foedus* en latín alude precisamente a eso: pacto.

En los últimos años han sido varias las tareas pendientes por acometer del inacabado proceso de la federalización española auspiciado por la Constitución de 1978. Conviene señalar entre ellas la articulación del Senado como genuina cámara federal, y la puesta en práctica efectiva de la subsidiariedad territorial y la rendición de cuentas democrática, principios guía del más amplio proceso de europeización en curso. Más allá de cualquier otra consideración, el objetivo final de tales reformas pendientes no habría sido (sigue siendo) otro que el de empoderar a los territorios constituyentes de la España plural, evitando una recentralización paralizante o una dispersión anómica y desintegradora. De llevarse a efecto tales empeños en los años por venir, se facilitarían más recursos políticos para la gobernanza multinivel territorial y una mayor incorporación política multilateral para evitar la centrifugación territorial de España. Como no podría ser menos, el futuro proceso de reforma debería sustentarse en un consenso de amplia mayoría de partidos políti-

cos a favor de la reestructuración constitucional. La alternativa federal sería garante de las diferencias históricas, culturales, lingüísticas y del reconocimiento de realidades nacionales diferenciadas dentro del Estado-nación común español, como podría ser el caso de las denominadas tras la muerte del dictador Franco como «nacionalidades históricas»: Cataluña, País Vasco y Galicia. Se legitimaría, de tal manera, la juntura e integración de la diversidad y el pluralismo internos de España.

El libro se divide en dos partes: (1) el Estado constitucional autonómico y (2) la desconstitucionalización del Estado autonómico. En la primera parte se incluyen cinco capítulos que versan, entre otros temas, sobre: (a) la descentralización y el federalismo al inicio del desarrollo autonómico; (b) los términos del debate sobre la organización territorial en el proceso constituyente; (c) la primera generación de Estatutos de Autonomías de las comunidades autónomas; (d) las reformas estatutarias de 1996 y la consagración del principio dispositivo; y (e) un balance del primer desarrollo constitucional del Estado autonómico. En los cuatro capítulos recogidos en la segunda parte del volumen, el autor analiza: (f) la fractura del modelo y el surgimiento de los Estados de Autonomía de segunda generación; (g) la crisis económica desatada en 2007-2008 y sus efectos en el Estado autonómico; (h) el desplazamiento social en Cataluña hacia la independencia, así como un examen del derecho a decidir y el principio democrático; y (i) la respuesta constitucional a la secesión, el (no) reconocimiento del derecho de autodeterminación y la necesidad federal.

El énfasis de los análisis y reflexiones del autor se concentra en su propio enfoque de experto constitucionalista. Pero Tudela Aranda busca también una aproximación a factores políticos y sociológicos en sus explicaciones, pues su propósito principal es el de facilitar al lector una visión global de lo sucedido con el modelo de organización territorial diseñado por el constituyente en 1978. Entre otros asuntos, enfatiza el autor efectos perversos —y quizá no queridos— en el desarrollo autonómico, tales como el funcionamiento político de las comunidades autónomas, y su sistema parlamentario, que ha permitido una concentración radical del poder en sus presidentes autonómicos. Tal desarrollo es calificado como de «presidencialismo todopoderoso». Sirva ello como botón de muestra de la necesidad imperiosa de reformar el Estado autonómico, coincidencia en el juicio evaluativo que Tudela Aranda considera casi unánime. La concordancia, no obstante, acaba en tal diagnóstico. El autor echa decididamente su cuarto a espadas remachando que la reforma debe ser intensa y solo puede mostrar una nítida dirección: «... la que marca la flecha del federalismo». El eventual acuerdo para federalizar España debería someterse a la aprobación de todos los españoles.

En el epílogo del volumen, Tudela Aranda reitera la idea de que el pacto para la reforma constitucional federal debería sustentarse en la realidad obje-



tiva de que la voluntad de autogobierno y la conciencia política de los distintos territorios de España es diversa. Por tanto el reconocimiento de la singularidad catalana, o vasca, pongamos por caso, debería encontrar acomodo y articulación, según el constitucionalista aragonés, «desde las exigencias derivadas de la construcción moderna del Estado». Algo que requerirá inexorablemente reconocer el rol que la identidad tiene como referencia necesaria ante cualquier adaptación jurídica formal. Para el autor la identidad y la nación son conceptos que, hoy en día en España, deberían conformarse alrededor de una visión plural y dinámica no siempre compatible con los moldes más tradicionales de ambos conceptos. El bagaje académico del autor respecto a los temas tratados avala el rigor de los análisis y reflexiones efectuados en el texto. El libro interesará a todos aquellos lectores preocupados por el futuro político de la España plural y su apuntada reforma constitucional federal.

*Luis Moreno*

Instituto de Políticas y Bienes Públicos (CSIC)

RAQUEL GALLEGO (dir.): *Descentralización y desigualdad en el Estado autonómico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 423 págs.

Esta obra forma parte de la literatura que ha prestado atención a los procesos de descentralización política y al despliegue territorial de las políticas de bienestar y los efectos de estos procesos en la igualdad territorial (Obinger y Starke, 2014; Keating, 2013, 2014a, 2014b). En España, alrededor de este tema de investigación se encuentran trabajos realizados por la propia directora del libro —véase Gallego, Gomà y Subirats, 2005; Gallego y Subirats, 2012— así como investigaciones llevadas a cabo desde la ciencia política, como por ejemplo Moreno y McEwen (2005) o Pavolini y Del Pino (2015). El caso español es especialmente relevante para estos estudios porque se han producido dos procesos de forma simultánea en los últimos treinta años, la construcción de un Estado de bienestar moderno prácticamente desde cero (Moreno, 2001) y el desarrollo de un sistema de gobernanza multinivel del bienestar.

El marco teórico de la investigación está compuesto por tres tipos de literatura comparada. En primer lugar, integra la línea de investigación que ha estudiado la influencia de la opinión pública en la reforma de las políticas sociales, que ganó relevancia a partir de los años noventa, con Paul Pierson (1994, 2001). El libro también se sirve de la literatura sobre federalismo fiscal y su vinculación con los procesos de descentralización —véanse, por ejemplo, Oates (1999) o Musgrave y Musgrave (1977)—. Una línea de investigación que centra el análisis, por un lado, en el reparto de las responsabilidades polí-

ticas entre niveles de gobierno —en base a una serie de principios como el de *subsidiariedad* o *equivalencia*—, y por otro lado, en la importancia de las políticas de ingresos y los modelos de financiación. Por último, el libro parte también de la literatura sobre análisis de políticas públicas y en particular se fija en los factores que condicionan la toma de decisiones, como las características estructurales del sector de política pública y la importancia del contexto político y socioeconómico en el marco de un gobierno multinivel (Barzelay y Gallego, 2010).

A partir de la integración de estas líneas de investigación, el libro dirigido por Raquel Gallego, profesora de Ciencia Política en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, y en el que participan un nutrido equipo de investigadores politólogos, sociólogos y economistas de distintas universidades españolas, trata de responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿por qué los gobiernos autonómicos han tomado opciones diferentes de políticas de gasto, políticas de ingresos y políticas de bienestar? Para abordar esta cuestión se analiza la influencia de un conjunto de factores —como el modelo de financiación territorial, la ideología de los partidos en el gobierno autonómico, las características estructurales de los sectores de política pública y las preferencias de la ciudadanía en la configuración de estas políticas— que pueden condicionar los procesos de toma de decisiones y dar lugar a trayectorias de regulación, financiación y gestión diferentes en los regímenes regionales de bienestar de Andalucía, Cataluña, Madrid y País Vasco.

La principal contribución del libro se deriva de la elección novedosa de ciertas variables explicativas para analizar el margen de autonomía política de los gobiernos regionales en materia de bienestar. De esta forma, la obra aporta análisis interesantes en torno a la capacidad explicativa de algunos de estos factores, como la ideología de los partidos en el poder, que marca la dirección de las decisiones y de las políticas públicas, o el papel limitador del sistema de financiación en el margen de autonomía de las comunidades autónomas (CC. AA.). En cuanto a la opinión pública, el estudio realiza una aportación original al comprobar el efecto de las identidades territoriales —identidad nacional subjetiva— en la percepción y evaluación de las políticas de bienestar en un sistema descentralizado, en este caso a partir de 2010, en un contexto marcado por el retroceso del Estado de bienestar en España con posibles consecuencias en términos de recentralización (p. 75).

El libro se organiza en torno a tres bloques, con un total de diez capítulos más uno dedicado a las conclusiones. En el primer bloque, «Descentralización, Desigualdad y Autonomía Política», se aborda la influencia de dos tipos de factores en la autonomía política de los gobiernos regionales: la evolución de la opinión pública en las 17 CC. AA. en relación a las

políticas de bienestar, en este caso sanidad y educación, para el periodo 1998-2010; y por otro lado, el impacto del modelo de financiación autonómica y su vinculación con los recursos disponibles para todas las CC. AA. entre 2001 y 2009.

Tras un primer capítulo introductorio realizado por Raquel Gallego y Maite Vilalta, el cual nos ofrece una visión de conjunto de la obra, Fabiola Mota y Gema García Albacete analizan la evaluación ciudadana de las políticas de bienestar a la luz del proceso de descentralización del Estado de bienestar en España (pp. 46-47). A través de un análisis estadístico —regresión lineal y multinivel— de estudios representativos en el nivel autonómico procedentes del Banco de Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), las autoras extraen una serie de conclusiones al respecto. En primer lugar, prueban que las diferencias interregionales en la evaluación de las políticas de bienestar han persistido para el periodo de estudio, constatando que la satisfacción de los ciudadanos en materia de sanidad y educación ha empeorado entre 1998 y 2010, es decir, que el proceso de descentralización del Estado de bienestar no ha conducido a una mejor valoración de las políticas sociales. Por otro lado, destacan la importancia de una serie de factores individuales como la ideología política, el apoyo electoral al partido en el gobierno o la identidad territorial en la configuración de las percepciones y evaluaciones ciudadanas de las políticas de sanidad y educación entre 2002 y 2010. El modelo de regresión multinivel que incorpora variables agregadas para el año 2010 confirma el efecto que tiene el color del partido en el gobierno autonómico y el nivel de gasto público en la evaluación de dichas políticas (pp. 75-76).

El impacto del sistema de financiación como factor determinante de la capacidad de decisión de los gobiernos regionales de acuerdo al marco teórico del libro es motivo de atención en el tercer y último capítulo del primer bloque, realizado por Javier Loscos y Jesús Ruiz-Huerta. A partir de los principios legales y teóricos recogidos en la literatura sobre federalismo fiscal, los autores centran su análisis en el estudio comparado de los modelos de financiación aprobados respectivamente en 2001 y 2009. En primer lugar, y tras una valoración general de los aspectos positivos y limitaciones del sistema aprobado en 2001, describen los rasgos básicos de la reforma de 2009. Los autores concluyen afirmando que la reforma «mantiene la tendencia al incremento de los espacios fiscales propios de las CC. AA.» (p. 106) y en relación al principio de suficiencia, el modelo de financiación adoptado en 2009 «ofrece unos resultados de financiación más ajustados a las estructuras de las necesidades de gasto» (p. 108) de los distintos regímenes de bienestar regionales.

En el segundo bloque de la obra, «Las decisiones de ingreso y de gasto de las Comunidades Autónomas», se lleva a cabo un estudio en profundidad de

las políticas de gasto y de ingreso de las 17 CC. AA., para el periodo 2002-2012. En este bloque, en el capítulo cuarto, Cristina Gispert y Maite Vilalta analizan la estructura multinivel de las principales figuras impositivas y comparan las decisiones fiscales —capacidad normativa— tomadas por los gobiernos de las CC. AA. de régimen común, centrándose en los casos de Andalucía, Cataluña y Madrid, y de forma más sintética en el País Vasco. El resultado de la investigación muestra que la voluntad política de los gobiernos regionales no es homogénea entre figuras impositivas, y que «las CC. AA. disponen de un “elevado” grado de autonomía sobre los tributos cedidos tradicionales, un grado de autonomía “medio” sobre el IRPF y una “escasa” o muy limitada autonomía sobre los impuestos de consumo» (p. 175).

El capítulo cinco, realizado por Ana Herrero, José Manuel Tránchez y Maite Vilalta, cierra este segundo bloque centrandó la atención en las políticas de gasto, en concreto, en el gasto autonómico destinado a los servicios esenciales del Estado de bienestar. Tras una primera aproximación al gasto social realizado por las CC. AA. en el periodo 2002-2012, a través de indicadores cuantitativos procedentes de la información contenida en las Liquidaciones de los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, los autores establecen tendencias diferenciadas en los patrones de gasto social entre las distintas CC. AA. En relación al gasto y al PIB por habitante, Navarra tiene ambos índices relativamente elevados, al igual que el País Vasco, mientras que Andalucía por ejemplo, presenta tanto un gasto por habitante como un PIB por habitante relativamente bajo (p. 185).

En cuanto al comportamiento del «gasto social» —el dedicado a Sanidad, Educación y Promoción Social—, es bastante homogéneo en todas las CC. AA. —salvo Castilla-La Mancha— hasta 2009, por efecto de la crisis y los consiguientes recortes. Una segunda aproximación a través del gasto social/PIB muestra que las regiones con un mayor porcentaje de gasto son Extremadura y Castilla-La Mancha, mientras que Madrid, Cataluña y Baleares son las que presentan un menor porcentaje de gasto social/PIB (p. 200). Para tratar de explicar la desigualdad en el gasto social entre las distintas CC. AA., los autores analizan —a través de un modelo econométrico— una serie de factores sociales, económicos y financieros que nos ayudan a explicar la configuración de las políticas de gasto. Los resultados muestran el poder de una serie de variables explicativas a la hora de establecer el gasto social (pp. 221-222). El concierto económico es una variable que determina el mayor gasto social de los territorios forales respecto a las CC. AA. de régimen común, ya que han disfrutado tradicionalmente de más recursos por habitante. En cuanto al PIP per cápita, esta variable muestra que las regiones más pobres presentan mayores ratios de gasto respecto al PIB. Por otro lado, el peso de la deuda pública regional sobre el PIB, refleja que las CC. AA. con mayor ratio de

deuda tienen un gasto superior en servicios sociales. Por último, el peso de la inmigración también es determinante, ya que las regiones con mayor inmigración presentan niveles superiores de gasto social total.

En el tercer y último bloque del libro, «Políticas públicas autonómicas: sanidad, dependencia y educación», se presentan, a través de una aproximación cualitativa, los estudios de caso en profundidad sobre los procesos de toma de decisiones y trayectorias de política pública en cuatro CC. AA. —Andalucía, Cataluña, Madrid y País Vasco—, y tres políticas de bienestar —sanidad, educación y atención a la dependencia o cuidados de larga duración— entre 2000 y 2012. Para analizar e interpretar los casos seleccionados, se parte de la propuesta teórica generada por el nuevo institucionalismo —véase Peters (1999)— y las categorías conceptuales desarrolladas por esta corriente que permiten a los autores comprender los procesos de cambio incremental en las instituciones y en las políticas públicas (pp. 35-38). Los capítulos sexto y séptimo, realizados por Raquel Gallego y Nicolás Barbieri, analizan los procesos de cambio en las trayectorias de los modelos de gestión sanitaria de las CC. AA. objeto de estudio, para posteriormente establecer los tipos de cambio institucional introducidos y los factores que explican un despliegue diferente de los modelos sanitarios. Partiendo de una descripción del contexto político —centrado en los espacios de veto y el rol de los diferentes actores—, identifican una serie de casos, y establecen qué tipos de cambio institucional se dan y los factores que los explican (p. 264).

En el caso de Madrid, los cambios introducidos en la gestión sanitaria a partir de las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras y de gestión y administración de los servicios sanitarios —modelos de gestión mixtos y desarrollo del sector privado— responden principalmente «al impulso proveniente de las más altas esferas del gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid» (p. 266) con agentes del gobierno movilizados claramente contra el *statu quo* del modelo de gestión. El nuevo contexto político resultado de la llegada del Partido Socialista de Euskadi (PSE) al gobierno del País Vasco en 2009, y el rol jugado por determinados actores —como el consejero de Sanidad—, serían los principales factores explicativos del cambio en la estrategia de atención a la cronicidad, que ha implicado la reorganización profunda del sistema. En Cataluña, la transformación del Institut Català de la Salut (ICS) en una empresa pública se explica fundamentalmente a partir de las presiones provenientes de la propia organización para mejorar la gestión. Por último, la creación en Andalucía de Centros Hospitalarios de Alta Resolución (CHARE's) como empresas estatales se debe principalmente a una serie de actores como el presidente de la Junta y algunos altos cargos del Departamento de Salud, actuando estos como *oportunistas*, y el refuerzo del modelo de prestación de servicio público de manera directa (p. 293).

Las diferencias en el despliegue —extensión, intensidad y tipo de cobertura— de la política de dependencia por parte de los gobiernos autonómicos y los factores explicativos de su implementación se analizan en los capítulos octavo y noveno. Gallego y Barbieri muestran «cómo y por qué un cambio de política pública por parte del gobierno central lleva no solo a la divergencia de políticas públicas en unidades territoriales subcentrales sino a procesos de cambio institucional diferentes en dichos gobiernos» (p. 361). Factores como las características del sector de política pública, las relaciones intergubernamentales, la distribución competencial o el papel de los gobiernos locales ayudan a explicar el despliegue diferente de la «Ley de dependencia» por parte de las CC. AA. en un contexto de crisis y recorte del Estado de bienestar.

Las trayectorias en materia de política educativa desarrolladas en Andalucía, Madrid y País Vasco a la luz del marco legal establecido por el Estado central son objeto de análisis en el décimo capítulo, escrito por Eliseo López y Esther del Campo. A través de la comparación de los tres casos seleccionados, los autores establecen varias conclusiones (p. 399): en primer lugar, que son los criterios ideológicos —los valores de sus dirigentes— los que priman a la hora de establecer los objetivos en materia educativa; en segundo lugar, que las CC. AA. muestran una adaptación a los problemas concretos de sus ciudadanos; y, por último, que la participación de los actores sociales en el proceso de elaboración de la política educativa está estrechamente vinculada a la proximidad ideológica de estos actores y el partido en el gobierno (p. 400).

El libro constituye una valiosa aportación sobre la evolución y los cambios que han sufrido los sistemas de bienestar regionales. Se echa de menos quizá un análisis más detallado del impacto de la crisis en ellos y el modo en que los principales determinantes que se han analizado en este libro se comportan en contexto de estrés. Por ejemplo, hasta qué punto la ideología sigue siendo importante cuando la situación económica y fiscal se deteriora tanto como lo ha hecho en los últimos años. No está claro tampoco si la crisis ha alterado el papel de cada uno de los gobiernos y cambiado la trayectoria descentralizadora que había predominado en los últimos años en el Estado de bienestar español.

En cualquier caso, se trata de un libro interesante para investigadores pero también para estudiantes de los últimos cursos del grado o alumnos de postgrado en las disciplinas de Ciencia Política, Ciencia de la Administración y Gestión Pública, Sociología o Economía. Asimismo, puede interesar a responsables públicos de los distintos niveles de gobierno. Estamos ante una obra que nos ayuda a comprender los procesos de toma de decisiones en los niveles de gobierno subcentrales, los factores que están detrás de las distintas adopcio-

nes de modelos de gestión de las políticas de bienestar, y que sin duda se convertirá en un texto de referencia en un área de estudio como la investigación comparada sobre el funcionamiento de los procesos de descentralización y su vinculación con las políticas de bienestar.

### Referencias

- Barzelay, M. y Gallego, R. (2010). The comparative historical analysis of public management policy cycles in France, Italy, and Spain: symposium introduction. *Governance*, 23 (2), 209-223.
- Gallego, R., Gomà, R. y Subirats, J. (2005). Spain, from State Welfare to Regional Welfare. En N. McEwen y L. Moreno (eds.). *The Territorial Politics of Welfare* (pp. 103-124). Oxon/New York: Routledge.
- Gallego, R. y Subirats, J. (2012). Spanish and Regional Welfare Systems: Policy Innovation and Multi-level Governance. *Regional and Federal Studies*, 22 (3), 269-288.
- Keating, M. (2013). *Rescaling the European state: The making of territory and the rise of the meso*. Oxford: Oxford University Press.
- (2014a). Introduction: rescaling interests. *Territory, Politics, Governance*, 2 (3), 239-248.
- (2014b). Territorial Imaginations, Forms of Federalism and Power. *Territory, Politics, Governance*, 2 (1), 1-2.
- Moreno, L. y McEwen, N. (eds.) (2005). *The Territorial Politics of Welfare*. Oxon/New York: Routledge.
- Moreno, L. (2001). *The federalization of Spain*. Oxon/New York: Routledge.
- Musgrave, R. A. y Musgrave, P. B. (1977). *Public finance in Theory and Practice*. New York: McGraw-Hill.
- Oates, W. E. (1999). An essay on fiscal federalism. *Journal of Economic Literature*, 37 (3), 1120-1149.
- Obinger, H. y Starke, P. (2014). Welfare state transformation: Convergence and the rise of the supply side model. *Transtate Working Papers*. Bremen: University of Bremen.
- Pavolini, E. y del Pino, E. (2015). Decentralisation in a time of harsh austerity: multilevel governance and the welfare state in Spain and Italy facing the crisis. *European Journal of Social Security*, 17 (2), 246-271.
- Peters, B. G. (2003). *El nuevo institucionalismo: la teoría institucional en ciencia política*. Barcelona: Gedisa.
- Pierson, P. (1994). *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the politics of retrenchment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2001). Coping with permanent austerity. Welfare State restructuring in affluent democracies. En P. Pierson (ed.). *The new politics of the Welfare State* (pp. 369-406). Oxford: Oxford University Press.

*Jorge Hernández-Moreno*  
Universidad Autónoma de Madrid  
Instituto de Políticas y Bienes Públicos, CSIC

MICHAEL WALZER: *The Paradox of Liberation: Secular Revolutions and Religious Counterrevolutions*, New Haven, Yale University Press, 2015, 172 págs.

¿Por qué los procesos de secularización política posteriores a la Segunda Guerra Mundial han dado paso a procesos de intensa revitalización religiosa? ¿Son los postulados de la izquierda liberal exitosos fuera de Europa? ¿Está terminando la tendencia a la secularización de la vida política? Estas han sido las principales cuestiones sobre las que se ha centrado la última obra de Michael Walzer, *The Paradox of Liberation*. En esta ocasión, el autor estadounidense aborda la aparente contradicción existente entre el hecho de que movimientos políticos con planteamientos marcadamente progresistas y sostenidos por un amplio consenso entre su población en el transcurso de procesos de independencia política fueran posteriormente superados por contrarrevoluciones religiosas respaldadas por un fuerte apoyo popular. Para ello, Walzer estudia tres movimientos que alcanzaron la independencia y se constituyeron como Estados independientes a través de una propuesta política de índole marcadamente secular: el Congreso Nacional Indio y el Laborismo Sionista entre 1947 y 1948 y el Frente de Liberación Nacional en Argelia en 1962. En este sentido, analiza cómo estos conflictos, que en su momento supeditaron el papel religioso al secular, se enfrentaron, unas décadas después de triunfar, a una revitalización de los movimientos religiosos que los sobrepasó hasta conformar en estos Estados la situación política tal y como la conocemos actualmente.

Con estas bases, y apoyado en las contribuciones de figuras tan diferentes como Alexis de Tocqueville, Jean-Paul Sartre o Karl Marx, y políticos del momento como David Ben-Gurión, Jawaharlal Nehru o Ahmed Ben Bella, Walzer reconsidera el papel de la izquierda dentro de comunidades no europeas, realizando un enfoque crítico sobre la implementación de sus políticas en tales territorios, ignorando las cosmologías y culturas propias en el proceso de construcción de identidad tanto durante la emancipación como en el periodo posterior. Para el autor, esta conducción redundó en un desarraigo de la población que generó, a su vez, un movimiento de rechazo y de recuperación del tradicionalismo religioso. Así, describe cómo los postulados de los sectores que mantenían una defensa de las tradiciones fueron sistemáticamente negados y apartados del proceso político constituyente, priorizando en todo momento la conformación de gobiernos seculares. Como posibles explicaciones a este rechazo, Walzer aduce el vínculo legitimador que existió entre el anterior régimen colonial y la religión mayoritaria del territorio: ya fuese el hinduismo y el sistema de castas, o el judaísmo y el islamismo y su rechazo a la violencia, todos ellos desincentivaron la respuesta violenta contra las fuerzas coloniales, abogando en su lugar por un carácter pasivo y sumiso. Así, la ruptura con la religión se constituye en requisito indispensable para poder tener



un grado de movilización popular suficiente como para alcanzar la independencia y construir un nuevo proyecto político que rompa no solo los vínculos externos coloniales, sino también con la ideología que permitió dicha colonización.

En este sentido, Walzer expone cómo esta separación entre religión y Estado no supo tomar en consideración las cosmologías y percepciones de una parte importante de su población, lo que provocó un paulatino desgajamiento entre la élite política en el gobierno y el conjunto de la sociedad. En última instancia, el surgimiento de movimientos que representasen los valores culturales de esa mayoría y promoviesen sistemas políticos con mayor cercanía social puede entenderse para Walzer en una suerte de conflicto entre los valores occidentales seculares frente a las tradiciones propias indias, israelíes y argelinas, respectivamente. Muy vinculado a lo expuesto anteriormente, esta obra pone en cuestión la relación entre secularización y el progreso político y social, en tanto que movimientos de recuperación tradicional y que rechazaron la intensidad o la profundidad de dicho progreso, contaron con un fuerte respaldo de su población. Este tipo de consideraciones resultan de especial relevancia en un momento como el actual, en el que acontece una revitalización del sentimiento religioso que invita a considerar que la religión persiste como un elemento esencial en la conformación interna de los Estados.

Como propuesta, el autor realiza una interesante distinción entre *negación* y *negociación*. Desde su punto de vista, la India, Israel y Argelia proporcionan ejemplos de situaciones en las que teorías marcadamente europeístas implementaron dinámicas seculares que negaron cualquier otra interpretación más inclusiva, lo que alentó el rechazo de una parte de la población, sentando las bases del conflicto que terminaría poniendo fin al proyecto político que permitió la independencia. Frente a esta concepción dialéctica, basada en el conflicto y la negación mutua, y que muestra serias dificultades para aplicarse fuera de Europa, la alternativa defendida en esta obra aboga por una actitud de inclusión de los valores particulares de cara a aunar al conjunto de la sociedad en torno a un proyecto de vida compartido por todos ellos.

Por otro lado, desde una perspectiva formal, Walzer distingue cuatro bloques diferenciados, en los que se recogen y desarrollan las principales ideas expuestas anteriormente:

1. *La paradoja de la liberación nacional*, que abunda en la aparente contradicción de que aquellos movimientos que pudieron sumar y dirigir a la población en su emancipación del gobierno colonial no pudieran posteriormente unirlos en un proyecto político común, lo que dio paso a un conflicto entre *liberadores* y *tradicionalistas*.

2. *La paradoja ilustrada: sionismo frente judaísmo*, que aborda la transformación del movimiento secular que logró la constitución del Estado independiente de Israel bajo el gobierno del partido laborista israelí de David Ben-Gurión, exponiendo cómo este fue superado por un revitalizado sionismo conservador, que llevaría al partido Herut al poder, con Menajem Beguín como primer ministro.
3. *La paradoja negada: la perspectiva marxista*, centrada en el proceso de emancipación de Argelia, bajo el Frente de Liberación Nacional dirigido por Ahmed Ben Bella, donde Walzer expone su rechazo a las cosmologías propias de las comunidades a través de la vía del *socialismo islamista* y las dinámicas antiseculares que esta generó y que se plasmarían finalmente en el actual *Código de familia*. Del mismo modo se incluye una aproximación a la independencia india bajo el Congreso Nacional indio liderado por Jawaharlal Nehru que implementó una ambiciosa política de laicización y reforma agraria que, sin embargo fue derrotada por el Partido Popular Indio en 1977 bajo el tradicionalismo indio representado por la *hindutwa*.
4. *El futuro de la liberación nacional*, que ofrece una síntesis de las argumentaciones expuestas en los capítulos anteriores por la que concluye la necesidad de que la izquierda sustituya su actitud *negadora* por una *negociadora* e incorpore en sus planteamientos a las comunidades, reconociéndolas como elementos activos de esa propuesta política.

Como ha podido observarse, la presente obra muestra un punto de unión entre las dos temáticas en las que más ha destacado la obra de Walzer, el valor intrínseco de la comunidad en los procesos de conformación de los individuos y la legitimidad de los conflictos bélicos. A través del estudio de los anteriores conflictos, algunos de ellos terriblemente cruentos, y más concretamente de cómo pudieron aunar a sus nacionales en exitosos procesos independentistas, el autor aborda la inclusión de las comunidades y de sus tradiciones dentro de los movimientos seculares tras la Segunda Guerra Mundial. Supone, en definitiva, la continuación y profundización de estudios tan relevantes como *War, Politics and Morality* (2001), *Arguing about war* (2004), *On toleration* (1997) o *Pluralism, Justice and Equality* (1995). De hecho, esta obra supone un interesante contrapunto al reciente artículo de este mismo autor en la revista *Dissent*, titulado «Islamism and the left», en el que explora el desafío que supone actualmente el yihadismo radical para la comunidad internacional y defiende el papel de la izquierda como parte imprescindible de cualquier solución.

Por otro lado, este acercamiento incluye un componente polémico al abogar por la negociación entre los postulados progresistas y las tradiciones de las comunidades. Aunque a lo largo de la historia pueden encontrarse

numerosos ejemplos en los que este tipo de diálogos han tenido lugar, estos se han limitado a acuerdos puntuales sobre los que continuaron manteniéndose dinámicas conflictuales. Cabe suponer que ante cuestiones como los derechos de la mujer, la primacía de la ley civil o los crímenes de honor, la intensidad de las oposiciones entre las posturas progresistas y tradicionalistas sea tan enconada que la llegada a acuerdos resolutorios sea un objetivo de extrema dificultad.

Esta obra es, en definitiva, una exhortación por parte de Michael Walzer a reconsiderar el papel de la izquierda política en un escenario mucho más complejo que el descrito por la teoría clásica y en el que sus principales dirigentes han tenido graves problemas para ofrecer proyectos políticos progresistas que lograsen aunar a toda la población en el largo plazo, especialmente en Estados no occidentales. En este sentido, aboga por planteamientos inclusivos que no traten de imponerse a las culturas nacionales, sino que incluyan a estas como un elemento esencial sobre el que desarrollar valores y políticas pluralistas que superen la pasividad religiosa sin renunciar necesariamente a la totalidad del sentimiento sacro.

*Miguel Paradela López*  
Universidad de Salamanca

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: *Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, Madrid, Tecnos, 2015, 520 págs.

Nos encontramos ante el primer tratado monográfico en el que un autor español aborda conjuntamente el estudio de las instituciones y el pensamiento político en los diferentes periodos de la historia de Roma, siguiendo de este modo la tendencia de las obras anglosajonas (recientemente D. Hammer, *Roman Political Thought. From Cicero to Augustine*, Cambridge, 2014) o alemanas que el mismo autor refiere en la obra. Hasta la fecha, en la academia española este tratamiento conjunto únicamente se había realizado, y siempre a modo de síntesis, en algunos capítulos de las obras dedicadas a la historia del pensamiento político<sup>1</sup>, nunca de manera monográfica.

---

<sup>1</sup> A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I. *De los orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid, Alianza, 2004, 33 ed., pp. 205-240; F. Vallespin, *Historia de la Teoría Política I*, Madrid, 1990, pp. 167-215, quien a propósito de la bibliografía afirma que: «sobre el tema tratado en este capítulo no existe, que yo sepa, bibliografía española».

Como se anuncia en el título de la obra, el autor trata de dar cuenta de las estructuras ideológicas y políticas de Roma durante los más de diez siglos de vida, tomando como base las estructuras políticas de cada periodo político y el pensamiento de diferentes autores del momento. A tal fin estructura la obra en una introducción y dos grandes partes: la República y el Imperio, a las que otorga un peso proporcional y que, a su vez, subdivide en diferentes capítulos: tres en la parte de la República y cuatro en la del Imperio. F. J. Andrés sigue así la periodificación tradicional de la historia de Roma, distinguiendo entre República e Imperio y, dentro de este, entre Principado y Dominado, si bien concluye el trabajo en la época de San Agustín (354-430), con lo que no acomete el estudio del periodo bizantino, aun cuando la teocracia bizantina es heredera directa del Dominado romano y, sin duda, hubiese resultado interesante ver la conexión entre el pensamiento político del Dominado y el del Imperio bizantino. «Esta *summa divisio* entre República e Imperio obedece al hecho de que ellas son también las dos ideas-fuerza que se han manejado a lo largo de la historia política occidental con relación a Roma: de ahí que cada una de ellas merezca un tratamiento diferenciado» (p. 34), afirma el autor. La omisión del periodo monárquico, como F. J. Andrés indica, viene justificada por la escasez de información, la falta de fuentes literarias y, sobre todo, por el vacío constitucional que representa la monarquía romana, además de la consabida ausencia de cualquier influencia ideológica en las monarquías europeas.

A pesar de que tradicionalmente a Roma no se le reconoce aptitud para el pensamiento político o la filosofía política, su gran legado será la ciencia jurídica, y prueba de ello es que algunas de las obras sobre filosofía, política o historia del pensamiento político ni siquiera la mencionan, no se puede obviar el peso que ha tenido en la historia. Grecia, en cambio, se ha presentado como el verdadero modelo clásico. Esta situación comienza a cambiar en la segunda mitad del siglo xx, cuando en el círculo de la Escuela de Cambridge de historia de las ideas políticas, se adscriben a la llamada corriente «neorepublicana», reivindicando con ello el papel de Roma en la tradición histórico-política occidental, pero también como «elemento nutriente de una nueva comprensión de los fenómenos políticos de la actualidad» (p. 16). No obstante, Roma nunca ha llegado a desaparecer del marco conceptual de la política europea, ya sea, en unos momentos con un mayor protagonismo del periodo republicano, o en otras ocasiones, del imperial, como F. J. Andrés constata.

Es en las páginas dedicadas a la introducción (pp. 15-42) donde el autor realiza una conexión entre los aspectos de la historia política y la ideológica que constituye, sin duda, uno de los enfoques más novedosos y mejor tratados de todo el trabajo. Pues «comprender la trascendencia de la aportación de Roma a la historia de las ideas políticas exige no limitarse a hacer una lectura atenta y contextualizada de las obras de los intelectuales, sino también obser-

var las características y el funcionamiento de las mismas instituciones que como tales fueron asimiladas e incorporadas por los pensadores políticos de la posterioridad a sus propias representaciones del escenario político» (p. 37). No cabe duda que la creación política romana, que ha servido de inspiración a los pensadores políticos hasta la actualidad, requiere del estudio de las obras de sus pensadores, historiadores o literatos conjuntamente con la realidad romana manifestada en la participación del pueblo, la creación jurídica y la sujeción del poder al derecho que caracteriza la política romana, junto con la práctica política en las diferentes estructuras políticas. Tarea esta que el autor consigue mediante el manejo directo de las fuentes literarias e históricas.

El estudio de la República comienza con una breve sinopsis del funcionamiento de la denominada constitución republicana «Bases constitucionales del republicanismo romano» (pp. 47-91), basada en el equilibrio de poderes: por un lado, el Senado, epicentro del organigrama político republicano, a pesar de carecer de legitimidad para decidir por sí solo y de que sus acuerdos no tuvieron fuerza de ley; por otro lado, el *populus*, cuya voluntad se manifestaba en las diferentes asambleas populares y cuyos derechos políticos residen en aprobar las propuestas de ley que presentan los magistrados y la elección de magistrados mediante un complejo y reglado sistema electoral que sorprende para la época, aunque tampoco nos puede llevar a pensar en cuotas de democracia directa, pues el peso dominante recaía en la oligarquía; por último, las diferentes magistraturas que se ocupan directamente de la administración de Roma. Este equilibrio de los tres pilares republicanos —Senado, pueblo, magistraturas—, que representan la *libertas* republicana, es posible gracias a las limitaciones y medios de control impuestos por ley. Principalmente la limitación temporal en el cargo de los magistrados que establece la anualidad; en segundo lugar, el establecimiento de la colegialidad en todas las magistraturas ordinarias evitando con ello la concentración de poderes en una misma persona, así como la responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de la magistratura a la que, sin embargo, el autor apenas dedica alguna referencia y, como contrapeso necesario para el equilibrio, aparece la continuidad representada en el Senado.

El último epígrafe del capítulo está dedicado a la crisis de la República, que comienza con las políticas reformistas de los Gracos, fruto de las tensiones políticas que conllevan la destrucción del sistema constitucional y que reside no solo en los conflictos sociales como tradicionalmente se ha argumentado, sino, especialmente, en la lucha por la hegemonía política de la *nobilitas*, representada por *populares* y *optimates*, y el poder senatorial.

En el segundo capítulo, «Liberá res publica y mos maiorum: los fundamentos ideológicos del republicanismo romano» (pp. 92-124), se acomete el estudio de las bases republicanas romanas asentadas en los conceptos de *mos*

*maiorum, libertas y auctoritas*. «La primera y más importante de estas fórmulas lingüísticas se expresa en la referencia constante a la ejemplaridad de los antepasados, del pasado como modelo de acción política» (p. 96), un modelo de comportamiento, tanto individual como colectivo, que contribuye a la vitalidad política en Roma y que, en algunos casos, alcanzó un nivel de obligatoriedad jurídica. Si bien ciertas corrientes contemporáneas equivocadamente asocian *mores maiorum* con conceptos de orden moralista, que no se corresponden con la realidad romana, como acertadamente identifica y desmonta el autor a través de la obra de Catón, Salustio y Cicerón. Por el contrario, la idea de *libertas* romana identificada con la ausencia de monarquía y la instauración del poder por la propia comunidad, se va desarrollando progresivamente hasta su configuración definitiva al final de la etapa republicana, manifestada en diferentes ámbitos (político, jurídico...), y concebida, sobre todo, como defensa del ciudadano ante el poder magistratual arbitrario y como igualdad política. La *libertas* romana difiere de la idea moderna de libertad. Finalmente, la *auctoritas*, entendida como «experiencia, prestigio y aprobación de ciertos individuos aprobados socialmente» (p. 121), que armoniza la *libertas* y las exigencias del *mos maiorum*, permitiendo, a su vez, el equilibrio político republicano.

El tercer capítulo de la República, «La res publica como constitución mixta» (pp.125-250), como se avanza en el título, se dedica al estudio de la teoría de la constitución mixta con la que ya desde el pensamiento griego se trató de explicar la política romana y encuadrarla en las formas de Estados ideales. En este caso el autor toma como referencia a Polibio y Cicerón, prestando escasa atención al pensamiento político preciceroniano de Catón y de Salustio. Para el análisis de las ideas políticas de Cicerón, F. J. Andrés se apoya en cuatro obras: los diálogos filosóficos políticos de *De re publica* y *De Legibus*, el discurso *Pro Sestio*, y el de contenido ético *De officiis*. En esta parte de la obra, la más elaborada de todo el trabajo, el autor sigue la tesis que ya planteó en un trabajo previo «Cicerón y la teoría de la “constitución mixta”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 27, 2013», cuestionando el republicanismo ciceroniano, a pesar de las propias palabras del Arpinate, quien en realidad manifiesta una visión muy sesgada del régimen «mixto». En la concepción ciceroniana, a diferencia de los pensadores griegos, la función principal de la constitución mixta es la de garantizar a las distintas fuerzas sociales un adecuado grado de participación colectiva, que «se traduce en un mejor reparto de cargas y privilegios y, en definitiva, un mayor equilibrio social» (p. 249). Si bien, aunque en reiteradas ocasiones Cicerón se decanta por la conservación y restitución del régimen republicano socavado por el ideario de los *populares*, esa labor, entiende Cicerón, sólo la puede llevar a cabo un hombre de las mejores familias de Roma, un integrante de la aristocracia romana

formado en los valores de los *mores maiorum*. Cicerón, de este modo, se decanta por un régimen de marcado carácter aristocrático bajo la influencia determinante del Senado.

Como ya hemos adelantado, la segunda parte de la obra se dedica al Imperio, especialmente al Principado, al que el autor otorga un peso mayor que al Dominado y que justifica en la influencia ideológica que en el pensamiento político de los defensores de la idea de Imperio han ejercido los autores del Principado frente a los del Dominado.

En el capítulo primero: «La constitución del Principado: ¿res publica restituta o monarquía encubierta?», el autor analiza el proceso histórico de la instauración por quien se creyó, hasta en sus círculos más cercanos, el salvador de la República. Octaviano fragua el Principado entre los años 28 y 19 con audaz estrategia política al conseguir, como afirma F. Andrés, «vestir su monarquía con la forma especial de un Principado» (p. 256). Con la asunción de buena parte de los poderes constitucionales republicanos en su persona —la *tribunicia potestas*, el *imperium consulare*, entre otros muchos—, además del equilibrio social, económico y político al congratularse con la nobleza senatorial y fijar en el Senado el puntal de su política, Octaviano consiguió el apoyo de la mayoría a su hegemonía y, con ello, una nueva constitución de Estado. Augusto supo diplomáticamente descartar la idea de monarquía que traslucía César e hizo de los poderes republicanos el fundamento de su posición. En el resto del capítulo se acomete el problema sucesorio, la evolución posterior del Principado en las diferentes dinastías y el ejercicio del poder por cada una de ellas, así como al análisis de las consecuencias que la instauración de la nueva forma de gobierno suponen, a lo largo de los tres siglos que dura el Principado, para los órganos republicanos —asambleas populares, Senado y magistraturas— sobre los que Augusto «funda el Estado» (p. 290). Bajo el título «Libertas y Principado» el autor pone de manifiesto cómo «desde el principio se sintió el régimen del Principado como un tipo de *libertas*», pero el gran poder del Príncipe y la pasividad de la aristocracia senatorial conllevan un cambio significativo en el concepto de *libertas*: el ciudadano pasa a ser súbdito y la libertad se entiende como la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a la administración imperial» (p. 295).

En el último epígrafe del capítulo se realiza la valoración del Principado: Augusto, un político realista y formado en la tradición de los valores de republicanos, «introduce una nueva forma de constitución» basada en la estabilidad republicana y lejos del ejercicio tiránico del poder, tan denostado en Roma, para lo que se vale del Senado. Sabedor de que «sin una adecuada representación política de la élite no estaba en condiciones de guiar el aparato del Estado romano y tampoco quería hacerlo. La estabilización del Senado y sus muy amplias competencias son una marca esencial del Principado» (p. 307).

El examen del pensamiento político del Principado se lleva a cabo en el capítulo, «Principatus et libertas. La ideología política del Principado» se analiza (pp. 308-372) a través de los literatos e historiadores contemporáneos a Augusto e incluso con el documento excepcional que representa la propia obra de Octaviano, las *Res Gestae Divi Augusti*, donde el propio Augusto nos hace llegar su interpretación del Principado, además de la justificación de sus actuaciones como salvador de la República, una vez vencidos los enemigos de esta y tras devolver la ansiada paz a Roma. Una idea que, sin embargo, no ahondó en el pueblo romano, sabedor de que un nuevo tiempo político se había instaurado con Augusto. La adulación a la nueva política queda representada en la obra de Virgilio con alabanzas propagandísticas al nuevo régimen que instaura la paz en Roma, frente a los primeros poemas de Ovidio, donde se advierte una crítica a la legislación moralizante de Augusto. La nostalgia de la República se pone de manifiesto en historiadores como Livio, aunque es cuestionable su posicionamiento frente a Augusto. Si bien es Tácito, en los *Anales*, quien se aleja del ideal del Principado.

La propaganda de restauración de la República que cala en la Roma de Augusto no se acoge en las provincias, especialmente en las orientales, donde el nuevo régimen político se asimila a las monarquías legitimadas por la divinización del soberano que desde el siglo IV a. C., y a imitación de las egipcias o persas, se instauran en Grecia, la llamada «monarquía helenística». Esta nueva realidad política encuentra reflejo en el pensamiento político de los filósofos griegos en un intento de contribuir a la formación de una óptima monarquía representada por un rey que actúe con respeto a las leyes y a sus súbditos. Esta misma concepción helenista se integra plenamente en la concepción política romana desde el siglo I d. C. con la imagen ideal de un monarca ordenado y recto en su vida y respetuoso en el ejercicio de su *potestas* con sus súbditos (así se ve en Séneca, Dión Crisóstomo, Plinio el Joven, Marco Aurelio, Dión Casio), para asentarse definitivamente en el siglo III cuando Roma «se transforma en un Estado monocrático burocrático-absolutista» (p. 380).

En el último capítulo, «Dominus et Deus: ideología y práctica del Dominado» (pp. 430-505), tras el primer epígrafe en el que se precisa la política de reformas de Diocleciano y Constantino que instauran el Dominado, el autor, con un enfoque novedoso que facilita una mejor comprensión del entramado político de este periodo, analiza las aportaciones de los autores de la época al momento político (Juliano el Apóstata, Amiano Marcelino, Símaco, Ambrosio o Jerónimo, principalmente), cuyo pensamiento, aunque tradicionalmente suele dejarse a un lado, influye decisivamente en la Edad Media. Realmente interesante resulta la tensión entre paganismo y cristianismo que se refleja en las obras de los mencionados autores.



Se hace necesario destacar el importante aparato bibliográfico que maneja el autor, así como el mérito de usar directamente las diferentes ediciones de las fuentes romanas, de muchas de las cuales lleva a cabo su traducción, y cuyo manejo y conocimiento resulta esencial para acometer un trabajo de estas características.

La obra, sin duda, constituye una importante aportación para el estudio de las instituciones y de las ideologías políticas a lo largo de la República y el Imperio romano.

*Ana Zaera García*  
Universidad de Salamanca

JOSEPH DE LA VEGA: *Confusión de confusiones*, Madrid, Comisión Nacional del Mercado de Valores, 2016, 304 págs.

*Confusión de confusiones*, escrito y publicado en castellano por Joseph de la Vega en 1688, en Ámsterdam, es el primer libro de la historia en cualquier idioma sobre Bolsa; sobre Finanzas diríamos hoy. Su condición no es la de primero de una serie, sino la de *rara avis*, puesto que pasaron varios siglos hasta que vio la luz el siguiente. Con ser esto importante, su valor principal no radica en ser un adelantado a su tiempo, sino en su modernidad. Ambas circunstancias lo convierten en clásico, en uno de los pocos clásicos universales en economía de autor español, deberíamos decir con solemnidad.

La nueva edición realizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en conmemoración de su vigésimoquinto aniversario, es excelente. El texto está arropado por una presentación de la presidenta, Elvira Rodríguez, y del coordinador de la edición, Pablo Gasós, y por un conjunto de estudios que permiten situarlo desde diversas perspectivas: el personaje y la obra, en Ricardo Agustín Fornero, la historia económica en Carlos Álvarez Nogal, la moderna teoría de las finanzas en Teresa Corzo, Margarita Prat y Esther Vaquero y la literatura de la época en Antonio Rey Hazas. Incluso hay una selección de los pasajes más significativos desde la óptica financiera y un glosario de cultura clásica, judeocristiana y antigua.

## 1. EL CONTEXTO

Establezcamos primero las circunstancias de tiempo y lugar. La dedicatoria del libro, que da idea precisa del momento en que fue concluido, está fechada por De la Vega en mayo de 1688, un año que no es irrelevante en el

siglo xvii. Recordemos que es el año de la revolución inglesa, la Gloriosa y del comienzo de otra guerra generalizada en Europa, la de los nueve años. Es más, el propio mes de mayo era el momento culminante de las conspiraciones que desembocaron en la revolución inglesa, y Ámsterdam, uno de los centros clave. Allí y entonces se decidió y financió la expedición del futuro Guillermo III, tras un nuevo conflicto de Jacobo II con la Iglesia protestante en abril, por su intención de establecer la libertad de cultos, y la amenaza de reforzamiento del catolicismo que supuso en junio el nacimiento de su heredero.

Por aquel tiempo Ámsterdam tenía cerca de doscientos mil habitantes. Seguía siendo un gran emporio comercial y financiero, aunque los tiempos de mayor esplendor empezaban a quedar atrás. Las limitaciones del tamaño holandés, ante la potencia de Francia y el Reino Unido, se estaban haciendo evidentes y se certificarían en el xviii. Pero algunas de las innovaciones que había creado estaban destinadas a perdurar y extenderse, como las sociedades por acciones o las Bolsas donde estas pudieran negociarse.

En España reinaba Carlos II, epítome de la decadencia en la historiografía tradicional, pero cuyo reinado está siendo visto con mejores ojos desde Domínguez Ortiz y Kamen para acá. Era una España que había abandonado el sueño de las conquistas europeas en brazos de Francia, pero volvía los ojos hacia sí misma y había conseguido estabilizar la situación económica interior, controlando la inflación y limitando las penurias de la Hacienda. Incluso había empezado de nuevo a crecer la población, signo inequívoco en la época de mejoría económica. Estaba ya lejos del esplendor de Breda que evocara Velázquez, porque solo le quedaban unos retazos en los Países Bajos, pero todavía era un gran imperio al conservar América.

La cultura estaba dominada por el barroco, como el propio libro de De la Vega muestra. Pero en el ámbito del pensamiento empezaban a abrirse paso con pie firme el racionalismo y la filosofía del liberalismo político. Precisamente en ese año, 1688, vivía exiliado en Holanda John Locke, que volvería a Londres al año siguiente, acompañando a la nueva reina María, y en pocos meses publicaría allí nada menos que la *Carta sobre la tolerancia*, *Dos ensayos sobre el Gobierno civil* y el *Ensayo sobre el entendimiento humano*.

## 2. EL PERSONAJE

Las noticias más fidedignas de que disponemos indican que Joseph de la Vega, nuestro autor, nació en Espejo, Córdoba, en 1650, en una familia judía. No existe una verdadera biografía del personaje, aunque algunos hechos parecen bien establecidos. Su educación esmerada y su sólida formación clásica se hacen evidentes por sus escritos y su familia pareció vivir en una desahogada

posición económica, a pesar de los trastornos que les debió suponer su condición de exiliados. Salieron de España tras haber sido perseguido y encarcelado el padre por la Inquisición y recuperaron la religión judía.

La elección de Ámsterdam como destino para la emigración era muy común entre los judíos españoles de la época, así como el paso intermedio por Livorno que, al parecer, realizó De la Vega. Menéndez Pelayo, que no se ocupó de Penso, llama a la Ámsterdam de entonces «la sinagoga de Europa» y dice que, siendo «emporio del comercio de Holanda, lo fue también del saber y prosperidad de los judíos españoles, o, como allí los apellidan, portugueses, aunque los haya de todas las regiones de la Península. Gran número de tipógrafos judíos hacían sudar sus prensas con obras de todo género, escritos la mayor parte en castellano». La historia de nuestro personaje tiene, por cierto, un claro paralelismo con la de los antepasados del gran economista David Ricardo, que emigraron también de la península a mediados del xvii y, pasando por Livorno, recalaron en Ámsterdam, donde trabajaron en la Bolsa. A principios del xviii el abuelo se desplazó ya a Londres, el nuevo Eldorado, como habían hecho poco antes los hermanos de Joseph.

La dedicación profesional de Joseph de la Vega no está clara y esto crea ciertas incógnitas sobre el sentido del libro. Amador de los Ríos lo llamaba «rico mercader», sin más detalles. Su conocimiento del funcionamiento de la Bolsa había hecho pensar que había trabajado allí como un agente experto y esto se había aceptado con generalidad. Sin embargo, Petram en su tesis doctoral leída en 2011 en la Universidad de Ámsterdam, argumenta que no hay rastro de nuestro autor en los registros de la Bolsa ni en la documentación de las principales casas de la época, de modo que descarta esa hipótesis. Por otra parte, De la Vega escribió varios libros, aparte de *Confusión de confusiones*, y todos ellos eran estrictamente literarios, sin propósito alguno relacionado con la economía. Por el contrario, fue un participante activo en la vida cultural de la comunidad sefardita de Ámsterdam, lo que parece confirmar su condición principal de literato. Murió en 1692, o 1693 según Torrente.

### 3. SOBRE LA OBRA

*Confusión de confusiones* es un libro enigmático ya desde el propio título. Podría reflejar un superlativo hebreo, como dice Fornero en la presentación, al igual que «Cantar de los Cantares», «Rey de Reyes» o «Libro de los Libros». Pero también podría estar tomado directamente, a modo de homenaje, de una expresión textual que repite en dos obras Pedro Calderón de la

Barca, muerto ocho años antes y uno de los autores predilectos de De la Vega, como apunta Rey.

Pero, sobre todo, es un libro extraordinariamente valioso por su contenido. El subtítulo lo presenta como «Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito». El singular valor de esos cuatro diálogos está en que el accionista erudito explica, por primera vez en un texto escrito, el funcionamiento de una Bolsa de valores en la que se negocian títulos privados y describe las operaciones e instrumentos financieros de aquel momento. La Compañía de las Indias Orientales se había creado en 1602 y alrededor de ella se habían iniciado unas operaciones que iban a cambiar el mundo financiero, como explica con detalle Álvarez Nogal. No solo se negociaban valores al contado, sino futuros, opciones y derivados. Muchos de los instrumentos que ahora nos parecen innovaciones financieras ya estaban allí y tenían a De la Vega por testigo. Del mismo modo, nuestro autor describió con agudeza y arte de ingenio —podríamos decir a la manera gracianesca— comportamientos de los agentes participantes en el mercado que hoy en día tomamos como novedades conceptuales de la moderna teoría de las finanzas, nos dicen Corzo, Prat y Vaquero. Así, el efecto manada, las situaciones de sobreconfianza, el efecto disposición, la aversión al arrepentimiento, o la tendencia a la negociación excesiva, entre otras. En tercer lugar, De la Vega era también plenamente consciente del valor que tenían unas regulaciones atinadas para el correcto funcionamiento del mercado. Parecía saber que los mercados no son plantas de la naturaleza, como dijera con acierto Lionel Robbins, quien añadía que, para Adam Smith, la mano invisible era, en realidad, la mano del legislador.

*Confusión de confusiones* es, a la vez, un libro muy particular, como muestra que ni siquiera sepamos con certeza cuál era su propósito último, se decía hace un momento: ¿era una obra de entretenimiento, con la Bolsa como excusa, o un tratado sobre los negocios con ropaje literario? En defensa de la primera tesis se puede argüir el enorme peso de las consideraciones filosóficas o culturales en el conjunto de la obra y la propia trayectoria del autor. En aras de la segunda se podría traer a colación lo profundo, atinado y novedoso de muchas de sus observaciones sobre técnica financiera. Por mi parte, me siento inclinado hacia la primera de las tesis, es decir, a considerar que Joseph de la Vega pretendió esencialmente hacer una obra literaria. Coincido, por consiguiente, con la tradición española que veía en el autor a un literato y con Petram, quien, en el «Epílogo» de su citada tesis, sostiene que De la Vega escribió «para el entretenimiento de los miembros cultos de la comunidad sefardita». Por otro lado, esto no resta ningún valor al papel decisivo del libro en la historia financiera y además ayuda a entender lo tardío de su éxito, el tema al que ahora me referiré.

## CODA

Añadiré una breve reflexión personal sobre el destino historiográfico de Joseph de la Vega y *Confusión de confusiones*. Si estamos ante un clásico, decíamos al principio, ¿cómo es que ha tardado tanto tiempo en ser reconocido? Es evidente que la publicación original del libro en español, en un sitio alejado de la cultura española como Ámsterdam y en el seno de un grupo relativamente cerrado, como eran los judíos emigrados, no facilitó su difusión. Pero esta no es explicación suficiente, como prueba el hecho de que fuera descubierto y valorado doscientos años después por un autor alemán, Richard Ehrenberg, directamente en la edición en castellano de 1688. Si el darlo a conocer hubiera sido cuestión de proximidad, debieron haber sido investigadores españoles, o al menos holandeses, quienes lo hubieran recuperado.

En mi opinión la clave de su tardío reconocimiento está en que durante un largo tiempo el libro de Joseph de la Vega estaba fuera de la tradición de los economistas y por ese motivo era invisible para estos. Ocurría que *Confusión de confusiones* estaba al margen de la historia del pensamiento económico porque las finanzas como disciplina lo estaban. Hasta la segunda mitad del siglo xx no había en finanzas trabajos académicos equiparables a los de economía, y se entendía que las finanzas eran más bien cosa de hombres prácticos poco interesados en la teoría y la erudición.

Durante todo ese tiempo De la Vega era estrictamente un literato, un «poeta», como lo define la Enciclopedia Espasa. Una referencia al xix español ilustrará cuanto digo. Amador de los Ríos, en su historia literaria, cita a Joseph de la Vega y menciona entre sus obras, como una más, *Confusión de confusiones*. Por los mismos años escribió Manuel Colmeiro su minuciosa *Biblioteca de los Economistas Españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII*, en la que, por el contrario, no aparece De la Vega.

*Confusión de confusiones* no estaba en la conversación de los economistas de su época, insistimos, de ahí su invisibilidad. En la historia del pensamiento económico con mayúsculas, el libro está situado cronológicamente en un decenio muy especial, porque en él se producen también el nacimiento de Richard Cantillon en 1680 y la muerte de William Petty en 1687, dos de los grandes. En otras palabras, está entre la aritmética política de Petty y el mercantilismo liberal de Cantillon. Poco que ver con una teoría sobre el funcionamiento de los mercados financieros, a pesar de que Petty fue también hombre de negocios y Cantillon un astuto financiero que salió enriquecido de la tremenda especulación y crisis desatada por John Law en París a comienzos del xviii. Pero no escribían sobre ello, sino sobre aritmética política o sobre el comercio en general. Y eso que era la segunda crisis financiera en pocos decenios, pues se había producido ya la de los tulipanes en el propio Ámsterdam a

mediados del xvii, a la que también se refiere De la Vega. En otras palabras, la escasa sensibilidad hacia la realidad no es un defecto de los economistas de nuestros días, podría añadir un observador irónico.

En España, a lo largo del siglo xvii había ido tomando cuerpo la conversación de los mercantilistas, una vez que los arbitristas más pintorescos abandonaban la escena, al tiempo que se estabilizaban la Hacienda y la moneda y los remedios milagreros —populistas quizá, diríamos hoy— se convertían en irrelevantes. El desarrollo económico, el fomento de la población, el comercio, las empresas públicas eran los nuevos temas de debate. Mientras tanto, las finanzas privadas como preocupación no estaban todavía en el horizonte de los trabajos académicos españoles, como no lo estaban en los de ningún país.

Hubo, no obstante, una oportunidad singular de que *Confusión de confusiones* fuese conocida tempranamente en los ambientes de economistas españoles. Acaso el más grande de nuestros mercantilistas, Jerónimo de Uztáriz, citado elogiosamente por el propio Adam Smith, vivió en Flandes precisamente entre 1687 y 1697, bien que como soldado español. Uztáriz era sensible a las instituciones de la economía holandesa, como mostró al escribir el prólogo de un libro de Huet acerca del comercio holandés en 1717 y sobre todo en su gran obra, *Teoría y práctica de comercio y marina* de 1724, donde recomienda la adopción en España de algunas políticas económicas europeas, entre ellas las holandesas. Era Uztáriz no solo un teórico, sino uno de los principales consejeros económicos en el reinado de Felipe V, de manera que habría podido ser receptor de la obra y los consejos de nuestro autor. Sin embargo, las finanzas no interesaban como tema académico y tampoco hay en Uztáriz referencia a De la Vega.

*Confusión de confusiones* empieza a ser reconocido cuando su contenido entra en la conversación de los economistas, algo que sucede a finales del siglo xix. Pero ocurre por causa de la Escuela histórica alemana, no por el desarrollo de las cuestiones financieras, que todavía se hallaba en mantillas. Cuando Ehrenberg busca explicaciones del funcionamiento de mercados e instituciones concretas, como era la tradición de la Escuela histórica, encuentra que De la Vega le proporciona respuestas precisas sobre un aspecto importante de la economía holandesa en un momento significativo de la misma. El libro entra en la conversación académica y acaba siendo traducido al alemán en 1919, antes que a cualquier otro idioma.

En 1939 se traduce al holandés, también en la estela de la historia económica y no de las finanzas. La historia económica era relevante, las finanzas todavía no. Distinta es la motivación que origina la versión parcial que se publica traducida al inglés en 1957, y que acaba siendo la más influyente, porque ya se incardina en los modernos desarrollos de las finanzas. La misma

lógica del mundo financiero tiene la reedición del libro en español, por primera vez desde 1688, llevada a cabo por la Sociedad de Estudios y Publicaciones del Banco Urquijo en 1958 y todas las que le han sucedido. La expansión de las finanzas como objeto de estudio y como fracción de la realidad económica en los últimos decenios del siglo xx y lo que llevamos del xxi ha puesto de moda a Joseph de la Vega y *Confusión de confusiones*. Al fin ha encontrado su puesto en la literatura económica y por ello los reconocimientos no le faltan, como el que representa que la Federación Europea de Mercados de Valores haya puesto su nombre al premio que anualmente convoca. En esa estela confío en que Joseph de la Vega y *Confusión de confusiones* pasen a formar parte definitivamente del patrimonio cultural español y que los economistas españoles aprecien tener un clásico universal entre nosotros.

*José María Serrano Sanz*  
Universidad de Zaragoza