

SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INFORMACIÓN

Javier Barnes*

*La gran obra que ha de acometerse en nuestro tiempo
no es El capital, sino La información¹*

Sumario

- I. La «sociedad de la información» y el Derecho Administrativo
 - 1. Sobre la sociedad de la información
 - 2. La perspectiva científica del Derecho Administrativo
 - 3. Recapitulación
- II. Sobre las bases conceptuales y la ordenación del Derecho Administrativo de la Información
 - 1. El Derecho Administrativo de la sociedad de la información como el conjunto de normas que regulan las nuevas tecnologías
 - 2. La comprensión científica del Derecho Administrativo de la Información
 - 3. Conclusión
- III. Elementos, materiales y perspectivas
 - 1. Las cláusulas del Estado de Derecho, el principio democrático y los derechos fundamentales. La Constitución de la información y de la comunicación
 - 2. Sobre la regulación de las nuevas tecnologías
 - 3. La gobernanza en la sociedad de la información. La gobernanza de Internet
 - 4. Modelos de comunicación entre el Estado y la sociedad. El hábitat del Derecho Administrativo de la Información

* Javier Barnes, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Huelva. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Campus de “El Carmen”, Universidad de Huelva, 21071 Huelva, javier.barnes@telefonica.net.
Artículo recibido el 4.07.2007.

¹ Vid. K. Anér, *Privacy and Data Protection Legislation*, en A. Mowshowitz (editor), *Human Choice and Computers II*, Amsterdam 1980, pp. 151-165. Apud K. LENK, *Ausserrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft. Zur Bedeutung von Information und Kommunikation in der Verwaltung* en Hoffman-Rien & Schmidt-Aßmann (editores), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000. p. 68.

I. LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Podría hablarse de un “Derecho Administrativo de la Información y de la Comunicación” en cuanto Derecho Administrativo característico *de* la sociedad de la información? ¿Cuáles serían en tal caso sus propiedades?

Para explorar esta cuestión, siquiera sea con el propósito de aventurar alguna hipótesis razonable, preciso es determinar con carácter preliminar qué entendemos por esa clase de sociedad.

La primera consideración que ha de hacerse se refiere, pues, a la idea de “sociedad de la información” (1). La segunda, a la naturaleza misma de esta reflexión y, en última instancia, a la función del cultivador del Derecho Administrativo (2).

1. Sobre la sociedad de la información

a) La sociedad de la información y del conocimiento y la economía global.

La “sociedad de la información” no es un concepto jurídico, como tampoco lo es la “sociedad industrial”. Su análisis conecta de inmediato con otras ciencias. De ordinario se utiliza en sentido descriptivo como sinónimo de “era de la información”. Sin pretensión alguna de introducirnos en el rico debate de las ciencias sociales y políticas, puede ser suficiente, a nuestro limitado propósito, con notar provisionalmente que representa una forma de economía y un tipo de sociedad postindustrial en el que el protagonismo de la producción y de la distribución de bienes se desplaza hacia la obtención, el procesamiento y la distribución de información. La información y el conocimiento se incorporan en todos los procesos materiales de producción y distribución.

La posición central de la información no es nueva, sin embargo. En la sociedad y economía industriales, como en la sociedad de la información, el conocimiento y el procesamiento de la información constituyen elementos fundamentales para el crecimiento económico, como acredita el ejemplo de la industria química basada en la ciencia². Lo que caracteriza a la revolución tecnológica actual no es el carácter central del conocimiento y de la información, sino la aplicación de esos conocimientos e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información y comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos. Las nuevas tecnologías de la información no son sólo

² Cfr. M. Castells, *La era de la información*, vol. 1 *La sociedad red*, Alianza Editorial, se utiliza a estos efectos la segunda edición, Madrid, 2000, p. 134.

herramientas que aplicar, sino procesos que desarrollar.³ Sostiene M. Castells que lo específico y singular de la denominada “economía informacional” reside en los cambios producidos por el nuevo paradigma tecnológico, como consecuencia de la *convergencia* de tecnologías (microelectrónica, informática, telecomunicaciones, ingeniería genética y biotecnología, etc.) capaces de crear un interfaz entre los distintos campos mediante un lenguaje digital común en el que la información se genera, se almacena, se recobra, se procesa y reutiliza, se transmite.⁴ Y esa especificidad consiste a la postre, a juicio del citado autor, en que la generalización de la producción y gestión basada en el conocimiento a todo el ámbito de los procesos económicos a escala global requerirá todo un conjunto de transformaciones sociales, culturales e institucionales de largo alcance. Las señas de identidad cultural e institucional del entero sistema social habrán de incluirse en la aplicación y difusión del nuevo paradigma tecnológico, del mismo modo que la economía industrial no se sustentó exclusivamente en el uso de nuevas fuentes de energía para la fabricación, sino en el surgimiento de una nueva división social y técnica del trabajo. Lo que ha cambiado, en suma, no es el tipo de actividades en las que participa la humanidad (agricultura, industria, servicios), sino su capacidad tecnológica de utilizar como una fuerza productiva directa la información en una economía globalizada.⁵

Algo análogo sucede con el Estado y la Administración pública: la información y la comunicación entre el Estado y la sociedad ha sido siempre un elemento esencial. Cuál sea el modelo de comunicación de nuestro tiempo, es lo que ha de indagarse.⁶

b) La sociedad de la información, parte de un proyecto político.

La sociedad de la información, así concebida, no se reduce ni circunscribe a un paradigma tecnológico. No es sinónimo de nuevas tecnologías de la información y del conocimiento. Ni es fruto tampoco de sí misma, esto es, el resultado inexorable de una simple evolución tecnológica, pretendidamente dissociada de la sociedad, de la economía y de la política. La sociedad de la información, por el contrario, nace indisolublemente interrelacionada con el proyecto político que recorre el mundo occidental. Piénsese, en efecto, en la estrecha relación que guarda con otras conocidas caracterizaciones de la sociedad actual (como sociedad red; sociedad del riesgo; etc.) o movimientos o tendencias como las siguientes:

³ M. Castells, ob. cit. p. 62.

⁴ M. Castells, ob. cit. p. 60, 105-106, etc.

La primera característica del nuevo paradigma de la tecnología de la información consiste en que la información es su materia prima: son tecnologías para actuar sobre la información, no sólo información para actuar sobre la tecnología, como en las revoluciones tecnológicas previas (p. 103).

El segundo rasgo –y ello es esencial, añadimos nosotros, para el Derecho– reside en la capacidad de penetración de los efectos de las nuevas tecnologías: puesto que la información es una parte que acompaña a toda actividad humana, todos los procesos de nuestra existencia individual y colectiva están directamente moldeados por el nuevo paradigma tecnológico (*ibídem*).

Su cualidad más decisiva se localiza en su carácter integrador de tecnologías específicas, en su compleja morfología de red y en la interconexión de todos los sistemas (pp. 109 y 104 y ss.).

⁵ M. Castells, ob. cit. pp. 134-136. La economía global incluye los mercados financieros, el comercio internacional, la producción transnacional, la ciencia y la tecnología, el trabajo especializado (p. 137).

⁶ Véase más abajo III.4.

- la *economía global*, entendida como una economía cuyos componentes nucleares poseen la capacidad institucional, organizativa y tecnológica de funcionar como una unidad en tiempo real o en tiempo establecido a escala planetaria⁷. Una globalización que se ha constituido políticamente por la acción de no pocos Estados y de ciertas organizaciones internacionales (FMI, OMC, BM, etc.) y no sólo como consecuencia del mercado, de la reestructuración de las empresas y de las nuevas tecnologías de la información;⁸
- La *desregulación* de la actividad económica interna (mercados financieros; etc.).
- La *liberalización* del comercio y la inversión internacional;
- la *privatización* de relevantes actividades económicas (telecomunicaciones, energía, correos, etc.);
- La colaboración entre el sector privado y la Administración;

Las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento han contribuido a la expansión de esos movimientos, al tiempo que se han adaptado a sus necesidades. Las nuevas tecnologías no habrían podido desarrollar por sí mismas esa globalización, si no es con la interconexión de ésta con las políticas de desregulación, privatización y liberalización del comercio y la inversión. Se trata, dicho de otro modo, de una sociedad de la información que va ligada a un conglomerado de movimientos y tendencias. Y a sus múltiples consecuencias y efectos.

La profunda interdependencia de estos y otros factores permite advertir que la locución “sociedad de la información”, en cuanto expresiva fórmula que sintetiza los colosales cambios sociales y económicos –y, desde luego, legislativos- que se inician en la década de los setenta, no es sino una abreviatura o simplificación, legítima desde luego, aunque, por simbólica, alusiva a una parte del todo.

La sociedad de la información podría conocer por hipótesis diversas fases, con el correr del tiempo, en su interrelación con los restantes elementos de cambio. Y, en tal caso, los historiadores podrían establecer su periodificación, como ha ocurrido con la economía y sociedad industriales. Lo que no cabe esperar, sin embargo, es que esa evolución de las tecnologías de la información y del conocimiento pueda concebirse aisladamente, si no es inserta en un modelo de economía y de sociedad, como ha sucedido igualmente con la imprenta y la máquina de vapor. Podrían sucederse, pues, distintos períodos o tipos de “sociedad de la información”, pero no serán sino imagen o trasunto de un proyecto político, de la convergencia e interacción de diversas fuerzas transformadoras económicas, sociales, etc.

Cómo se organice el trabajo, la empresa o la Administración pública no es el *resultado directo* de la tecnología disponible, sino de un conjunto de movimientos y, en definitiva, del modelo que queramos darnos. Como tampoco lo es la organización del gobierno electrónico, del acceso a la información administrativa o de la protección de datos en el ámbito público.

Por consecuencia, la sociedad de la información tampoco puede resolverse para el Derecho Administrativo en un mero paradigma tecnológico, por más que de éste puedan derivarse o inducirse efectos multiplicadores sobre la cultura y la forma de concebirse a sí misma la Administración. Es mucho más que eso. O, por mejor decir,

⁷ M. Castells, ob. cit. pp. 137; 136 y ss.; etc.

⁸ *Ibidem*, p. 184. 174, 172.

todo ello requiere un modelo, un concepto de Administración y, por consecuencia, una idea de Derecho Administrativo.

c) Hacia una comprensión amplia del “Derecho Administrativo de la Información”.

Así las cosas, si admitimos que la sociedad de la información representa mucho más que una sociedad dotada de las nuevas tecnologías de la información, no parece que el “Derecho Administrativo de la Información y de la Comunicación” (en adelante, abreviadamente, “de la Información”), como Derecho característico de esa sociedad, pueda reducirse o identificarse con un sector especial o una política pública o, si se prefiere, con el Derecho de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración pública.

Sin embargo, el legislador y la Administración pública incurren con frecuencia en un cierto –y natural– reduccionismo conceptual cuando califican de “sociedad de la información” a las políticas que impulsan por su “contacto” con las nuevas tecnologías, en sintonía con la noción vulgar que de la sociedad de la información parece sostenerse.

Las políticas públicas relativas a la implantación de la sociedad de la información (comercio electrónico, firma electrónica, etc.), o las concernientes a la Administración electrónica utilizan sesgadamente la expresión para hacer referencia, bien al acceso o difusión de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento en las relaciones económicas, bien a la mera incorporación de aquéllas en el trabajo cotidiano de la Administración, o bien a las relaciones electrónicas Administración-ciudadano y a la prestación de servicios administrativos en red. A esta simplificación –que toma la parte por el todo–, se le añade, como en un segundo escalón, un segundo sesgo: el que trae causa de la aproximación, necesariamente fragmentada, de las políticas atinentes a la “sociedad de la información en versión reducida” a resultados del complejo reparto de competencias en el escenario interno, supranacional e internacional. Las políticas públicas que en esta materia emprenda un Ente local, la Comunidad Autónoma o instancia equivalente funcional a estos efectos, los órganos centrales del Estado, las autoridades comunitarias y tantas instituciones internacionales terminan por entenderse, a su vez, como “sociedad de la información”. Esa pérdida de perspectiva y la disolución de los contornos que ello entraña podría, dicho sea colateralmente, resultar pernicioso en el plano político, en particular y en lo que ahora interesa, en la escala europea, en la medida en que pueda inducir al error a los actores internos de identificar “sociedad de la información” con las actividades promovidas por las autoridades comunitarias, señaladamente con las que desempeña la Dirección General de Sociedad de la Información y Medios de Comunicación de la Comisión Europea, obviando que las competencias comunitarias son ciertamente limitadas y se contraen sustancialmente al mundo que gira en derredor de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información, esto es, en la justa proporción en que el Estado en su conjunto se limitara a secundar las directrices emanadas de la Unión Europea con olvido de otras dimensiones más ricas que a aquél corresponde desarrollar.

El “Derecho Administrativo de la Información”, en coherencia con cuanto ha quedado dicho, podrá ser una fórmula que se reserve para designar a aquel Derecho Administrativo que corra paralelo a la sociedad de la información, como sociedad postindustrial asociada a una economía globalizada, con sus respectivos fundamentos y efectos.

Del mismo modo que podría hablarse de un primer Derecho Administrativo –el propio del Estado liberal de Derecho del siglo XIX– y de un Derecho Administrativo del Estado social de Derecho, generado a lo largo del siglo XX, cada uno con su instrumental e instituciones característicos (“laissez-faire” vs. Intervencionismo), también podríamos hablar, y con mayor razón si nos atenemos a las consecuencias de este nuevo estadio, de un “Derecho Administrativo de la Información”. En esta

evolución, conscientemente simplificada, cada fase ulterior absorbe y modula lo que la anterior ha establecido. Así, una misma herramienta ha podido adquirir un color y sentido distintos en una y otra época, en función del papel atribuido en cada caso al Estado y al Derecho Administrativo.

Por ejemplo, en el esquema (teóricamente) abstencionista del siglo XIX, en el que la Administración juega un papel limitado y negativo, el procedimiento administrativo se utilizará para maximizar la protección del individuo frente a la injerencia o intervención y adopta en consecuencia el modelo del proceso judicial (derechos de defensa, contradicción)⁹. En el siglo XX, el procedimiento incorpora una dimensión funcional al objeto de que la Administración pueda intervenir de forma activa en la sociedad, incrementar la legitimidad de sus decisiones como consecuencia de la participación y fijar los programas y políticas públicas; para ello se inspira en el modelo de producción normativa¹⁰. En nuestro tiempo, el procedimiento busca no ya sólo racionalizar el ejercicio del poder, sino la obtención y el procesamiento de información. El procedimiento pretende convertirse en un sistema de intercambio de información entre la Administración, el ciudadano y el mundo económico (modelo de comunicación)¹¹; se utiliza como instrumento para regular la autorregulación y asegurar que el poder privado satisfaga el interés general asociado a la actividad económica privatizada (procedimiento privado); o se trasvasan sus esquemas de control y transparencia a tantas instituciones y redes reguladoras que operan en el espacio administrativo internacional (“Derecho Administrativo Global”)¹².

En otras palabras, la primera hipótesis puede formularse así: cabe sostener una noción amplia de Derecho Administrativo de la Información o, lo que es lo mismo, de un Derecho Administrativo de la Sociedad de la Información, en un doble sentido. Primero, para sustraernos de la concepción más simple que equipara el Derecho Administrativo de la Información con la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo; y, segundo y no menos trascendente, para enfatizar el entorno en el que se desenvuelven el conocimiento, la información y la comunicación (economía global, sociedad del riesgo, etc.) y sus efectos o consecuencias (nuevos métodos regulatorios y formas de Administración, etc.), esto es, para destacar el “modo de ser” de esa información. Desde este planteamiento, es rechazable la idea de que la ordenación jurídico-administrativa de la información constituiría un simple sector de la Parte Especial, así como la más sutil hipótesis de que la información y la comunicación, aun erigiéndose en los ejes del sistema, podrían concebirse en forma disociada o aislada de ese hábitat.¹³

⁹ Por ejemplo, los primeros procedimientos de reclamaciones económico-administrativas, como atestiguan la Ley de 31 de diciembre de 1881, de bases, y su Reglamento, de la misma fecha.

¹⁰ Por ejemplo, los procedimientos de elaboración del planeamiento urbanístico.

¹¹ Así puede verse por ejemplo el procedimiento de elaboración del informe de evaluación estratégica ambiental.

¹² Para justificar este ejemplo, me remito a mi trabajo “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en J. Barnes (editor), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

¹³ En cierto modo, en contra, R. Pitschas, “Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung”, en W. Hoffmann-Reim/E. Schmidt-Aßmann/G.F.Schuppert (Hrsg.): *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, pp. 219 y ss. Es el primer autor que, en la literatura alemana, hace uso de la expresión “Derecho Administrativo de la Información” en el citado artículo. En ese sentido, más restringido que el que aquí se postula, ha sido secundado por la doctrina de aquel país. Véase en español su trabajo “El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico” en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, cit. (nota 12), pp. 205 y ss.

Sostenemos, por tanto, una misma hipótesis a dos niveles: a) que la información representa la columna que recorre y vertebra transversalmente el cuerpo, el elemento capaz de fermentar una nueva sistemática del Derecho Administrativo; y b) que el fenómeno de la información ha de abordarse dentro del contexto en el que ha nacido, esto es, en el esquema de un “modelo de comunicación” del Estado y de la Administración contemporáneas.

2. La perspectiva científica del Derecho Administrativo

Es obvio que la función del jurista excede en mucho de la glosa o comentario de las leyes (de acceso a la información, de protección de datos, de prestación de servicios en red, etc.) o de la jurisprudencia recaída (sobre la libertad de expresión en el seno de Internet, el derecho a la información y a la intimidad, por ejemplo). Su labor más genuina consiste en la investigación, esto es, en el estudio, análisis y construcción sistemáticos de las instituciones, la observación atenta del estado de cosas y la reflexión sobre la evolución de futuro..., con la ayuda de los conocimientos provenientes de otras ciencias auxiliares.¹⁴

A ese propósito, a partir de los datos normativos y jurisprudenciales, se hace necesario revisar las instituciones, principios y categorías clásicos para identificar los ajustes, cambios, ampliaciones o rehabilitaciones que, a resultas de los profundos cambios legislativos en el panorama comparado e internacional, sea preciso acometer. Obligado es igualmente analizar otras técnicas, incorporar nuevos modelos, atender a fenómenos que, aunque conocidos, presentan hoy un relieve más acusado. El estudio del sistema pasa inexcusablemente por la reconstrucción de la constelación que antes integraban las distintas instituciones clásicas, de la órbita gravitatoria que describían, en definitiva, por un análisis del nuevo peso específico adquirido y de las nuevas relaciones que esas instituciones traban entre sí como consecuencia de la reordenación de las piezas, viejas y nuevas, que componen el conjunto.

3. Recapitulación

a) la sociedad de la información como expresión de la sociedad y economía contemporáneas

La evolución hacia un sistema de comunicación Estado-ciudadano más abierto, interactivo y fluido constituye un proceso y un proyecto de nuestro tiempo, que en

¹⁴ Véase E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en la obra colectiva cit. (nota 12) pp. 24 y s. Sobre el método apropiado para incorporar conocimientos de otras ciencias, con carácter general, véase, del mismo autor, el segundo capítulo de la obra citada. Por lo demás, como ejemplo paradigmático de la utilización de “ciencias auxiliares”, en este caso de conocimientos derivados de las tecnologías de la información, puede verse la conocida obra de L. Lessig *Code and other laws of cyberspace* New York, NY Basic Books, 1999, que, aunque divulgativa, resulta elocuente a los efectos que aquí interesan.

Para un tratamiento específico de las “ciencias auxiliares” del Derecho Administrativo de la Información, véase T. Vestling, “Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme”, en Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, pp. 282 y ss.

rigor está por encima de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento, aunque, sin duda, se vea fortalecido y facilitado por éstas. En la sociedad contemporánea, la información y la comunicación se convierten, sea en el mundo corporal del papel o en el mundo incorpóreo de los *bits* y *bytes*, en el eje de las relaciones entre la Administración y el ciudadano. El primer dato que merece retener y no difuminar reside en el hecho de que la sociedad de la información contemporánea guarda una relación de dependencia e interacción con otros fenómenos políticos, económicos y sociales, como se ha notado. La europeización y globalización del Derecho Administrativo o, visto desde otra perspectiva, el colapso de la clásica distinción entre el plano interno y el global, de un lado, o la permeabilidad entre lo público y lo privado, entre la esfera de responsabilidades administrativas y ciudadanas, de otro, parecen formar parte del hábitat en el que crece y se desarrolla la sociedad de la información de nuestro tiempo.

b) La emergencia de un Derecho Administrativo de la Información

En suma, al interrogante de partida, podría responderse en términos afirmativos. Si esa nueva sociedad y economía que, en términos sintéticos, hemos venido en llamar “de la información”, presenta rasgos singulares como comúnmente se admite, cabe esperar, desde luego, que el Derecho Administrativo termine por registrar esos cambios. Es posible hablar de un Derecho Administrativo de la Información siempre que entendamos que con la identificación de uno de los símbolos más significativos de nuestro tiempo –la información– pretendemos hacer referencia al “moderno Derecho Administrativo” que emerge a finales del siglo XX como consecuencia de la interacción de factores económicos, políticos, sociales, ambientales y tecnológicos, de enorme trascendencia.

Es más, y por decirlo en forma gráfica: si el Código Civil es a la sociedad y economía agrarias, lo que el Código de Comercio representa para la industrial, el Derecho Administrativo de la Información (que es Derecho Público y Derecho Privado pues de ambos se sirve la Administración)¹⁵ podrá convertirse en el sistema jurídico más simbólico de la nueva era. Ciertamente, los historiadores y el futuro podrán impugnar este paralelismo, pero la imagen ilustra vigorosamente acerca del significado del Derecho Administrativo en el siglo XXI.

En otro orden de consideraciones, podría hablarse por justa convención de un “Derecho Público de la Información”. Con ello puede aludirse a cosas diversas. En primer término y con un propósito pedagógico o de división del trabajo docente, puede tener pleno sentido acotar el ordenamiento jurídico de la información (o de algunas de sus partes, como Internet) bajo el perfil del Derecho Público. En segundo lugar, ya en el plano de la investigación científica y de la construcción de un sistema, puede igualmente resultar útil la visión de conjunto que ofrece el agrupamiento de las distintas disciplinas que lo integran, para aprehender mejor su profunda interacción¹⁶ y

¹⁵ Véase *infra* nota 27.

¹⁶ De entrada, a esta perspectiva le interesaría el conjunto de normas jurídico-públicas relativas a la información y a la comunicación de *todos* los poderes públicos, de éstos entre sí y con el ciudadano.

fomentar el inexcusable diálogo científico. Ahora bien, ello no puede significar, a nuestro juicio, que se disuelvan en un único sistema, esto es, que la información sea susceptible por sí misma de generar una nueva disciplina jurídica, con sus propios principios, objeto y método. Por su parte, el Derecho Constitucional “de la información y de la comunicación” o, si se prefiere, la “Constitución de la información”, como acontece con la “Constitución económica”, no representa un sistema científico propio y diferente del tronco común, una disciplina científica diversa. Identificar los elementos del subsistema (economía; información y comunicación; etc.) aporta perspectiva y coherencia al tiempo que permite extraer todas las virtualidades del conjunto. Pero la “materia” no posee fuerza transformadora para dotarle de autonomía científica¹⁷. El Derecho Administrativo, por otro lado, mantiene su distancia relativa y su autonomía respecto del Derecho Constitucional, como luego habrá ocasión de abundar. Cuestión distinta es que, como aquí se sugiere, habida cuenta la mayor flexibilidad del sistema científico del Derecho Administrativo, la información (con las adherencias de su entorno) se convierta en hilo conductor para su reelaboración futura.

II. SOBRE LAS BASES CONCEPTUALES Y LA ORDENACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INFORMACIÓN

Aun sin olvidar, como ha quedado dicho, la inescindible relación que la sociedad de la información guarda con su entorno natural, es oportuno, siquiera sea a efectos metodológicos, hacer aquí abstracción de éste, en una disección ideal, y aislar el núcleo duro del sistema del Derecho Administrativo basado en la información, en la comunicación y en el conocimiento¹⁸. La exploración de los distintos enfoques no tiene ahora otra finalidad que dejar anotada la necesidad de acometer la sistematización de la actividad informativa.

Aquí caben, desde luego, múltiples aproximaciones y análisis. La estructura básica y la ordenación de los elementos arquitecturales del Derecho Administrativo de la Información dependen, en última instancia, no ya sólo del criterio de clasificación que pueda barajarse, sino también del concepto amplio o estrecho que de la sociedad de la información pueda sostenerse.

1. El Derecho Administrativo de la sociedad de la información como el conjunto de normas que regulan las nuevas tecnologías.

Así, y por comenzar por este último extremo, si se postula una concepción reduccionista de la sociedad de la información, como sinónimo de nuevas tecnologías, posición ésta que, como se ha anotado, resulta rechazable por más de un concepto, el Derecho Administrativo de la Información será, sencillamente, el Derecho de las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo. En esencia, le interesarán las

¹⁷ La “información” y la “comunicación” no constituyen magnitudes abstractas y disociadas de la acción del Estado y de la Administración pública. Es el “Estado que informa”, una “Administración en comunicación con el ciudadano”, un instrumento de dirección, algo que acompaña y ahorra las distintas técnicas y actividades, a la organización estatal, etc. Pero una y otra no viven en sí.

¹⁸ Sobre ese “entorno”, en rigor elementos connaturales en el momento presente, habremos de volver (cfr. III.4).

relaciones electrónicas de las Administraciones entre sí y de éstas con el ciudadano y otros problemas asociados (software, acceso, protección, firma, notificación, seguridad, etc.); ya se trate de relaciones formalizadas en el marco de procedimientos para la toma de decisiones (unilaterales y contractuales), con las lógicas adaptaciones propias del medio; ya sean relaciones informales (de obtención o intercambio de información); o ya se trate, en fin, de prestación de servicios en red (obtención de documentos administrativos; declaraciones tributarias; etc.). Tal es la perspectiva que suelen adoptar -desde luego con toda legitimidad- las primeras normas de implantación de las nuevas tecnologías en la esfera externa de la Administración pública. Cuestión distinta es que el jurista deba elevarse más allá de esas concretas previsiones para ponerlas en su debido contexto y situarlas en el mapa más amplio de la sociedad de la información.

La Ley española 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, resulta ilustrativa de esta visión estrecha de la sociedad de la información (y de las consecuencias negativas que derivan de la falta de reflexión acerca de lo que las nuevas tecnologías implican para el modelo de Administración). En la Exposición de Motivos de esta Ley, antes denominada de “acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas”; y aun antes, en cuanto anteproyecto, de “Ley de Administración electrónica”, luce con meridiana claridad que la sociedad de la información que la Administración ha de procurar a los ciudadanos no es otra que la del paradigma tecnológico que ésta representa, esto es, el conjunto de tecnologías disponibles¹⁹.

El tema objeto de regulación es en rigor el procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración en el plano digital. Y así podría haberse denominado. Es el “negativo electrónico”, podríamos decir, de la Ley 30/1992. Es una Ley que corre paralela a la del procedimiento administrativo “en papel”. La propia estructura interna del texto (derechos y deberes procedimentales; régimen jurídico de la Administración; y gestión de los procedimientos) y la invocación de los títulos competenciales (Disposición Final Primera) así lo acreditan.

Ahora bien, la Ley carece de un concepto propio o innovador de procedimiento y, por consecuencia, de un modelo de Administración moderna (Administraciones en red; nuevas forma de trabajo en común; etc.) o de gobernanza (coordinación interadministrativa interna y más allá de las fronteras; colaboración público-privado; etc.)²⁰. En ese sentido, se asemeja más a una “ley de medidas” para la informatización o digitalización de las relaciones procedimentales, que a una norma con un proyecto sustantivo y con una noción de procedimiento como han podido soportar las leyes de procedimiento “de papel”, en las que se contenían la teoría general del acto administrativo y de los vicios; la teoría o sistema de la organización; la apuesta por un procedimiento como instrumento auxiliar al servicio de la mejor aplicación de la legalidad material o por un procedimiento que sirviera también como instrumento de dirección política para hallar la solución más adecuada (como sucede en el caso del planeamiento territorial; en la evaluación estratégica ambiental, etc.); la selección de algunos procedimientos tipo (de elaboración de normas reglamentarias en sus diversas especies; de prestación de actividades materiales); etc. Así las cosas, habida cuenta la falta de sustancia (a lo que no debe ser ajeno la sucesión de títulos de la Ley), resulta cuestionable su misma autonomía normativa y su convivencia en paralelo con la Ley 30/1992 o de “procedimiento en papel” (por ejemplo, el derecho a comunicarse electrónicamente, eje del proyecto y vía para impulsar indirectamente el equipamiento adecuado por parte de la Administración, bien podría haberse incluido en un art. “35 bis” de la citada Ley; etc.).

Podría afirmarse, pues, que se trata de una norma que pretende la transformación del papel en “bits” y “bytes”, mediante la “canalización”, eso sí, electrónica. No entraña innovación alguna del tradicional concepto de procedimiento, tal y como, nótese bien, la sociedad de la información paradójicamente demanda.²¹ Desde ese

¹⁹ Cfr. núms. I, II, III y IV.

²⁰ La referencia en el terreno de los principios, a la cooperación se circunscribe a los aspectos técnicos o de infraestructura de la comunicación (por ejemplo, art. 4.e del Proyecto de Ley o el mismo Título Cuarto, intitulado “Cooperación entre Administraciones para el impulso de la Administración electrónica”). Nada se establece sobre las formas de trabajo en común.

²¹ Sobre el tema, me remito a las más amplias consideraciones que se contienen en mi trabajo “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, cit. (nota 12) pp. 263 y ss., y 301 y ss.

planteamiento, en fin, no se hace cuestión alguna acerca de si el escenario de la “Administración electrónica”, junto a otros movimientos y revoluciones, exige, más que una mera adición de normas, una integración, esto es, la construcción de una nueva comprensión o teoría general del procedimiento que cristalice en la legislación de procedimiento²².

Supone, desde otro ángulo, una casi mimética transposición, poco meditada, de la cultura de la imprenta, en la que han crecido el acto, el procedimiento, la organización o el modo de trabajo, etc. a la cultura o entorno digital. Es en ese sentido una Ley en exceso apegada a la idea de la “Administración en papel” (ni tan siquiera extrae las consecuencias que la misma tecnología proporciona para concebir el registro como base de datos accesible; o las potencialidades que la “información pública”, por expresarlo en la fórmula conocida aunque pobre en términos digitales, encierra para un salto cualitativo desde el punto de vista de un nuevo modelo de comunicación Administración-ciudadano). Uno de los retos de la teoría del procedimiento en la sociedad actual consiste en la transferencia y adaptación de determinados valores y principios (transparencia, control, etc.) en los procedimientos privados. Nada de ello ha sido, sin embargo, advertido por la Ley, que no sólo no extiende sus previsiones a los sectores privatizados (energía, telecomunicaciones, etc.), sino que, sorprendentemente, excluye su aplicación a las mismas Administraciones públicas cuando se someten al Derecho privado (art. 2.2).

Y se trata además, en cuanto al procedimiento se refiere, de relaciones esencialmente bilaterales (Administración-ciudadano), no multilaterales (Administración-multiplicidad de ciudadanos), ni entre las Administraciones entre sí. Nada dice tampoco sobre los contenidos: ni se establece una obligación general, o sectorial, de publicación electrónica. El canal puede abrirse y carecer, sin embargo, de contenido. La publicación de normas en diarios o la de actos y resoluciones en tablones podrá –potestativamente– ser publicada en sede electrónica.²³

Cuanto ha quedado dicho no significa que el texto merezca una valoración negativa, bien por lo que dice representar en punto a la sociedad de la información, bien por lo que no dice y omite (ausencia de un concepto de procedimiento, etc.). Cuestión distinta es que no deba llamarse “sociedad de la información” a todo lo que toque el legislador en este terreno y que resulte superficial mimetizar el modelo del procedimiento en papel. La extensión de las nuevas tecnologías a tantos ámbitos de la vida pública, al margen de las afirmaciones propagandísticas de la última década, constituye un paso necesario y obligado. Tan sólo se pretende aquí destacar que, desde un punto de vista científico, no representa más que una pequeña pieza, la apertura de un nuevo soporte tecnológico en las relaciones con la Administración, en absoluto equiparable a lo que sociedad de la información supone y significa. No es suficiente con reformar la legislación de procedimiento para autorizar la comunicación electrónica. La reflexión académica no debe dejarse atrapar por este plano.

En un nivel intermedio, que trasciende en algo esa dimensión plana de mera interiorización de las nuevas tecnologías que luce en las normas de primera generación, se sitúan otras iniciativas públicas, como las relativas a la Administración electrónica o “eGovernment” promovidas por la Unión Europea y, más aún, por tantas otras instituciones internacionales o Estados²⁴, y desde las que se postula una utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en el seno de las Administraciones públicas asociada a ciertas reformas de la organización administrativa y del modo de trabajo para alcanzar una mejor prestación de los servicios públicos y una más intensa participación ciudadana y colaboración del sector privado en las políticas públicas; así como la inclusión de todas las capas de la población y de todos los territorios; etc. Se trata, no obstante ello, de acciones, programas o propuestas que no agotan ni definen, como es natural, las bases

²² *Ibidem*.

²³ Más ambiciosa resultan otros referentes cercanos en el espacio y en el tiempo, como el “Codice dell’amministrazione digitale” italiana, aprobado por Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005, n. 82.

²⁴ Baste la remisión, dentro del sistema de las Naciones Unidas, a la UNPAN (“United Nations Online Network in Public Administration and Finance”) y sus divisiones y programas, en particular UN Public Administration Programme (“Global Forum on Reinventing Government”) o los estudios e informes sobre “e-Government” (véase <http://www.unpan.org/egovernment.asp>).

conceptuales del Derecho Administrativo de la Información, aunque encierran, eso sí, un importante debate acerca de la Administración que deseamos darnos en la nueva sociedad y economía de la información.

2. La comprensión científica del Derecho Administrativo de la Información.

El hallazgo y construcción de las bases conceptuales del Derecho Administrativo de la Información es obra preferente de la doctrina, a partir desde luego de los datos normativos y jurisprudenciales y del diálogo científico metodológicamente apropiado con las ciencias auxiliares, en el campo de la teoría de la ciencia y de la información²⁵. Es necesario situarse en un escalón superior.

Desde esta perspectiva, que incorpora una tercera dimensión, son múltiples también los intentos que se pueden ensayar para aprehender su contenido. No se trata, sin embargo, de un problema cognoscitivo o de ordenación de un conjunto a los solos efectos de su comprensión, sino de identificar la estructura interna, las bases que den luz y sentido a los distintos elementos, de construir en definitiva un sistema coherente sobre las claves y premisas jurídicas adecuadas, al objeto, nótese bien, de extraer la máxima virtualidad de los valores y de los principios que han de presidir esta disciplina jurídica. Dado además el cambio vertiginoso del paradigma tecnológico y de la economía global, cualquier aproximación habrá de someterse a una constante revisión.²⁶

A título de ejemplo, cabría esbozar de entrada tres esquemas o “modelos”:

- a) El primero y más simple se resolvería en concebir el Derecho Administrativo de la Información como un sector más del Derecho Administrativo Especial, en el que se incluirían las normas relativas a las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración pública; la ordenación jurídica de las telecomunicaciones; el régimen jurídico-público de Internet; las actividades administrativas de acreditación; las funciones de la Administración en relación con el comercio electrónico; la ordenación jurídica de la ciencia; etc. Las deficiencias de esta aproximación saltan a la vista: sitúa artificialmente en un solo campo o sector un conjunto muy heterogéneo de actividades, potestades y técnicas, cuyo único punto en común radicaría en su relación próxima con las tecnologías de la información y del conocimiento. Por excesivamente descriptiva y “aislacionista”, dificulta la inducción hacia categorías más elevadas (autorregulación regulada, servicio universal, gobernanza, libertades informativas...) y minusvalora los efectos de largo alcance que la sociedad de la información es susceptible de irradiar sobre el

²⁵ Véase nota núm. 14.

²⁶ Por ejemplo, las tendencias tecnológicas emergentes, tales como la migración hacia redes de muy alta velocidad, tecnologías inalámbricas omnipresentes, web 2.0, la Internet de los objetos, Grids, nuevas arquitecturas de redes, servicios basados en Internet, interfaces de usuario, contenidos creados por los usuarios y redes sociales en línea, etc., así como otras muchas aplicaciones de la nanotecnología o de la identificación por radio frecuencia (RFIT), plantean nuevos retos y necesidades a las relaciones entre la Administración y el ciudadano. La técnica revoluciona, el Derecho evoluciona. La cuestión fundamental –a nuestro propósito– no es, sin embargo, si tal evolución requiere una nueva norma, sino un cambio de concepto.

entero sistema del Derecho Administrativo. Es un modelo de “exclusión”, por lo demás ingenuo, como lo habría sido cualquier intento de categorización de variados instrumentos jurídicos en función exclusivamente de su “contacto” o cercanía con la tecnología de la imprenta.

- b) El enfoque contrario –de inclusión- consistiría en volcar sobre el molde tradicional en el que se estructura el sistema del Derecho Administrativo nacional (o supranacional) los elementos característicos del ordenamiento de la información. Así, por ejemplo, en el estudio del procedimiento administrativo se abordaría el procedimiento electrónico; en la contratación, la subasta electrónica; en el análisis del servicio público “a la francesa”, el servicio universal o servicio público de origen norteamericano; en la organización administrativa piramidal clásica, la inclusión de otras fórmulas organizativas en red y de trabajo en común; en la coordinación y cooperación administrativas, se reflexionaría sobre la colaboración de carácter informativo entre todas las Administraciones; etc., y donde sólo algunos “elementos”, como la ordenación de las telecomunicaciones, de la ciencia, del sector audiovisual, etc., quedarían comprendidos como sectores especiales.

La debilidad de este modelo de integración radica en su mismo punto de partida: en la conservación del molde clásico de la disciplina y la consiguiente renuncia a introducir nuevas categorías y una nueva sistemática como parece demandar la confluencia de la sociedad de la información con otros fenómenos, como ya notábamos.

Este modelo de mera yuxtaposición, aunque permite la adición de muchos elementos de la ordenación jurídica de la información en el esquema clásico, no sólo deja fuera de la consideración del sistema, como se ha dicho, esos otros fenómenos que esconden una estrecha relación con la información o instituciones que hasta ahora han podido ser marginales dentro de la disciplina, sino que además resulta incapaz de dar cuenta de la relación de proporcionalidad que las nuevas categorías en la realidad guardan con las clásicas: si la Administración en red representa una modalidad menor y excepcional, como un mero apéndice, o constituye, por el contrario, el modelo de normalidad; si la colaboración de carácter informativo es una manifestación simplemente de la coordinación y cooperación o su expresión más sustantiva; cuál sea el impacto y significado reales del modelo negociado y de colaboración público-privado frente al regulatorio en determinados sectores; etc.

- c) Un tercer esquema, de mayor elaboración y fertilidad, descansaría en los derechos fundamentales relacionados con la información, con todo lo que ello entraña. Desde esa perspectiva, las bases del sistema se situarían en las libertades informativas (de informar y a ser informado; libertad de expresión) y en la protección de la intimidad y de los datos personales. Esas premisas constitucionales se convertirían en los pilares capaces de polarizar en su derredor vastas extensiones del Derecho Administrativo de la Información. Esta aproximación se defiende por sí misma y se encuentra, al menos latente, en numerosos estudios, reformas legislativas y jurisprudencias a escala nacional, regional y global. Posee la evidente

virtualidad de enfatizar que el ciudadano y sus libertades informativas se erigen en el centro del sistema de la sociedad de la información y del conocimiento y la razón de ser última de tantas políticas instrumentales, como las relativas a las telecomunicaciones, la defensa de la competencia, la Administración electrónica, el acceso a la información administrativa, etc. Ha de ser completada, sin embargo, por otros bienes y derechos constitucionales: la igualdad de todos en el acceso a los bienes de la información y del conocimiento y a las nuevas tecnologías que les sirven de soporte (arts. 9.2 y 14 en relación con el art. 20 CE); la propiedad privada (derechos de autor en el mundo digital) y su frontera con el “dominio público” o disfrute colectivo de los bienes de la información; también, la libertad de asociación y reunión (comunidades virtuales en Internet; reuniones a través de la red; etc.); libertad de empresa (libre comercio electrónico); etc. En su conjunto y por lo que hace al Derecho Administrativo, el anclaje en los derechos fundamentales permite fundamentar con mayor hondura la dimensión individual y subjetiva que ha de presidir la ordenación de la información.

La constitucionalización del Derecho Administrativo de la Información es, sin duda, un elemento obligado del sistema. Recuerda además la necesidad de transponer al Derecho Privado los valores que estos derechos encarnan, ante un escenario de privatización y de desregulación, en el que no pocas injerencias o insuficiencias prestacionales traen su origen, no del poder público, sino de los agentes privados. Al fin y al cabo, el Derecho Administrativo es Derecho Público y, en medida nada despreciable, Derecho Privado²⁷. El Derecho Administrativo del siglo XXI ha de racionalizar una nueva relación y reparto entre el poder público y el sector (y poder) privado.²⁸

Esta aproximación, en fin, no proporciona sino el marco a modo de premisa, enriquecido por otra parte por no pocos referentes básicos del Derecho Europeo, del Convenio²⁹ y de la Unión³⁰, y de tantas instituciones internacionales³¹, pues -sean o no siempre reconducibles de forma inmediata y directa hacia esos derechos- constituyen elementos dados que han de ser incorporados al sistema.

²⁷ Cfr. E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, cit. (nota 12), p. 32.

²⁸ Véase Aman, Alfred C., “Administrative Law for a New Century”. Province of Administrative Law, M. Taggart, (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 90 y ss., 98 y s., 105, 117.

²⁹ “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, de 28 de enero de 1981, con su enmienda de 1999 y Protocolo Adicional de 2001; “Declaration on Freedom of Communication on the Internet”, de 28 de mayo de 2003; etc.

³⁰ Dejando al margen las normas relativas a la propia Administración comunitaria (por ejemplo, arts. 255, 285 ó 286 del TCE), el Derecho derivado ha multiplicado sus impulsos (medio ambiente, protección de datos; liberalización del tráfico de datos, etc.). La estructura asociativa que para el trabajo en común conforman las Administraciones del espacio europeo es ante todo una estructura de carácter y contenido informativo. A tal efecto, se destaca la importancia de garantizar la calidad y fiabilidad de la información. Véase en tal sentido, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2ª edición, Berlin Heidelberg, 2004. p. 280.

³¹ Por ejemplo, “International Programme for the Development of Communication” (IPDC), de la UNESCO, que tiene por objeto promover la libertad y el pluralismo de los medios en los países en desarrollo y en transición; el documento “Electronic Commerce Taxation Framework Conditions”, de la OCDE, de 8 de octubre de 1998, por el que los países de la OCDE se comprometen a actuar de consuno en la materia; la “Geneva Ministerial Declaration on Global Electronic Commerce” de la Organización Mundial del Comercio, de 1998; etc.

Preciso es, sin embargo, estructurar –y concretar- otros elementos que no se resuelven sin más, ni de forma unívoca, con esas bases constitucionales³². El Derecho Administrativo como disciplina jurídica de la información y de la comunicación ha de comenzar por el estudio de la información y la comunicación en sí mismas consideradas a fin de discernir el impacto que éstas producen en su propia sistemática, en la línea de lo que se ha apuntado en las páginas precedentes. Las infraestructuras de la comunicación; el tratamiento de la información relativa a las personas; las relaciones de carácter informativo entre la Administración y el ciudadano, y de las Administraciones entre sí, señaladamente en el espacio europeo; o la Administración electrónica, constituyen pasos obligados del análisis. Sin embargo, como luego se insistirá, el Derecho Administrativo de Información no puede sustraerse del estudio de los factores que determinan el modelo actual de comunicación.

Dicho de otro modo: este enfoque, aunque irrenunciable y pleno de virtualidades, no constituye sino el primer estadio. Esos son los pilares, pero el edificio ha de ser levantado.

La Constitución representa la base (limita, impone e impregna), pero no resuelve por sí misma los clásicos problemas de organización y de toma de decisiones de la Administración pública, ni el flujo de información que a estos procesos subyace. Tal reconstrucción corresponde al Derecho Administrativo, como seguidamente se apunta.

3. Conclusión

En realidad, la sistematización más profunda, en coherencia con la hipótesis planteada –el Derecho Administrativo de la Información como columna que recorre transversalmente la disciplina- pasa por una sabia conjugación de lo positivo que cada perspectiva ofrece: los fundamentos constitucionales como nutriente básico; la instalación de la información, de la comunicación y del conocimiento en el interior de cada una de las instituciones del Derecho Administrativo; la elaboración de nuevas categorías; la identificación de las nuevas relaciones recíprocas que, a resultas de esas operaciones, guarden entre sí las distintas instituciones, con la consiguiente reordenación de la Parte General.

No quiere ello decir, sin embargo, que la reflexión sobre los desafíos actuales del Derecho Administrativo pueda circunscribirse a una tarea de mera sistematización –y reconstrucción- de sus dogmas, por relevante que ello sea. En momentos de cambio profundo, el estudio sistemático de las normas positivas y la comprensión científica (“dogmática”) que de ahí pueda derivarse requiere además una cierta apertura y

³² Por ejemplo, la síntesis dialéctica entre la “protección de datos” y el “acceso a la información”. Cuáles sean los términos de ese equilibrio, la concreta proporción entre ambos elementos, es algo que habrá de remitirse, en cada tiempo y lugar, a un complejo conjunto de reglas o principios *generales* y de criterios *específicos* de carácter sectorial. De ello ha de ocuparse el Derecho Administrativo. Cfr. *Prólogo* a la obra de E. Guichot, *Datos personales y Administración pública*, Thomson-Civitas, 2005, p. 15.

colaboración con otras ciencias. Frente a una ciencia dogmática, exclusivamente dedicada a la interpretación de textos jurídicos y al estudio de las instituciones legales, cabría oponer, por decirlo en términos muy simples, una ciencia del Derecho Administrativo más interdisciplinar.³³

El futuro desvelará la conveniencia, la forma y la intensidad con que deban de revisarse los fundamentos del Derecho Administrativo, como consecuencia de los cambios que la información y la comunicación puedan demandar. La construcción de un Derecho Administrativo de la Información no consiste en la mera adición de nuevos contenidos; parece exigir una transformación inmanente³⁴. El Derecho Administrativo del futuro será un Derecho Administrativo de la Información³⁵. Al fin y al cabo, la información, la comunicación y el conocimiento se encuentran en la base de toda forma de actuación administrativa (y privada), cualquiera que sea ésta (acto, contrato, norma, plan, actuaciones materiales, actuaciones consensuadas, mecanismos de autorregulación regulada, prestación de servicios públicos, etc.). Todas estas técnicas presuponen y requieren información para ser eficaces.³⁶

Cómo se construya la comunicación entre el ciudadano y la Administración; cómo se organice ésta internamente para la mejor obtención, procesamiento y uso de la información; cómo se regule la colaboración con el sector privado; o se protejan los datos personales en los distintos escenarios y sectores, es algo que importa y compete al sistema científico del Derecho Administrativo. Y, más en concreto, cómo se interiorice en el corazón de las instituciones clásicas la información y la comunicación de las Administraciones entre sí y de éstas con el ciudadano³⁷ o se actualicen o perfilen nuevas figuras y técnicas.³⁸

La sociedad de la información no puede implantarse sin la mediación de un Derecho Administrativo renovado que haga realidad los derechos constitucionales implicados (el derecho a ser informado, a la protección de la intimidad y de los datos personales, etc.); que establezca nuevos mecanismos de responsabilidad extracontractual y de

³³ Véanse notas 14 y 25.

³⁴ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 284. También en la primera edición española (*La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, INAP – Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 293).

³⁵ Cfr. T. Vestling, “Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme”, cit. (nota 14) p. 253 (284); en sentido análogo, Albers, *Information als neue Dimension im Recht. Rechtstheorie* 2002, pp. 61 y ss. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 279.

³⁶ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 278; también en *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit. (nota 34) 288.

³⁷ Por ejemplo, el acto administrativo como declaración de información o de conocimiento; el procedimiento como mecanismo de intercambio de información entre la Administración y el ciudadano; la organización administrativa entendida como sistema de generación y procesamiento de información; las fórmulas de consenso y colaboración público-privado basadas en la comunicación; la configuración del planeamiento territorial como “imagen en movimiento”, más que como una “foto fija”, adaptable con flexibilidad a las nuevas circunstancias advertidas por medio de controles adecuados (esto es, de una información precisa sobre los efectos negativos o indeseados sobrevenidos); etc., etc.

³⁸ Por ejemplo, el análisis de la creciente actividad administrativa no formalizada; de las nuevas competencias administrativas de acreditación, seguridad y control, de garantía de una información de calidad; la sistematización de la comunicación administrativa de carácter no vinculante; el estudio de las renovadas perspectivas de la vinculación y programación de la Administración a través de otras estructuras o métodos de dirección, como la organización y el procedimiento; nuevos modelos de regulación basados en el consenso y la colaboración, en la información; etc. Sobre estos y otros supuestos, vid. E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, cit. (nota 12) *in totum*.

control; que garantice las infraestructuras de la comunicación y el acceso de todos a los bienes de la cultura, de la ciencia y de la información; etc. Ha de estructurar todo su instrumental (procedimientos, organización, métodos de regulación basados en la información, etc.) para asegurar su plena efectividad.

Un Estado y una Administración que informan, en el contexto de la sociedad de la información y del conocimiento, de la economía globalizada y de la sociedad del riesgo, no representan desde luego un fenómeno secundario. Desde la Parte Especial del Derecho Administrativo (medio ambiente; economía; investigación científica y técnica; etc.) saltan a la vista los efectos multiplicadores de la información y el conocimiento de cara a la dirección de cada una de las políticas públicas y a la elección de los instrumentos y técnicas a su servicio.³⁹ No es ya que la información y la comunicación hayan de tener un sitio en la teoría general del Derecho Administrativo, es que *son* “Parte General”.

III. ELEMENTOS, MATERIALES Y PERSPECTIVAS

Es prematuro avanzar el mapa de lo que pueda ser el Derecho Administrativo de la Información. Más allá de los enfoques que quepa ensayar, en la línea de cuanto ha quedado anotado, acaso puedan añadirse finalmente algunos elementos o perspectivas, a modo de materiales para la reflexión. En el limitado espacio de estas páginas, baste con recordar algunas breves consideraciones en torno a cuatro puntos seleccionados

1. Las cláusulas del Estado de Derecho, el principio democrático y los derechos fundamentales. La Constitución de la información y de la comunicación.

Entre los elementos constitucionales que sirven de base y fundamento del Derecho Administrativo han de destacarse los siguientes: a) los principios democrático y de Estado de Derecho; b) la información y la comunicación como objetivos y fines esenciales del Estado (procura de información; remoción de obstáculos para que el acceso a la información en condiciones de igualdad sea real y efectivo; establecimiento de las infraestructuras y de un marco jurídico de comunicación en libertad; etc.); c) los derechos y libertades en su dimensión informativa, a los que antes se ha hecho referencia; d) las competencias de la Administración de la información y del conocimiento; e) los servicios públicos en el ámbito de la Administración.⁴⁰

³⁹ Aunque en un sentido y contexto diferente, conviene recordar las palabras de Karl W. Deutsch: “It might be profitable to look upon government somewhat less as a problem of power and somewhat more as a problem of steering. Steering is a matter of communication, and information is absolutely essential for communication.” (cfr. *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, 2ª ed., New York, Free Press, p.XXVII). Desde ese esquema, Deutsch destaca, de un lado, que el Ejecutivo y la Administración han de cumplir nuevas funciones en la medida en que tienen en sus manos el mayor almacén de datos públicos; y, de otro, que han de ser conscientes de que las causas de los fracasos de la políticas públicas pueden obedecer a una inadecuada o incorrecta información: “the overvaluation of the near over the far, the familiar over the new, the past over the present, and the present over the future.” (*ibidem*).

“This greater emphasis upon information means that governments must become increasingly sophisticated, especially more dependent upon outside knowledge-producing sources, such as “think tanks” whose definitions of new realities and speculative ideas inform the policy alternatives available to administrators; and this change in particular is the essence of political “modernization” within Western industrial societies” (*ibidem*)

⁴⁰ Nuestra Constitución no se ha actualizado, por ejemplo, para consagrar el servicio universal en el ámbito de las telecomunicaciones o de correos, como han hecho otras, aunque, eso sí, ofrece una estructura mucho más moderna y

Los referentes estructurales no se agotan en el ámbito interno, menos aún en una sociedad globalizada. De entrada, en nuestro ámbito regional (Derecho de la Unión y del Convenio), el sistema de gobierno en diferentes niveles, que caracteriza a Europa, remite a una suerte de entrelazamiento de las Constituciones nacionales y europea y de sus respectivas fuentes del Derecho⁴¹. A la interacción y colaboración de las Administraciones del espacio europeo le sigue un entrelazamiento de Constituciones.⁴² En ese contexto, los sistemas de Derecho Administrativo, nacional y europeo, conforman tendencialmente una suerte de red cuyo objeto reside en facilitar la “infraestructura jurídica” por la que pueda circular la información y la comunicación administrativas. A escala internacional y global, los referentes estructurales, en cuanto mínimo común denominador, pueden presentarse más difusos. En este plano se asiste a un complejo proceso de dirección en continuo cambio e interacción –la gobernanza– que afecta a los elementos más relevantes (Internet, telecomunicaciones, e-government, etc.).

La cláusula del Estado de Derecho y el principio democrático constituyen las premisas que habrán de proyectarse sobre la “actividad administrativa de la información” a nivel nacional, regional y global, en primer término por su impacto sobre los derechos fundamentales. El muro defensivo que éstos levantan ha de extenderse a la información que almacena, procesa, utiliza y emite la Administración, a fin de conjurar los peligros que para la libertad individual puedan derivarse de aquélla, mediante el recurso a las técnicas clásicas (límites frente a la actividad limitadora)⁴³.

actualizada que nuestras tradicionales Constituciones de referencia. Construcciones como la jurisprudencial alemana sobre la “autodeterminación informativa”, más allá de su simbolismo, pueden no ser necesarias en nuestro caso.

⁴¹ El carácter vocacionalmente relacional del Derecho estatal y del Derecho de la Unión Europea adquiere notas singulares cuando se proyecta sobre las respectivas *Constituciones*, las nacionales y la de la Unión, puesto que a ellas se les ha de confiar la *dirección* o *impulso* positivos de ese flujo o relación, así como la definición de los límites recíprocos. Las tradicionales relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros comienzan a concebirse como una cuestión de relación entre Constituciones. Y, aun cuando sea cierto que las Constituciones no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras, ahora tienen planteado el reto de la convivencia, no ya sólo entre sí, sino con la europea.

Sobre el tema, véase P. Cruz, *Constitución nacional y Constitución europea*, en del mismo autor *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 148, 134 y s.

⁴² Vid. E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, cit. (nota 30) p. 393.

El “espacio constitucional europeo”, base del espacio administrativo europeo, no se circunscribe a la garantía de la primacía y supremacías, sino que, en un sentido positivo e integrador, tiende a despejar disfunciones y a establecer puntos de encuentro.

⁴³ A efectos ilustrativos podrían clasificarse como sigue. Como presupuesto, ha de analizarse si la intervención pública cae dentro del ámbito materialmente protegido por el derecho de que se trate y, en su caso, si incide sobre el contenido constitucionalmente garantizado.

En segundo lugar, si la intervención pública supera los controles que podríamos llamar *externos* (por ajenos, en rigor, al contenido del derecho): en particular, si respeta la reserva de ley para la regulación de su ejercicio (reserva de ley genera ex art. 53.1 CE, en nuestro caso, y las específicas que hayan podido establecerse respecto de cada derecho); si la finalidad de la injerencia resulta legítima en sí misma y no es arbitraria; si la intervención es proporcionada en relación con el fin (art. 1.1 C.E.); si no vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 C.E.); si es respetuosa con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.); si se han seguido las normas de procedimiento en su caso establecidas.

Ha de indagarse si la intervención pública sobre el dominio aprueba el *test* más importante, el interno, que mira al contenido mismo del derecho: si la ley delimitadora no desborda el contenido esencial; y, en caso contrario, si ha previsto la correspondiente indemnización; y, cualquiera que sea la forma de privación, material o formal, si el justiprecio constituye un equivalente económico por guardar el adecuado equilibrio entre el perjuicio producido y el interés general. Sobre este tema y para su ejemplificación respecto del derecho de propiedad, puede verse mi trabajo sobre la propiedad en la Constitución

Con todo, las singularidades y potenciales efectos que la información en el marco de las nuevas tecnologías pueden representar para la posición jurídica del ciudadano obligan, bien a fortalecer algunas de estas técnicas, bien a establecer nuevos mecanismos de control. El examen de la legitimidad del fin y el test de proporcionalidad (de los medios); la estricta observancia del ejercicio de las potestades administrativas a los fines que las justifican; la transparencia y el control de la Administración mediante una opinión pública bien informada; el establecimiento de prohibiciones específicas sobre el uso de la información en algunos sectores y nuevos derechos de cancelación; la creación de organizaciones públicas, privadas y mixtas; la introducción de nuevas reglas de procedimiento; la extensión de la reserva de ley a nuevos ámbitos ; etc. son algunas de los elementos susceptibles de un mayor desarrollo y adaptación.⁴⁴

En realidad, el paso de la cultura de la imprenta a la cultura digital y su convergencia con los movimientos, revoluciones y tendencias a que aquí se han hecho alusión habrá de generar profundas transformaciones en el Derecho Público. En lo que a los derechos y libertades concierne, no pocos contenidos, límites, ponderaciones, vertientes o dimensiones habrán de reelaborarse.

En este contexto, conviene recordar el principio más básico del sistema. Por expresarlo en nuestros términos: el derecho de todos a acceder a los bienes de la cultura, de la ciencia, del conocimiento y de la información en condiciones de igualdad real y efectiva, y a las tecnologías que les sirven de soporte, y que podríamos simbolizar en los arts. 9.2, 14 y 20, entre otros, de la Constitución de 1978. Esta especie de supraprincipio que pone en conexión, como un cuerpo, todo un conjunto de derechos y principios fundamentales sirve para expresar, entre otras cosas, no ya la obligada acción positiva de los poderes públicos y la función negativa o de límite frente a la actividad limitadora, sino, nótese bien, que los derechos y libertades, y las condiciones reales y efectivas para su ejercicio, resultan hoy inescindibles de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, en la medida en que vivan y se desarrollen a su través. Son múltiples las consecuencias y directrices que cabría derivar para el sistema. Desde la fijación de las tasas radioeléctricas que la Administración exige a las empresas –y que éstas inevitablemente terminan por repercutir en el “usuario” de la telefonía móvil (léase, ciudadano de la sociedad de la información)-, hasta las iniciativas de digitalización de la información pública, todo ha de ser enjuiciado a la luz de ese principio vertebrador.⁴⁵

española de 1978, en la obra colectiva por mi coordinada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Tecnos, Madrid, 1996.

⁴⁴ En sentido análogo, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), p. 281; también en *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit. (nota 34) 291.

⁴⁵ Por ejemplo, la decisión de la Ley 2/2007, de 5 de junio, sobre el “Diari Oficial” de la Generalitat de Cataluña, y el Acuerdo GOV/87/2007, de 19 de junio, de publicar el diario oficial en una versión exclusivamente digital, sin perjuicio de otros méritos, podría resultar criticable desde la perspectiva que arroja el referido principio constitucional. Como ya advertían los planteamientos más “clásicos” (en términos de velocidad de la sociedad de la información), no basta con garantizar que los ciudadanos tengan acceso a la infraestructura técnica que da entrada y soporte a la información o a los servicios públicos, en este caso al Diario Oficial, sino que es preciso, entre otras cosas, alfabetizar a todos. De ahí que mientras no se alcancen elevadas cotas de alfabetización digital, en particular de las capas, segmentos y edades más desfavorecidas, resulta obligado mantener la dualidad de tecnologías, la de la imprenta y la digital, aunque ésta pueda tener la “primacía”. De lo contrario, no es difícil obtener un resultado contrario al apetecido y elevar el muro digital. No se trata ya sólo de un argumento “formal” (toda presunción legal ha de aproximarse a la realidad; y la presunción de conocimiento de las normas, actos y disposiciones

La vertiente participativa y prestacional de los derechos y libertades constitucionales, por otra parte, exige potenciar el derecho de acceso a la información (administrativa), en todos sus especies y ámbitos, no sólo en el seno del procedimiento. Lo que haga el poder público –en particular, el ejecutivo y su Administración- con la información de que dispone es, sin duda, una las cuestiones capitales de nuestro tiempo.⁴⁶ El acceso a la información administrativa representa el principio general.⁴⁷

2. Sobre la regulación de las nuevas tecnologías

En términos muy simples, puede decirse que la dirección y regulación de las nuevas tecnologías –simbólicamente, Internet- se lleva a efecto a través de medios técnicos y jurídicos. El hardware y el software determinan el modo de ser de la red; su funcionamiento y fisiología; lo que sucede con la información (imagen, texto o sonido); el grado de protección de los datos personales; la integridad y autenticidad del mensaje; el concreto equilibrio entre la libertad de expresión, la protección de la intimidad y el anonimato; la propiedad intelectual y el uso inocuo y no comercial de la información; cómo operan los motores de búsqueda; etc.⁴⁸ El código técnico o arquitectura de la red resulta decisivo; su poder regulador indirecto alcanza a todo: el control de Internet es control sobre su arquitectura técnica. La naturaleza de la red de redes y de las tecnologías de la información y del conocimiento es mudable y cambiante por definición. La estructura abierta, libre, descentralizada y participativa que ha caracterizado a la “Internet 1.0” no es la única posible.⁴⁹

anudada a la publicidad oficial puede alejarse de esa realidad cuando un porcentaje significativo no sabe leer en el entorno digital), sino también de un criterio sustantivo: la universalidad, neutralidad e igualdad en el acceso a la información, derivables del Estado social y democrático de Derecho.

Aunque no pueda hablarse de “un derecho fundamental al papel”, lo cierto es que la apertura de un nuevo canal de información no ha de suponer el cierre del tradicional, sino más bien la identificación del valor añadido que la nueva tecnología permita, evitando toda mimetización simplificadora (por ejemplo, la publicidad de la información del diario oficial en la tecnología digital no ha de ser plana: la presentación de los planes territoriales puede hacerse en tres dimensiones y en sus diversas fases; puede expresarse en bases de datos; portales; etc.).

Véase para un planteamiento introductorio, J. Barnes, “Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40 (2000), pp. 25-76, y la bibliografía allí citada.

⁴⁶ Las cláusulas del Estado democrático y de Derecho constituyen el fundamento de una cultura administrativa basada en la *información*, en cuanto presupuesto de la *comunicación* entre el ciudadano y la Administración. Ello no significa que de ellas quepa derivar soluciones unívocas o maximalistas, sin la mediación legislativa: ni el principio democrático exige una incondicionada transparencia o un ilimitado derecho a la información, esto es, una estricta o completa publicidad; ni el Estado de Derecho garantiza un absoluto secreto. En tal sentido, E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30) p. 282 y 108.

⁴⁷ Cfr. Prólogo a la obra de E. Guichot, ob. cit. (nota 32).

⁴⁸ Es ésta una observación ya clásica. Baste la lectura de MITCHELL, William J., *City of Bits Space, Place, and the Infobahn*. MIT Press, 1995; M. Ethan KATSH, utiliza el concepto de “mundos del software”, en *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, University of Chicago Legal Forum, 335 (1996); [Reidenberg](#), *Governing networks and rule-making in cyberspace*. Emory Law Journal v. 45 (Summer '96) p. 911-30; L. Lessig, ob. cit.; etc.

⁴⁹ Internet se desarrolla a partir de una arquitectura informática abierta y de libre acceso desde el principio. Los protocolos centrales de Internet TCP/IP, creados en 1973-78, son protocolos que, se distribuyen gratuitamente y a cuya fuente de código tiene acceso cualquier tipo de investigador o tecnólogo. Vid. M. Castells, *Internet y la Sociedad Red*, 1999.

Con todo, y de acuerdo con el principio del *rule of law*, el Derecho habrá de pronunciarse por el modelo de sociedad que desea diseñar en virtud de lo que sus representantes decidan. Las opciones políticas no han de quedar en manos de los técnicos. Es necesario un diálogo que reconozca que la tecnología crea y establece algunas de las bases para la política y que la política determina algunos de los requerimientos para la tecnología. Ambas esferas interactúan constantemente y resultan esencialmente inescindibles.

En ciertos casos, los aspectos tecnológicos, como el diseño y estandarización del software adecuado, pueden constituir el factor decisivo para la resolución del problema, como sucede en relación con el control del correo no deseado o *spam*; la seguridad de la red y de los sistemas de información; la protección de la infraestructura más sensible; la lucha contra el crimen organizado o la seguridad en el ciberespacio. En otros, por el contrario, es en la armonización de la regulación legal o en la coordinación de las instancias reguladoras donde reside la clave para un análisis comprensivo de la cuestión, como cuando se trata de resolver, entre otros, algunos de los problemas relativos a la jurisdicción aplicable y a la coordinación internacional; los derechos de los consumidores y usuarios; el derecho a la intimidad y a la protección de datos; la libertad de expresión; los servidores y la responsabilidad de terceros, por ejemplo.⁵⁰

Sea cual fuere la proporción que, en cada caso concreto y nivel, pueda darse entre el instrumental tecnológico y las herramientas jurídicas, lo cierto es que resultan inseparables en su actuación⁵¹, aun en los supuestos en los que parece que todo queda a la regulación legal, a lo que libremente decida el legislador. La constante interacción entre la tecnología y el Derecho (y la política) se hace necesaria igualmente ante otros grandes temas que desbordan los límites de Internet aun cuando constituyan el presupuesto mismo de su actual diseño o produzcan un enorme impacto sobre la red de redes, como los fenómenos de liberalización y privatización, entre otros sectores, de las telecomunicaciones y la consiguiente competencia regulada; la globalización del comercio electrónico y la firma digital; o la redefinición de la propiedad intelectual (en particular, de los derechos de autor) en la nueva sociedad de la información⁵². El Derecho en todo caso ha de conocer lo que la tecnología permite a fin de optar entre las diversas alternativas, tanto para expresar esas opciones a través de las normas adecuadas, al modo clásico (regulación directa), como para servirse de la arquitectura técnica o del software que mejor responda a los valores y criterios por los que apueste (regulación indirecta). Y, en lo que aquí importa, ello obliga a que el jurista conozca la naturaleza tecnológica de la sociedad de la información.⁵³

⁵⁰ En tal sentido, la (convencional) clasificación que hace el *Background Report*, cit., núms. 108 y ss.

⁵¹ Para comprender tal aserto, sin perjuicio de cuanto luego se dirá y a mero título de ejemplo, puede verse de nuevo el *Background Report*, cit., núms. 131 y ss.

⁵² Para ilustrar esta afirmación, baste la referencia a los ejemplos que brevemente se describen en el *Background Report*, cit., núms. 145 y ss.

⁵² Para comprender tal aserto, sin perjuicio de cuanto luego se dirá y a mero título de ejemplo

⁵³ Derecho y tecnología interactúan en la regulación de la red. Ambos factores –en continuo diálogo– han de encarnar los valores de las sociedades democráticas, la división y el contrapeso de poderes, la garantía de los derechos, el imperio de la ley, la igualdad de todos en el acceso a los bienes de la sociedad de la información, la transparencia y el control, entre otros principios. El citado Compromiso de Túnez, en su integridad, no es sino expresión de los valores que han de presidir la sociedad de la información. Así, y a mero título de ejemplo, en sus números 2 y 3, establece lo siguiente:

“Reafirmamos nuestra voluntad y nuestro compromiso de construir una sociedad de la información centrada en la persona, abierta a todos y orientada al desarrollo, con arreglo a los objetivos y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y el multilateralismo y respetando plenamente y apoyando la Declaración Universal de los Derechos humanos, a fin de que todos los pueblos del mundo puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para desarrollar su pleno potencial y alcanzar las metas y los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, entre ellos los Objetivos de Desarrollo del Milenio.”

“Reafirmamos la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, enunciados en la Declaración de Viena. También reafirmamos que la democracia, el desarrollo sostenible y el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el buen gobierno a todos los niveles, son interdependientes y se refuerzan entre sí. Estamos además determinados a reforzar el respeto al Estado de derecho en los asuntos internacionales y nacionales.”

A tal propósito, la sistematización del Derecho Administrativo ha de comprender el inmenso poder regulador de la técnica en un mundo en red, por las múltiples consecuencias que ello depara. Es necesario garantizar la elección entre las distintas opciones y modelos tecnológicos; asegurar la asunción de los valores constitucionales; e impulsar la innovación, cuando la traducción, la analogía o la versatilidad de las clásicas categorías jurídicas no sea suficiente.

3. La gobernanza en la sociedad de la información

La globalización de las principales actividades económicas, de los medios de comunicación o de la criminalidad organizada, de un lado y, de otro, el multilateralismo en materias como la defensa, la política exterior o el medio ambiente, entre otros elementos, parecen debilitar la capacidad instrumental del Estado.⁵⁴

La regulación y el control nacionales de los medios y de la redes de comunicación se han visto considerablemente mermados en las últimas décadas, merced al impulso de las nuevas tecnologías (diversificación de los modos de comunicación; enlace de todos los medios en un hipertexto digital; aparición del multimedia interactivo; emisiones vía satélite; descentralización; etc.).⁵⁵

Por su parte, la naturaleza global de la red de redes desborda la soberanía nacional –lo que desemboca en la necesidad de alcanzar acuerdos entre Estados que permitan una distribución o reparto de competencias y funciones, a mitad de camino en ocasiones entre la gobernanza supranacional y el ejercicio de la soberanía nacional sobre determinadas “zonas” o aspectos de Internet. La estructura o carácter descentralizado y abierto de Internet impide planteamientos unidimensionales o autosuficientes y obliga a una intensa interacción y colaboración entre el sector público y el privado; el Estado, la comunidad internacional y la sociedad civil; la comunidad académica y científica. Ello remite, en otras palabras, a la cuestión recurrente desde el nacimiento de la red de redes: el gobierno y regulación de Internet.

La Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información⁵⁶, auspiciada por las Naciones Unidas⁵⁷, ha venido a materializar un proceso de internacionalización iniciado tiempo atrás con el propósito de reflexionar sobre los retos y oportunidades que Internet y las nuevas tecnologías plantean. La Cumbre, con los documentos finales (Compromiso y Programa de Acciones)⁵⁸, ha pretendido sentar las bases de un nuevo orden o marco internacional capaz de gobernar un mundo en red⁵⁹, una *sociedad mundial de la información*⁶⁰. De hecho, son numerosas las organizaciones internacionales que negocian en la actualidad reglas, estándares y

⁵⁴ Véase M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*. Vol. 2. Alianza Editorial, 1ª edición, 4ª reimpresión, Madrid, 2000, pp. 272 y ss, 290 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 282 y ss.

⁵⁶ Celebrada en Túnez el 16-18 de noviembre de 2005. Cfr. <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>

⁵⁷ Resolución 56/183 (21 de diciembre de 2001), de la Asamblea General.

⁵⁸ Cfr. http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=es&id=2266|2267.

⁵⁹ Sobre el tema, puede verse el artículo *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Mary Rundle: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059>

⁶⁰ Cfr., entre otros, núms. 38 y 39 del Compromiso de Túnez.

normas que afectan a Internet, sea en materia de seguridad, infraestructura, ciudadanía, pagos, propiedad o contratos⁶¹.

En este contexto, la idea de gobernanza ha adquirido un protagonismo indiscutible, en los últimos años, cuando se habla de regulación jurídica y gobierno de Internet. Con el término “gobernanza” no se hace referencia al gobierno, sino más bien al acto, o al modo o método de dirigir algo. Por gobernanza de Internet, cabe entender, de acuerdo con una consensuada e integradora definición⁶², el *proceso de dirección* consistente en el establecimiento y ejecución por parte de los Gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, desde sus respectivas esferas de responsabilidades, de principios compartidos, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y de programas, con el objeto de determinar la evolución y el uso de Internet. Gobernanza es, pues, mucho más que la gestión de los recursos esenciales o de las infraestructuras (sistemas de servidores, nombres de dominio, protocolo de Internet o IP, direcciones y, más tarde, por extensión, las actividades de ICANN), como se entendía en la década de los noventa, para convertirse en un concepto que comprenda todos los mecanismos compartidos, sean éstos públicos o privados, que modelan el modo de ser de Internet y su utilización.⁶³

La gobernanza de Internet se extiende a terrenos de indudable trascendencia e interés para el Derecho Administrativo nacional, regional y global, a través de un elevado número de organizaciones internacionales: relaciones Estado-sociedad; relaciones entre particulares; jurisdicción; infraestructura; seguridad; comercio internacional; propiedad; y autoridad monetaria.⁶⁴ El grueso de las políticas relacionadas con Internet se deciden a nivel supraestatal. La transparencia y el control, el equilibrio de poderes, la protección de los derechos y libertades, o la subsidiariedad, son valores y criterios que han de presidir el proceso de toma de decisiones en la esfera internacional. Tal es uno de los retos más colosales a los que ha de enfrentarse el Derecho Administrativo contemporáneo⁶⁵: la inserción del Derecho Administrativo nacional en una red de Derechos Administrativos nacionales, regionales (europeo) y transnacionales.

⁶¹ Vid. Mary Rundle, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, cit. (nota 59).

Una descripción sin pretensiones de exhaustividad, pero suficientemente ilustrativa, puede verse en el *Background Report*, del *World Group on Internet Governance* (WGIG), auspiciado por las Naciones Unidas, núms. 155 y ss. (<http://www.wgig.org/>).

⁶² Cfr. *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance* (WGIG), Editado por William J. Drake, pp. 254 y ss. Fuente: *The WGIG Book*, <http://www.wgig.org/>. Para mayor detalle, vid. el *Background Report*, señaladamente núms. 45 y ss., asimismo en <http://www.wgig.org/>.

⁶³ *Reforming Internet Governance*, cit., *ibidem*. En particular, sobre la gobernanza entendida como proceso, véase el *Background Report*, cit., núms. 39-43.

⁶⁴ Por todos, véase la valiosa síntesis que ofrece el proyecto académico “Net Dialogue” en <http://www.netdialogue.org/>, ideado precisamente para ayudar a las citadas Cumbres auspiciadas por Naciones Unidas. Sobre su contenido, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Mary C. Rundle, 2005, Research Publication No. 2005-16, Berkman Center for Internet & Society at Harvard law School (<http://cyber.law.harvard.edu/home/2005-16>).

⁶⁵ El denominado “Derecho Administrativo Global” constituye una de las respuestas más significativas en este momento (vid. http://www.iilj.org/global_adlaw/).

4. Modelos de comunicación entre el Estado y la sociedad. El hábitat del Derecho Administrativo de la Información.

La comunicación ha sido siempre un elemento fundamental para la dirección del Estado y la acción de la Administración. Desde el nacimiento del Estado de Derecho, puede decirse que el Derecho ha constituido una forma de comunicación entre el Estado y la sociedad. El Estado se comunica a través del Derecho. Los distintos productos normativos (ley, reglamento, planes, etc.) constituyen formas de comunicación de la política con la sociedad.⁶⁶

La posición central de la información en el seno del Estado y de la Administración contemporáneas no es nueva. En realidad, se han sucedido distintos modelos de comunicación entre la esfera estatal y la social. La comunicación no es un modelo o paradigma “a secas”, aséptico o vacío de contenido; tiene un “modo de ser” en cada tiempo y lugar. El intercambio de información –comunicación– puede producirse, por ejemplo, en un entorno de colaboración público-privado y de búsqueda del consenso y de la adhesión del sector o, por el contrario, en el marco de un modelo regulatorio marcado por la idea de autoridad y de separación entre el Estado y la sociedad. En uno y otro caso, el modelo de comunicación es diferente⁶⁷. Esa convergencia de coordenadas políticas, económicas, sociales, tecnológicas o ambientales en las que se inscriban en cada caso el Estado y la Administración resulta decisiva. Cada modelo de comunicación propicia unas técnicas y excluye otras. Y a la inversa. Por ejemplo, si la política pública y el gobierno del sector se articulan sobre programaciones legales detalladas y de carácter condicional, en donde la Administración no tiene otra teórica función que la de “ejecutar” mecánicamente lo preestablecido por la norma, la comunicación entre la Administración y el ciudadano, la comunicación será de baja intensidad y, en todo caso, de muy distinta naturaleza a los supuestos en que la programación legal de la Administración es de carácter finalista –normas abiertas– y su articulación práctica reclama un modelo de comunicación más complejo y avanzado, una colaboración informativa entre el sector privado y la Administración en diálogo real, en definitiva un modelo de regulación basado en el consenso y la aceptación.⁶⁸

Si es simplista reducir el “Derecho de la sociedad de la información” al “Derecho de las nuevas tecnologías”, también lo es la creencia de que éstas no son capaces de arrojar más que un único modelo de comunicación, en una suerte de determinismo, por cuya virtud el técnico se erigiría en “constituyente”, como si la “naturaleza de las cosas” (de esas tecnologías) no fuera en modo alguno moldeable. Por lo mismo, el modelo de comunicación entre la Administración y la sociedad que ha de interiorizar, racionalizar y establecer el Derecho Administrativo tampoco se infiere sin más del flujo de información disponible, sino de un proyecto político. Es obvio que, con la misma tecnología, el modelo de comunicación puede ser diverso en cada sociedad, en

⁶⁶ Véase R. Pitschas, “Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung”, cit. (nota 13), p. 228.

⁶⁷ Por ejemplo, el esquema de comunicación es distinto en sectores como el medio ambiente, la investigación científica y técnica, la seguridad, etc., más próximos a un modelo de comunicación intersubjetiva, donde la Administración y el sector privado actúan como socios que se necesitan mutuamente.

⁶⁸ Por decirlo en forma más simplificada aún a efectos dialécticos: el acto administrativo de contenido informativo encajaría más en el primer entorno, mientras que la realización del informe de sostenibilidad para la evaluación estratégica ambiental requeriría un clima más próximo al segundo ejemplo.

función de las directrices o criterios que se establezcan, como acredita el simple ejemplo del uso de Internet en el seno de los Estados autoritarios frente a los democráticos. Dicho en positivo: la investigación en torno a la ordenación jurídico-administrativa de la información está indefectiblemente asociada al modelo de Administración que decida instaurarse.

Al Derecho Administrativo no le corresponde el estudio y el análisis de los fenómenos políticos, económicos, sociales, tecnológicos o ambientales, en sí mismos considerados (globalización de la economía; liberalización del comercio; desregulación; sociedad del riesgo; etc.), que integran ese entorno y que, en consecuencia, impregnan o conforman un concreto modelo de comunicación, pero sí le incumbe estructurar sus consecuencias o efectos para la Administración pública, la emergencia de nuevos instrumentos y técnicas. Requiere en todo caso del auxilio de otras ciencias. La misma identificación de los “nervios” de la sociedad y economía contemporáneas, a ese limitado propósito, está urgida a la colaboración científica. El Derecho Administrativo de la Información, en el sentido y a los efectos que aquí interesan, no puede reelaborarse sin la “comunicación” científica.

Todo ello entronca con los estudios que, desde tantas perspectivas y países, se ocupan de la innovación y modernización del Derecho Administrativo, en paralelo a tantas reformas legislativas y cambios en los escenarios tradicionales.

RESUMEN

El Derecho Administrativo del siglo XXI, por contraste con el Derecho Administrativo del siglo XIX y del XX, será un „Derecho Administrativo de la Información“. La información y la comunicación con la sociedad han sido siempre relevantes para el Estado y la Administración. Pero hoy adquieren un relieve y sentido distintos. Cuál sea su contenido y cómo haya de construirse es algo que sólo desvelará el futuro. Aquí se avanzan dos hipótesis principales:

a) la información y la comunicación no constituyen un sector más de la Parte Especial, sino la columna que vertebra transversalmente el cuerpo, que fermenta e impregna la Parte General. No es ya que la información y la comunicación deban encontrar un espacio en la Parte General, es que son „Parte General“. Todas las instituciones clásicas del Derecho Administrativo han de ser entendidas y redescubiertas en su dimensión comunicativa.

b) El fenómeno de la información y de la comunicación contemporáneas, auspiciado por las nuevas tecnologías, no puede concebirse aisladamente, sino en su modo de ser actual, esto es, de la mano de los movimientos y revoluciones con los que se encuentra profundamente entrelazado: la globalización de la economía; la desregulación, liberalización y privatización; la colaboración público-privado y otros modelos regulatorios; etc. El Derecho Administrativo del futuro habrá de conocer nuevas técnicas, instrumentos e instituciones. Y, sobre todo, un nuevo sistema de relaciones entre sus

elementos. El Derecho Administrativo de la Información, en ese sentido, representa la punta de lanza de la reforma y modernización del sistema científico del Derecho Administrativo.

Palabras clave: Derecho Administrativo de la Información; sociedad de la información y del conocimiento; reforma del Derecho Administrativo; comunicación entre la Administración y el ciudadano.