

ESTUDIOS

La forma en que las sociedades democráticas prescriben qué contenidos audiovisuales, imágenes y sonidos, son aceptables y cuáles no desde la perspectiva de su difusión generalizada para cualquier tipo de consumidor es uno de los elementos estructurales más interesantes de la relación entre intervención pública y libertad del Derecho público contemporáneo. Su indudable necesidad no esconde el carácter problemático de muchas de sus vertientes. Además, se trata de un ámbito donde confluyen, junto con el conflicto puro y duro entre libertad de expresión y la justificada injerencia de los poderes públicos encuadrando el ejercicio de la misma, evidentes intereses económicos, convirtiendo el problema en, si cabe, más relevante y de difícil solución.

La presente obra aborda los principales desafíos que la regulación de los contenidos audiovisuales presenta en las sociedades democráticas del siglo XXI donde los intereses de mercado, además, rigen cada vez con más importancia en el sector audiovisual: desde la manera de articular la persecución de los discursos del odio hasta cómo garantizar el derecho al olvido digital; desde la protección de los menores a la independencia de los consejos audiovisuales; desde la persecución penal de ciertos discursos hasta el papel mayor o menor que la Administración puede o debe jugar en la regulación de los contenidos.

Se trata ésta de una obra colectiva ambiciosa, que desde una perspectiva plural y multidisciplinar, no sólo jurídica, aborda en definitiva las cuestiones más candentes que la regulación de los contenidos audiovisuales presenta en nuestros días.

C. M.: 11121

ISBN: 978-84-9059-948-8



9 788490 599488

ESTUDIOS

REGULACIÓN Y CONTROL SOBRE
CONTENIDOS AUDIOVISUALES EN ESPAÑA

THOMSON REUTERS
ARANZADI

ESTUDIOS

REGULACIÓN Y CONTROL SOBRE CONTENIDOS AUDIOVISUALES EN ESPAÑA

ANDRÉS BOIX PALOP
JUAN MARÍA MARTÍNEZ OTERO
GONZALO MONTIEL ROIG
COORDINADORES

THOMSON REUTERS
ARANZADI

- VAN EIJK, Nico (2009), «Services médias audiovisuels linéaires et non linéaires», en *A vos marques, prêts... partez? La Directive Services de médias audiovisuels*, Strasbourg, Observatoire Européen de l'Audiovisuel, IRIS spécial.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1998), *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (1995), *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Madrid. Tecnos.
- (1994), *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Universidad de Oviedo.
- VIRGALA FORURIA, Eduardo (2004), *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios en red*, Madrid, CEPC, pp. 37-71.
- VVAA (2012), *L'indépendance des autorités de régulation économique et financière: une approche comparée. Revue française d'administration publique*, n.º 143.
- WIEDEMANN, Richard (2011), «Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale sur la légitimation démocratique», en MARCOU, Gérard y MASING, Johannes (dirs.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, pp. 53 y ss.
- WILLIAMS, Raymond (2011), *Televisión, Tecnología y forma cultural* (edición en lengua castellana), Buenos Aires, Paidós.

Capítulo 2

Control administrativo de contenidos audiovisuales emitidos en internet*

MABEL LÓPEZ GARCÍA
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y SUS LÍMITES. PREVISIÓN CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN LEGAL. II. INTERNET Y LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS: SUS PARTICULARIDADES COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL. 1. Concepto de Internet como medio de comunicación, sus consecuencias en el ejercicio del derecho a la información. 2. Internet como fuente de información accesible. Tratamiento de los datos y buscadores. III. SUPERVISIÓN Y CONTROL ADMINISTRATIVOS DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES EN INTERNET. 1. La Comisión Nacional del Mercado y la Competencia como órgano competente de la supervisión y control de los contenidos audiovisuales. 2. La Agencia Española de Protección de Datos como órgano competente en los conflictos de derechos entre usuarios y prestadores de servicios de intermediación. 3. La Comisión de Propiedad Intelectual como órgano supervisor para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en la prestación de servicios de la sociedad de la información. IV. CONCLUSIONES.

I. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y SUS LÍMITES. PREVISIÓN CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN LEGAL

El artículo 20 de la Constitución Española (en adelante, CE) reconoce el derecho a la libre comunicación (a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz a través de cualquier medio de

* Este trabajo es resultado de mi participación como miembro del proyecto de investigación SEJ 8163 "La intervención de las Administraciones públicas y la cooperación público-privada para la protección de los datos personales y otros derechos en riesgo de los menores en la sociedad digital", cuyo IP es Francisco Javier Durán Ruiz (2013-2017), Universidad de Granada.

difusión –los medios de comunicación social–)¹. No hay duda de que el reconocimiento de este derecho se realiza sobre la base de un derecho de libertad pero necesita para poder ejercerse correctamente de unos límites jurídicamente establecidos y aceptados que permita el adecuado desarrollo de otros derechos también constitucionalmente reconocidos. Por ello a pesar de ser un derecho fundamental, el propio artículo 20 especifica sus límites, de modo que aunque se trate de un derecho preferente en su ejercicio y goce de especial protección ello no supone su prevalencia total sobre otros derechos, expresamente en relación con el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia (art. 20.4 CE). Todos ellos, a excepción de la juventud y la infancia, reconocidos también como derechos fundamentales en el art. 18 CE, donde se establece la necesidad de que por Ley se limite el uso de la informática para salvaguardar el pleno ejercicio de estos derechos, lo cual como veremos tiene especial interés en relación con la emisión de contenidos audiovisuales a través de Internet.

A diferencia de lo expuesto, la protección de la juventud y la infancia no se reconoce como un derecho fundamental, sino como un objetivo que deriva de los valores, principios y derechos reconocidos en el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad), los derechos del artículo 27 CE (derecho a la educación) y principios como los del artículo 39 CE (protección integral de los hijos) y 48 CE (promoción de las condiciones para la libre participación de la juventud en todos los aspectos de la vida colectiva), en base a los cuales se aprobó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Igualmente, el desarrollo del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se llevó a cabo por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurídica del honor, la intimidad personal y la propia imagen. En ella se reconoce que cuando se produzca una intromisión ilegítima en estos derechos se puede solicitar protección por diversas vías procesales (civil, penal, a través del recurso de amparo y por el procedimiento establecido para los derechos y libertades fundamentales en el art. 53 de la Constitución).

A estas leyes debemos añadir la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), no sólo porque actúa como límite al uso de la informática sino porque además el Tribunal Constitucional ha venido a considerar el tratamiento automatizado de los

datos de carácter personal como un derecho directamente relacionado con el derecho a la intimidad aunque independiente².

La LOPD reconoce expresamente a todas las personas el poder de disposición de sus datos, sobre la base de los principios de consentimiento, finalidad, veracidad y adecuación (arts. 4 a 19), aunque se diferencian tres niveles de protección según sea necesario el consentimiento expreso, implícito o no haga falta consentimiento para el tratamiento de los datos³. Siendo éste último (sin necesidad de consentimiento) un supuesto excepcional que sólo cabe si los datos se obtienen de las «fuentes de información accesible», pudiéndose en todo caso oponerse el derecho de cancelación salvo si la publicación se hace en un diario oficial o en medio de comunicación.

Ello ha planteado algunos conflictos en la actualidad dada las posibilidades que ofrece Internet. Pues, si se malinterpretan estos conceptos y se atiende a un sentido puramente coloquial podríamos concluir que cualquier dato personal disponible en Internet puede ser objeto de tratamiento y archivo para un fichero de datos personales sin necesidad de consentimiento e incluso que difícilmente podemos ejercer el derecho de cancelación pues estaríamos siempre frente a un medio de comunicación, lo cual rompe con el sentido y finalidad propios de la LOPD. A ello nos referiremos con detalle más adelante.

II. INTERNET Y LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS: SUS PARTICULARIDADES COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Actualmente Internet es la mayor fuente de información y no sólo de información expresamente difundida y publicada sino también como

2. Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, y 242/2000, de 30 de noviembre. Aunque el derecho a intimidad y el derecho a la protección de datos tienen un mismo objetivo, proteger la vida privada, el derecho a la protección de datos añade un plus de garantía, pues actualmente para poder garantizar la vida privada es preciso reconocer al individuo un poder de disposición y control sobre sus datos personales. Poder de disposición que además no sólo se podría vincular con la protección del derecho a la intimidad sino también respecto del honor.
3. Se diferencia así entre: 1. Datos especialmente protegidos o «datos sensibles» que sólo pueden tratarse con el consentimiento expreso y por escrito del afectado y que están relacionados con datos que revelen la ideología, afiliación sindical, creencias y religión; 2. Datos personales a secas para cuyo tratamiento basta con un consentimiento implícito; y 3. Datos contenidos en fuentes de información accesible que pueden ser utilizados por cualquiera sin el consentimiento del afectado, aunque siempre podrá oponerse el derecho a la cancelación, salvo si la publicación de los datos se hace en una publicación oficial o en un medio de comunicación [art. 3.j) LOPD].

1. Al análisis detallado de esta conclusión dedico el capítulo II de mi libro López García, 2012: 59-68.

consecuencia de la llamada «huella digital» (el rastro que cada uno de nosotros deja cada vez que navega por la red). Si además tenemos en cuenta la consideración general de Internet como medio de comunicación, comprobaremos las importantes cuestiones jurídicas que se plantean, algunas de las cuales trataremos en este artículo.

1. CONCEPTO DE INTERNET COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN, SUS CONSECUENCIAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El artículo 20 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la información como derecho que se ejerce a través de los medios, entendiéndose tales como instrumentos intrínsecos al ejercicio del derecho en cuanto permiten la comunicación social. Entre estos se encuentra Internet, aunque no tenemos duda alguna que alegar el ejercicio del derecho a la información en todo aquello que se realice a través de la Red (Internet) no tiene fundamento jurídico, pues no se puede considerar de modo general un medio de comunicación constitucionalmente protegido por el ejercicio del derecho a la información⁴.

Como ya hemos dicho en diferentes trabajos, en Internet podemos encontrar diferentes modos de transmitir información y no todos implican el ejercicio del derecho a la información. Estos modos podemos agruparlos en los siguientes:

1. Internet como espacio para la difusión libre de información y de acceso público: webs, blogs, ... así como para el ejercicio de la libertad de expresión. Se incluyen tanto los espacios dirigidos por empresas de comunicación (p. ej., periódicos digitales) como por personas independientes de estos.
2. Internet como medio de comunicación audiovisual en sentido estricto. En el que se incluye tanto la difusión contenidos audiovisuales y radiofónicos conforme a un horario de programación como a través de catálogos de programas, siempre que se den los elementos que definen a los servicios de comunicación audiovisual según la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), es decir «*aquellos servicios cuya responsabilidad editorial*

4. Sobre ello tuvo ocasión de pronunciarse el Juzgado de lo Penal n.º 16 de Madrid al afirmar en la Sentencia de 18 de diciembre de 2009, en relación con la versión digital de un periódico, que «Internet no es un medio de comunicación social en sentido estricto, sino universal». En esta ocasión se trataba de una consideración de contexto que en modo alguno alteraba los fundamentos jurídicos de la Sentencia. Véase: López García, 2011: 34-43.

corresponde a un prestador y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o enseñar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales» (art. 2 LGCA).

3. Internet como medio de comunicación individual o de grupo restringido: como ejemplo convencional, el correo electrónico, además de las nuevas posibilidades abiertas por los foros, chats, ... En este caso, el emisor no transmite una información programada, ni en su conjunto, ni tampoco en cada uno de los mensajes, ni tiene un objetivo de transmisión «al público» en general sino restringida, al funcionar como lugar de encuentro individual (correo electrónico) o colectivo (foros, chats, redes sociales, ...).

En el supuesto 3, transmisión de información a través de Internet como medio de comunicación individual o de grupo restringido, podemos afirmar, sin mucho temor a equivocarnos, que no cabe el reconocimiento del ejercicio del derecho a la información constitucionalmente protegido, pues no podemos entender que se trate de un medio de comunicación social dado que carece de la finalidad de transmitir al público en general (aunque sea un grupo restringido muy grande, pues hace falta formar parte del grupo para acceder a la información), por tanto decae el valor preponderante del derecho a la información.

No plantea discusión alguna los supuestos en los que el mensaje comunicativo se difunde por un medio audiovisual de comunicación social acogido a la LGCA (supuesto 2). En estos casos la prevalencia y los límites del derecho a la información mantienen la misma justificación jurídica que si se difunden por las vías convencionales se trataría única y exclusivamente de atender a la ponderación de los derechos en conflicto tal y como se ha venido haciendo antes de la aparición de Internet.

Supuesto más complicado es, en efecto, el caso de los blogs, webs, ... u otro tipo de espacios en Internet que permiten la difusión libre de la información y el acceso público (supuesto 1), pues es difícil que podamos discutir si es un medio de comunicación social o no en el sentido coloquial del término. En este supuesto habrá que atender al análisis del hecho concreto para poder determinar si hay un ejercicio legítimo del derecho a la información o no (independientemente del reconocimiento a la libertad de expresión), lo cual se producirá cuando la información difundida sea veraz y noticiable, sólo entonces prevalecerá el ejercicio del derecho a la información. Habrá que analizar cada caso para quizás concluir en algún supuesto que nos encontramos ante el ejercicio legítimo y prevalente del derecho a la información, del mismo modo que se haría si se planteara un

conflicto cuando la información se transmite por los medios de comunicación social tradicionales.

2. INTERNET COMO FUENTE DE INFORMACIÓN ACCESIBLE. TRATAMIENTO DE LOS DATOS Y BUSCADORES

Al margen del reconocimiento de Internet como medio de comunicación social, lo que resulta evidente es que Internet es, ante todo, un gran archivo de información; la mayor biblioteca que puede imaginarse, donde todo queda guardado y registrado; y además posee unos motores de búsqueda que permiten a prácticamente cualquier persona que tenga unos mínimos conocimientos encontrar lo que necesite o desee. Es más, sin esos motores de búsqueda las virtudes y defectos de la red carecerían de valor alguno pues sería prácticamente imposible localizar la información. Por ello, casi cualquier problema relacionado con los límites del derecho a la información en Internet queda aparentemente solventado si se controlan los datos de los motores de búsqueda, aun cuando, como veremos, los motores de búsqueda no son medios de comunicación. Se trata, en este contexto, de un conflicto directamente vinculado con el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales e indirectamente, y sólo en cierto modo, con el ejercicio del Derecho a la comunicación.

Por tanto, la pregunta que inmediatamente nos surge es ¿puede ejercerse el derecho de cancelación u oposición, frente a los buscadores? Como ha afirmado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPDA), la retirada de los datos de quien los controla es jurídica y técnicamente simple sin embargo, retirar los datos de cualquier otro lugar no es tan simple e intentar frenar el acceso a los datos impidiendo la localización a través de los buscadores evidentemente tampoco.

Para intentar dar respuesta a la pregunta obviamos por un momento que además se trata en la mayoría de los supuestos de un conflicto internacional por las características propias de la Red, y nos limitamos al análisis de la normativa española como referencia.

Debemos tener en cuenta que los motores y programas de búsqueda son un servicio de la sociedad de la información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante, LSSI). Concretamente, y siempre que puedan encuadrarse en el ámbito de aplicación de la Ley (art. 2 LSSI) se tratarían específicamente de servicios de intermediación, lo cual conforme al art. 17 de la misma quedan exentos de responsabilidad por los contenidos a los redireccionan siempre y cuando el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite no actúe bajo la

dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

De este modo y al margen de la posibilidad de que los motores de búsqueda puedan realizar un tratamiento y archivos de los datos que incumpla la normativa sobre protección de datos, lo cual podría suponer la correspondiente sanción por parte del órgano competente⁵, lo que es evidente es que los prestadores de servicios de intermediación (buscadores) no están obligado a inutilizar el enlace hacia un contenido lícito, ellos únicamente tienen la obligación de actuar con la diligencia debida y en su caso inutilizar el enlace correspondiente si los contenidos a los que remiten son ilícitos y tienen conocimiento efectivo (art. 17 LSSI).

Sin embargo, inicialmente los prestadores de servicios de intermediación deberían tener consentimiento, al menos implícito, de las personas para el tratamiento de sus datos pues como firmemente ha comunicado la AEPD⁶ no se puede concluir la consideración general de que las páginas web (Internet en sentido genérico) sean fuentes de información accesible en el sentido que se recoge en el art. 3.j) de la LOPD. Entiende la AEPD que la LOPD al indicar que son fuentes de información accesible establece una lista taxativa que exige una interpretación restrictiva. Concretamente la LOPD define estas fuentes como aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación y precisa que esta consideración la tienen exclusivamente: el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo, así como los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

Parte de la doctrina considera que la postura de la AEPD es demasiado rígida y formalista y algunos autores como García Sanz (2011: 130-131) consideran conveniente modificar la LOPD para incluir a Internet como fuente de información accesible de naturaleza mixta o híbrida: por una parte se asimilarían a los repertorios telefónicos y por otra a los medios de comunicación. En nuestra opinión ello no sería necesario si se realiza una correcta aplicación e interpretación de la Ley adecuada a la nueva

5. Cabe citar a este respecto la Resolución de la AEPD por la que se sancionó con 900.000 euros a Google por la comisión de tres infracciones graves de la LOPD. Sobre ello véase Durán Ruiz, 2014.

6. Resolución/00574/2005 de la AEPD.

realidad que nos presenta Internet, pues evidentemente Internet en sentido general no puede ser considerado como tal una fuente de información accesible, sin embargo hay supuestos que podrían estar incluidos siempre y cuando puedan asimilarse a alguno de los tipos tasados.

Junto a ello y como hemos precisado antes, nos encontramos con otro problema: que en Internet no sólo se conoce la información que conscientemente se transmite, sino que cada vez que se navega por la red dejamos rastro de todo lo que hacemos. A ello se lleva dedicando desde hace algún tiempo una importante labor de regulación, como muestra: a) la previsión que se recoge en el Real Decreto 1720/2007 por el que se desarrolla la Ley de Protección de Datos Personales en la que se define como dato de carácter personal «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a una persona física identificadas o identificables» [art. 5.f)], y conforme a la cual podemos afirmar que, por ejemplo, las direcciones IP son un dato de carácter personal (Orza Linares, 2011: 24-32) o; b) las modificaciones hechas por el Real Decreto Ley 13/2012 de varios artículos de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico a fin de adecuar su régimen a la redacción dada por la Directiva 2009/136/CE a la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, debiéndose destacar la nueva redacción que se da a su artículo 22.2 para exigir el consentimiento del usuario sobre los archivos o programas informáticos (como las denominadas «cookies») que almacenan información en el equipo del usuario y permiten que se acceda a ésta.

En cualquier caso, y reconduciendo el tema, finalmente y conforme a la propia excepción de la LOPD «siempre podrá oponerse el derecho de cancelación, salvo si la publicación de los datos se hace en una publicación oficial o en un medio de comunicación». Lo que significa que en tanto que los buscadores no son un medio de comunicación sino un servicio de intermediación de la sociedad de la información, y siendo especialmente riguroso en los términos, cabría ejercer el derecho de oposición y cancelación frente a los buscadores aunque la información a la que redireccionan siga existiendo si se difunde por un medio de comunicación a través de la Red⁷.

7. Éste ha sido el principal objeto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, en la que se resuelve una cuestión prejudicial de la Audiencia Nacional sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y del art.8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales referido al

III. SUPERVISIÓN Y CONTROL ADMINISTRATIVOS DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES EN INTERNET

El ejercicio de los derechos de comunicación (libertad de expresión y derecho a la información) es, como conclusión, bastante más complejo de lo que inicialmente podemos suponer por la confluencia con otros derechos fundamentales y además, actualmente, y como acabamos de ver, por el hecho de que el propio proceso comunicativo de emisor – receptor se ve modificado con el desarrollo tecnológico, apareciendo nuevos sujetos cuando el medio utilizado para la transmisión del mensaje es la Red. Así los prestadores de servicios de intermediación se incorporan al proceso comunicativo aunque, tal como hemos expuesto anteriormente, es bastante discutible poder definir efectivamente su actividad como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; pues en modo alguno elaboran el mensaje, ni de ideas (libertad de expresión), ni de hechos (derecho a la información) (López García, 2012: 61 y 123-129).

Esa complejidad se traslada al control de los contenidos audiovisuales. Por una parte las limitaciones al ejercicio del derecho de la comunicación aparentemente sólo deberían ser supervisadas por jueces y tribunales en tanto que se trata de un derecho fundamental. Sin embargo, esa afirmación olvida que además de la libertad de expresión y del derecho a la información hay un conjunto de posiciones subjetivas que han de garantizarse y que justifica la necesaria regulación administrativa mediante la tipificación de infracciones y su supervisión⁸. Esa supervisión, en todo caso

derecho a la protección de los datos personales. Sobre ello tuve ocasión de publicar un artículo: García López, 2014: 41-50. Véase también: Boix Palop, 2015a.

La Sentencia del TJUE deja claro que los buscadores no son responsables de los contenidos difundidos y por tanto lo único que podrá exigírseles es la obligación de inutilizar el enlace previo requerimiento por parte del ciudadano que puede ver afectado sus derechos.

De este modo, el Tribunal parece considerar que los motores de búsqueda no ejercen realmente derecho a la información aunque tampoco parece atreverse a decirlo de manera tajante, reconduce el tema al tratamiento de los datos como una cuestión diferente y separada del ejercicio del posible derecho a la información. Hace referencia al mero interés económico del gestor del motor de búsqueda y por tanto, no protegido por el ejercicio del derecho a la información o libertad de expresión, sin embargo, establece después un margen de confusión al entrar en analizar un posible conflictos de derechos entre el derecho a la información de los internautas (receptores de mensajes) y el derecho a la intimidad de la persona afectada, y reconocerles a los buscadores la posibilidad de decidir sobre el carácter irrelevante o no del contenido al que redireccionan, como si algún derecho fundamental prevalente les protegiera frente al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad de los particulares.

8. En este sentido argumenta SOUVIRÓN MORENILLA el hecho de que mediante el ilícito administrativo se garanticen determinados derechos y bienes dignos de protección, tipificando aquéllos hechos que singularizados podrían resultar irrelevantes,

y precisamente por encontrarnos ante el ejercicio de derechos de libertad, ha de hacerse por organismos o autoridades reguladoras independientes a los que se exige una actitud neutral respecto del Gobierno, sin perjuicio de poder ser recurrida ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. La efectividad de dicha supervisión y la certeza de que la sanción administrativa en este ámbito no se interprete como una quiebra por el Ejecutivo de la libertad de expresión y derecho a la información dependerá precisamente de la regulación básica y su desarrollo normativo, de modo que se asegure la independencia del órgano administrativo supervisor y sancionador frente al Ejecutivo⁹.

En este sentido la LGCA atribuye en su redacción original las competencias de supervisión y control del sector a la llamada autoridad audiovisual refiriéndose con ello a los órganos u organismo que asuman dichas competencias en el respectivo ámbito territorial (estatal o autonómico).

A este respecto en relación con los contenidos audiovisuales emitidos por Internet, aspecto en el que nos centramos, hay que considerar que la competencia pertenece a la autoridad audiovisual estatal, en tanto que el ámbito de cobertura es superior al de una Comunidad Autónoma¹⁰. Siendo requisito fundamental para aplicar la LGCA que el prestador de servicios de comunicación audiovisual se encuentre establecido en España, es decir, como regla general cuando tenga su sede en España y las decisiones editoriales se tomen en España, o incluso si inicio por primera

pero que producidos en masa – como sucede con los medios audiovisuales – pueden resultar socialmente perniciosos y merecer que su reproche social sea consagrada legalmente y la sanción por su comisión atribuida a una instancia que no tiene por qué ser de modo indefectible y en todo caso la jurisdiccional. Souvirón Morenilla, 2011: 1624-1626. En igual sentido, justifica Carreras Serra, 2004: 492-502.

9. Merece resaltar en este punto la interesante reflexión de Boix Palop, 2015b, que genera un interesante debate sobre la actividad de control y supervisión de la administración en diferentes ámbitos vinculados a los derechos fundamentales.
10. Véase el art. 2.3 de la LGCA. En los mismos términos que los expuestos resulta interesante leer la Resolución 2013/568, de 11 de julio de 2013, de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, por la que se da contestación a la consulta formulada por la Junta de Castilla y León en relación con la prestación de servicios de comunicación audiovisual radiofónicos y televisivos a través de Internet.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, parece que ello no impide que en el ámbito autonómico la autoridad audiovisual competente pueda exigir la comunicación previa para la prestación de servicios de comunicación audiovisual a través de Internet y ejercer competencias de control y supervisión. O al menos eso es lo que hace la Comunidad Autónoma de Cataluña en base a la Instrucción general del Consejo del Audiovisual de Cataluña sobre las condiciones y el procedimiento de la comunicación previa para la prestación de servicios de comunicación audiovisual mediante tecnologías distintas del espectro radioeléctrico, aprobada el 26 de abril de 2012.

vez su actividad en España y mantiene un vínculo estable y efectivo con la economía de España¹¹.

Pero, no podemos obviar que la difusión por Internet aporta una diferencia fundamental frente a la difusión por otras redes de comunicación, y es que los conflictos que pueden plantearse en muchas ocasiones van más allá de nuestras fronteras. Esto ha originado dos grandes corrientes de pensamiento en torno a la regulación de los litigios surgidos en Internet que en mi opinión no son excluyentes. Por un lado se defiende la elaboración de una normativa consensuada que puede adoptar formas diferentes: códigos de conducta de los internautas, autorregulación de los usos y de los principios básicos adoptados por asociaciones profesionales u organizaciones internacionales; y por otro, la posibilidad de solventar los conflictos legales que plantea Internet mediante las tradicionales reglas estatales de competencia judicial internacional que determinan la posibilidad de que decisiones públicas emanadas por autoridades de un país sean efectivas en otros países (Castillo Jiménez, 2002: 21-37).

En cualquier caso y salvo supuestos muy excepcionales, existe un marco común básico entre la mayoría de los países, y especialmente en el seno de la Unión Europea, pues toda la normativa española que regula los aspectos que aquí estamos tratando cumplen con las previsiones de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual¹² y la Directiva de servicios de la sociedad de la información¹³, entre otras que pueden estar también relacionadas¹⁴, por lo que no hay grandes diferencias regulatorias.

Pero esta no es la única diferencia que afecte al control de los contenidos audiovisuales emitidos por Internet. Como ya hemos dicho aparece un nuevo sujeto que indirectamente se suma al proceso comunicativo: el prestador de servicios de intermediación (buscadores...) situándose, en ocasiones, como intermediarios entre el emisor y el receptor del mensaje y quedando su actividad sujeta en España a la LSSI, tal y como dijimos anteriormente.

11. Véase el art. 3 LGCA de la Ley donde se especifica cuando se considera que un prestador de servicios de la sociedad de la información se encuentra establecido en España.
12. Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).
13. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.
14. Por ejemplo: Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Todo ello supone que en la práctica existan varios órganos u organismos que controlan y supervisan la actividad audiovisual a través de Internet según se trate de un conflicto entre el derecho a la libertad de comunicación y sus límites, que deberá realizarse con especial respeto al ejercicio de estos derechos fundamentales, o entre una actividad indirectamente vinculada pero que difícilmente podemos definir como el ejercicio del derecho a la libertad expresión o información.

Así, la función de control y supervisión del correcto ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información recae en la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia en la que se refunden las funciones que la LGCA otorgaba al extinto Consejo Estatal de Medios Audiovisuales en cuanto autoridad audiovisual.

Junto a ella, se sitúan otros organismos administrativos con potestad sancionadora que pueden intervenir en la emisión de contenidos audiovisuales a través de Internet dentro del margen de las funciones atribuidas por las leyes. Concretamente, y en lo que aquí nos afecta, la AEPDA con competencias específicas vinculadas a la actividad de los prestadores de servicios de intermediación; y la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), que supervisa la emisión de contenidos audiovisuales por parte de los prestadores de la sociedad de la información salvaguardando los derechos de autor.

1. LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO Y LA COMPETENCIA COMO ÓRGANO COMPETENTE DE LA SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y EL CORRECTO EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

Originalmente la LGCA previó la creación de un organismo independiente el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) que asumía a nivel estatal las competencias de supervisión y control de los contenidos audiovisuales, entre ellos los supuestos de difusión por Internet cuando nos encontremos en el ámbito de aplicación de la Ley.

Posteriormente, la Ley 3/2012, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (LCNMC) derogó todo el capítulo V de la LGCA dedicado a la creación del CEMA. Su estructura y funciones han sido desarrolladas por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, que otorga las funciones de supervisión y control del correcto funcionamiento del sector audiovisual a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual como órgano interno de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC).

De acuerdo a las previsiones de su Estatuto Orgánico aprobado por el citado Real Decreto, la CNMC es un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la Disposición Adicional 10 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaria de Estado de Economía y de Apoyo a la Empresa.

Sin embargo, tras la derogación del capítulo V de la LGCA, junto a este organismo independiente, que es quien tiene las funciones específicas de supervisión y control, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ejerce importantes competencias que le otorgan el reconocimiento como autoridad audiovisual: a) recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual; b) llevar el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual; c) decidir sobre cualquier cuestión que afecte al ejercicio de los títulos habilitantes; entre otras.

2. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO ÓRGANO COMPETENTE POR CONFLICTOS ENTRE USUARIOS Y PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

Tal y como hemos referido anteriormente, la actividad de los prestadores de servicios de intermediación está sujeta a la LSSI, quedando exentos de responsabilidad por los contenidos a los redireccionan siempre y cuando el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite no actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos. De este modo, podemos afirmar que en la actividad de los prestadores de servicios de intermediación no se vincula con el ejercicio del derecho a la información o la libertad de expresión. Sin embargo, como también vimos la importancia de la actividad de estos prestadores es fundamental para localizar la información, siendo necesario para ello utilizar ficheros de datos que permite indexar las páginas. La AEPD como órgano independiente encargado de velar por la protección de los datos de carácter personal, especialmente en relación con los derechos de oposición y cancelación de los datos se encarga de la supervisión y control de la actividad. Así, la propia LSSI en su título VII, al igual que la Ley General de Telecomunicaciones en su título VIII, atribuyen competencias sancionadoras a la AEPD.

La AEPD se crea por la LOPD, que en su título VI la define como ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones

públicas en el ejercicio de sus funciones; desarrolladas por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, donde se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, así como el procedimiento para la tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que se iniciará siempre a instancia del afectado. Supletoriamente se regula por Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (disposición adicional 10.^a).

3. LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO ÓRGANO SUPERVISOR PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) fue creada por una modificación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, posteriormente modificada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (Suovirón Morenilla, 2014: 89-108).

La CPI se configura como órgano colegiado del Ministerio de Cultura para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, siendo competente, según la Ley de Propiedad Intelectual¹⁵, para adoptar las medidas oportunas que interrumpen la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere los derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos, siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar daño patrimonial. La decisión de la Comisión es recurrible directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, según lo dispuesto en la disposición adicional 4.^a de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En este supuesto, la actividad de supervisión se realiza sobre los servicios de la sociedad de la información, es decir por la actividad de los llamados prestadores de la sociedad de la información sujetos a la LSSI, y no por prestadores de los servicios de comunicación audiovisual sujetos a la LGCA, lo cual supone un matiz importante.

En este caso es mucho más discutible que el ejercicio de la actividad administrativa de control pueda afectar a derechos fundamentales, a diferencia de los supuestos anteriores, pues a pesar de que en ocasiones los prestadores de los servicios de la sociedad de la información ejercen

15. Art. 158 ter de la Ley de Propiedad Intelectual.

el derecho a la comunicación, principalmente el derecho a la libertad de expresión, la actividad concreta que se supervisa y sanciona por parte la Comisión de Propiedad Intelectual es algo totalmente diferente: la difusión sin consentimiento y con ánimo de lucro de contenidos protegidos por derechos de autor. Al margen de otras posibles críticas que puedan hacerse a la Comisión, y que no cabe analizar aquí, no se puede defender que en este caso el prestador de servicios de la sociedad de la información está protegido por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (pues no es emisor de un mensaje de ideas, opiniones... propias), ni tampoco por el ejercicio del derecho a la información (pues tampoco ha elaborado ningún mensaje de hechos).

IV. CONCLUSIONES

1. Internet no es un medio de comunicación en sentido genérico sino que hay que atender a cada supuesto concreto. Ni todo lo que se hace en Internet supone el ejercicio de la libertad de expresión ni del derecho a la información.
2. Los contenidos emitidos a través de Internet como medio de comunicación están limitados por el ejercicio de otros derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución, al igual que si se tratara de un medio convencional.
3. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en tanto que sujeto emisor que ejerce el derecho a la libre comunicación debe cumplir con lo dispuesto en la Constitución y en la LGCA, quedando su actividad supervisada en España por la CNMC, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir sus decisiones por vía judicial.
4. Al tratar la emisión de contenidos audiovisuales a través de Internet descubrimos diferentes sujetos, así junto a los prestadores de servicios de comunicación se encuentran los prestadores de servicios de intermediación (buscadores). Su actividad no supone el ejercicio del derecho a la libre comunicación, siendo meros intermediarios exentos de responsabilidad sobre el contenido al que dirigen y sujetos a la LSSI. Su actividad puede ser supervisada por la AEPD y la CPI en aquello que sea de su competencia, sin perjuicio del control por vía judicial.
5. Igualmente los prestadores de servicios de la sociedad de la información que sin ser prestadores de servicios de comunicación audiovisual tienen su propio espacio web, blog... y que pueden estar protegidos por el derecho a libre comunicación si se dan los elementos

propios definitorios del mismo (difusión de mensaje de opiniones e ideas o de hechos veraces de interés general) serán supervisados y en su caso sancionados por la AEPDA y la CPI en aquello que sea de su competencia, sin perjuicio del control por vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (2004), «Medios de comunicación social y democracia en 25 años de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71, pp. 162 a 166.
- BOIX PALOP, Andrés (2015a), «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el "derecho al olvido" y las libertades informativas tras la Sentencia Google», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n.º 38.
- (2015b), «Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales» expuesta en el Seminario «Sicherheit in Freiheit», desarrollado en la Universidad de Constanza (Universität Konstanz) del 16 al 19 de junio de 2015. Publicado en <http://www.academia.edu/>.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CARRERAS SERRA, Luis (2004), «Los contenidos de la programación audiovisual en el Derecho comunitario», en GOMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 492-502.
- CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta, «La sociedad de la información y los derechos fundamentales. Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico», *Derecho y conocimiento*, vol. 2, pp. 21-37.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. (2012), «Buscadores de Internet y protección de datos: la cuestión prejudicial de la Audiencia Nacional sobre Google», *La Ley*, Año XXXIII, n.º 7870, de 31 de mayo.
- DURÁN RUIZ, Francisco (2014), «Autodeterminación informativa y derecho al olvido en la Unión Europea. Particularidades respecto de los menores», *Icono 14*, n.º 12, Actas del VII Simposio las Sociedades ante el Reto Digital.
- GARCÍA SANZ, Rosa María (2011), «Redes sociales on line: fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados», *UNED, Revista de Derecho Público*, n.º 81, pp. 130-131.
- LÓPEZ GARCÍA, Mabel (2014), «Derecho a la información y derecho al olvido en Internet», *Noticias Unión Europea*, n.º 17, pp. 41-50, julio 2014.
- (2012), *La oferta de contenidos audiovisuales: servicio público, libre competencia y derecho a la información*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters-Civitas.
- (2011), «Internet ¿Medio de comunicación audiovisual?», *Telos 89 Redes Sociales y Democracia*, pp. 34-43.
- ORZA LINARES, Ramón M. (2011), «El derecho al anonimato en Internet», *Telos 89 Redes Sociales y Democracia*, pp. 24-32.
- SIMÓN CASTELLANO, Peré, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- SÁNCHEZ ABRIL, Patricia y PIZARRO MORENO, Eugenio, «La intimidad europea frente a la privacidad americana», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1/2014, enero 2014, Barcelona.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2014), «Decisión administrativa y garantía judicial en la salvaguarda de la propiedad intelectual en los servicios de la Sociedad de la Información y el audiovisual: su incidencia en la posición de la Administración Pública», en SOUVIRÓN MORENILLA, José María (coord.) *Retos actuales del audiovisual*, Universidad de Málaga/Debates, pp. 89-108.
- (2011), «Regulación del audiovisual y reguladores independientes: la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual», en CUÉTARA MARTINES, Juan Miguel; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis y VILLAR ROJAS, Francisco J. (coord.), *Derecho y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, pp. 1624-1626.
- VELÁZQUEZ BUENDÍA, Roberto (2005), «Fricción entre libertad de información y derecho a la propia imagen. Una revisión jurisprudencial de los límites», *Revista Jurídica del Deporte y el entretenimiento*, Aranzadi, n.º 14, pp. 483-489.