

SOBRE EL DRET ADMINISTRATIU DE LA INFORMACIÓ

Javier Barnes*

*La gran obra que s'ha d'emprendre
en el nostre temps no és El capital,
sinó La informació.¹*

Sumari

I. La «societat de la informació» i el dret administratiu

1. Sobre la societat de la informació
2. La perspectiva científica del dret administratiu
3. Recapitulació

II. Sobre les bases conceptuals i l'ordenació del dret administratiu de la informació

1. El dret administratiu de la societat de la informació com el conjunt de normes que regulen les noves tecnologies
2. La comprensió científica del dret administratiu de la informació
3. Conclusió

III. Elements, materials i perspectives

1. Las clàusules de l'Estat de dret, el principi democràtic i els drets fonamentals. La Constitució de la informació i de la comunicació
2. Sobre la regulació de les noves tecnologies
3. La governança en la societat de la informació. La governança d'Internet
4. Models de comunicació entre l'Estat i la societat. L'hàbitat del dret administratiu de la informació

* Javier Barnes, catedràtic de dret administratiu de la Universitat d'Huelva. Departament de Dret Públic, Facultat de Dret, Campus del Carmen, Universitat d'Huelva, 21071 Huelva, javier.barnes@telefonica.net.
Article rebut el 4.07.2007.

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

I. La «societat de la informació» i el dret administratiu

És que potser es podria parlar d'un «dret administratiu de la informació i de la comunicació» com a dret administratiu característic *de* la societat de la informació? Quines serien en aquest cas les seves propietats?

Per explorar aquesta qüestió, si més no per tal d'aventurar-ne alguna hipòtesi raonable, cal determinar amb caràcter preliminar què entenem per aquesta classe de societat.

La primera consideració que s'ha de fer es refereix, doncs, a la idea de «societat de la informació» (1). La segona, a la naturalesa mateixa d'aquesta reflexió i, en darrera instància, a la funció del cultivador del dret administratiu (2).

1. Sobre la societat de la informació

a) La societat de la informació i del coneixement i l'economia global

La «societat de la informació» no és un concepte jurídic, com tampoc no ho és la «societat industrial». La seva anàlisi connecta tot seguit amb altres ciències. D'ordinari s'utilitza en sentit descriptiu com a sinònim d'«era de la informació». Sense cap pretensió d'introduir-nos en el ric debat de les ciències socials i polítiques, n'hi pot haver prou, per al nostre limitat propòsit, amb notar provisionalment que representa una forma d'economia i un tipus de societat postindustrial en què el protagonisme de la producció i de la distribució de béns es desplaça cap a l'obtenció, el processament i la distribució d'informació. La informació i el coneixement s'incorporen en tots els processos materials de producció i distribució.

La posició central de la informació no és nova, tanmateix. En la societat i l'economia industrials, com en la societat de la informació, el coneixement i el processament de la informació constitueixen elements fonamentals per al creixement econòmic, com ho acredita l'exemple de la indústria química basada en la ciència.² El que distingeix la revolució tecnològica actual no és el caràcter central del coneixement i de la informació, sinó l'aplicació d'aquests coneixements i informació a aparells de generació de coneixement i processament de la informació i la comunicació, en un cercle de retroalimentació acumulatiu entre la innovació i els seus usos. Les noves tecnologies de la informació no són només eines per aplicar, sinó processos per desenvolupar.³ M. Castells sosté que allò específic i singular de l'«economia» denominada «informacional» rau en els canvis produïts pel nou paradigma tecnològic, com a conseqüència de la *convergència* de tecnologies (microelectrònica, informàtica, telecomunicacions, enginyeria genètica i biotecnologia, etc.) capaces de crear una interfície entre els diferents camps mitjançant un llenguatge digital comú en el qual la informació es genera, s'emmagatzema, es recobra, es processa i reutilitza, es transmet.⁴ I al capdavant aquesta especificitat consisteix,

² Cfr. M. Castells, *La era de la información*, vol. 1 *La sociedad red*, Alianza Editorial; aquí s'utilitza la segona edició, Madrid, 2000, pàg. 1.

³ M. Castells, ob. cit. pàg. 62.

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

La primera característica del nou paradigma de la tecnologia de la informació consisteix en el fet que la informació és la seva matèria primera: són tecnologies per actuar sobre la informació, no només informació per actuar sobre la tecnologia, com en les revolucions tecnològiques prèvies (pàg. 103).

El segon tret —i això és essencial, hi afegim nosaltres, per al dret— resideix en la capacitat de penetració dels efectes de les noves tecnologies: com que la informació és una part que acompanya tota activitat humana, tots els processos de la nostra existència individual i col·lectiva estan modelats directament pel nou paradigma tecnològic (ibídem).

La seva qualitat més decisiva es localitza en el seu caràcter integrador de tecnologies específiques, en la seva morfologia complexa de xarxa i en la interconnexió de tots els sistemes (pàg. 109 i 104 i seg.).

segons el parer de l'autor esmentat, en el fet que la generalització de la producció i la gestió basada en el coneixement a tot l'àmbit dels processos econòmics a escala global requerirà tot un conjunt de transformacions socials, culturals i institucionals de llarg abast. Els senyals d'identitat cultural i institucional de tot el sistema social s'hauran d'incloure en l'aplicació i la difusió del nou paradigma tecnològic, de la mateixa manera que l'economia industrial no es va sustentar exclusivament en l'ús de noves fonts d'energia per a la fabricació, sinó en l'aparició d'una nova divisió social i tècnica del treball. El que ha canviat, en suma, no és el tipus d'activitats en què participa la humanitat (agricultura, indústria, serveis), sinó la seva capacitat tecnològica d'utilitzar com una força productiva directa la informació dins una economia globalitzada.⁵

Una cosa anàloga succeeix amb l'Estat i l'Administració pública: la informació i la comunicació entre l'Estat i la societat han estat sempre un element essencial. El que cal indagar és quin ha de ser el model de comunicació del nostre temps.⁶

b) La societat de la informació, part d'un projecte polític

La societat de la informació, així concebuda, no es redueix ni circumscriu a un paradigma tecnològic. No és sinònim de noves tecnologies de la informació i del coneixement. Ni és fruit tampoc d'ella mateixa, és a dir, el resultat inexorable d'una simple evolució tecnològica, pretesament dissociada de la societat, de l'economia i de la política. Al contrari, la societat de la informació neix interrelacionada indissolublement amb el projecte polític que recorre el món occidental. Cal pensar, en efecte, en l'estreta relació que guarda amb altres caracteritzacions conegudes de la societat actual (com ara societat xarxa, societat del risc, etc.) o moviments o tendències com les següents:

- L'*economia global*, entesa com una economia els components nuclears de la qual tenen la capacitat institucional, organitzativa i tecnològica de funcionar com una unitat en temps real o en temps establert a escala planetària.⁷ Una globalització que s'ha constituït políticament per l'acció de força estats i de certes organitzacions internacionals (FMI, OMC, BM, etc.) i no només com a conseqüència del mercat, de la reestructuració de les empreses i de les noves tecnologies de la informació.⁸
- La *desregulació* de l'activitat econòmica interna (mercats financers, etc.).
- La *liberalització* del comerç i la inversió internacional.
- La *privatització* de rellevants activitats econòmiques (telecomunicacions, energia, correus, etc.).
- La col·laboració entre el sector privat i l'Administració.

Les noves tecnologies de la informació i del coneixement han contribuït a l'expansió d'aquests moviments, alhora que s'han adaptat a les seves necessitats. Les noves tecnologies no haurien pogut desenvolupar per elles mateixes aquesta globalització, si no és amb la interconnexió d'aquesta amb les polítiques de desregulació, privatització i liberalització del comerç i la inversió. Dit d'una altra manera, es tracta d'una societat de la informació que va lligada a un conglomerat de moviments i tendències. I a les seves múltiples conseqüències i efectes.

⁵ M. Castells, ob. cit., pàg. 134-136. L'economia global inclou els mercats financers, el comerç internacional, la producció transnacional, la ciència i la tecnologia, el treball especialitzat (pàg. 137).

⁶ Vegeu més avall III.4.

⁷ M. Castells, ob. cit., pàg. 137; 136 i seg., etc.

⁸ *Ibídem*, pàg. 184, 174, 172.

La profunda interdependència d'aquests i altres factors permet advertir que la locució «societat de la informació», com a fórmula expressiva que sintetitza els colossals canvis socials i econòmics —i, sens dubte, legislatius— que s'inicien en la dècada dels setanta, no és sinó una abreviatura o simplificació, legítima per descomptat, encara que, per simbòlica, al·lusiva a una part del tot.

La societat de la informació podria conèixer hipotèticament diverses fases, amb el decurs del temps, en la seva interrelació amb la resta d'elements de canvi. I, en aquest cas, els historiadors podrien establir la seva periodificació, com ha succeït amb l'economia i la societat industrials. El que no es pot esperar, però, és que aquesta evolució de les tecnologies de la informació i del coneixement es pugui concebre aïlladament, si no és inserida en un model d'economia i de societat, com ha passat igualment amb la impremta i la màquina de vapor. Es podrien succeir, doncs, diferents períodes o tipus de «societat de la informació», però només seran la imatge o el reflex d'un projecte polític, de la convergència i la interacció de diverses forces transformadores econòmiques, socials, etc.

La manera com s'organitzi el treball, l'empresa o l'Administració pública no és el *resultat directe* de la tecnologia disponible, sinó d'un conjunt de moviments i, en definitiva, del model que vulguem donar-nos. Com tampoc no ho és l'organització del govern electrònic, de l'accés a la informació administrativa o de la protecció de dades en l'àmbit públic.

En conseqüència, la societat de la informació tampoc no es pot resoldre per al dret administratiu en un simple paradigma tecnològic, per més que se'n puguin derivar o induir efectes multiplicadors sobre la cultura i la manera de concebre's a si mateixa l'Administració. És molt més que això. O, més ben dit, tot això requereix un model, un concepte d'Administració i, per consegüent, una idea de dret administratiu.

c) Cap a una comprensió àmplia del «dret administratiu de la informació»

Així les coses, si admetem que la societat de la informació representa molt més que una societat dotada de les noves tecnologies de la informació, no sembla que el «dret administratiu de la informació i de la comunicació» (d'ara endavant, abreujadament, «de la informació»), com a dret característic d'aquesta societat, es pugui reduir o identificar amb un sector especial o una política pública o, si es prefereix, amb el dret de les noves tecnologies en l'àmbit de l'Administració pública.

Tanmateix, el legislador i l'Administració pública incorren sovint en un cert —i natural— reduccionisme conceptual quan qualifiquen de «societat de la informació» les polítiques que impulsen pel seu «contacte» amb les noves tecnologies, en sintonia amb la noció vulgar que sembla sostenir-se de la societat de la informació.

Les polítiques públiques relatives a la implantació de la societat de la informació (comerç electrònic, signatura electrònica, etc.) o les referents a l'Administració electrònica utilitzen esbiaixadament l'expressió per fer referència ja sigui a l'accés o difusió de les noves tecnologies de la informació i del coneixement en les relacions econòmiques, o bé a la simple incorporació d'aquelles en el treball quotidià de l'Administració, o bé a les relacions electròniques Administració-ciutadà i a la prestació de serveis administratius en xarxa. A aquesta simplificació —que pren la part pel tot—, s'hi afegeix, com en un segon esglaó, un segon biaix: el que porta causa de l'aproximació, necessàriament fragmentada, de les polítiques relatives a la «societat de la informació en versió reduïda» de resultes del complex repartiment de competències en l'escenari intern, supranacional i internacional. Les polítiques públiques que emprengui en aquesta matèria un ens local, la Comunitat Autònoma o una instància equivalent funcional a aquest efecte, els òrgans centrals de l'Estat, les autoritats comunitàries i tantes institucions internacionals s'acaben entenent, al seu torn, com a «societat de la informació». Aquesta pèrdua de perspectiva i la dissolució dels contorns que això comporta podria resultar —i això ho diem col·lateralment— perniciososa en el pla polític, particularment pel que ara interessa, a escala europea, en la mesura que pugui induir a l'error els

actors interns a l'hora d'identificar «societat de la informació» amb les activitats promogudes per les autoritats comunitàries, sobretot amb les que exerceix la Direcció General de Societat de la Informació i Mitjans de Comunicació de la Comissió Europea, obviant que les competències comunitàries són certament limitades i es contrauen substancialment al món que gira al voltant de la lliure prestació de serveis de la societat de la informació, és a dir, en la justa proporció en què l'Estat en conjunt es limiti a secundar les directrius emanades de la Unió Europea oblidant altres dimensions més riques que correspon desenvolupar a l'Estat.

El «dret administratiu de la informació», en coherència amb el que s'ha dit, podrà ser una fórmula que es reservi per designar aquell dret administratiu que vagi paral·lel a la societat de la informació, com a societat postindustrial associada a una economia globalitzada, amb els seus respectius fonaments i efectes.

De la mateixa manera que es podria parlar d'un primer dret administratiu —el propi de l'Estat liberal de dret del segle XIX— i d'un dret administratiu de l'Estat social de dret, generat al llarg del segle XX, cada un amb el seu instrumental i institucions característics («laissez-faire» vs intervencionisme), també podríem parlar, i amb més raó si ens atenim a les conseqüències d'aquest nou estadi, d'un «dret administratiu de la informació». En aquesta evolució, simplificada conscientment, cada fase ulterior absorbeix i modula el que l'anterior ha establert. Així, una mateixa eina ha pogut adquirir un color i sentit diferents en una i altra època, en funció del paper atribuït en cada cas a l'Estat i al dret administratiu.

Per exemple, en l'esquema (teòricament) abstencionista del segle XIX, en què l'Administració fa un paper limitat i negatiu, el procediment administratiu s'utilitzarà per maximitzar la protecció de l'individu davant la ingerència o la intervenció i adopta en conseqüència el model del procés judicial (drets de defensa, contradicció).⁹ El segle XX, el procediment incorpora una dimensió funcional amb la finalitat que l'Administració pugui intervenir de manera activa en la societat, incrementar la legitimitat de les seves decisions com a conseqüència de la participació i fixar els programes i les polítiques públiques; per a això s'inspira en el model de producció normativa.¹⁰ En el nostre temps, el procediment busca no només racionalitzar l'exercici del poder, sinó l'obtenció i el processament d'informació. El procediment es pretén convertir en un sistema d'intercanvi d'informació entre l'Administració, el ciutadà i el món econòmic (model de comunicació);¹¹ s'utilitza com a instrument per regular l'autoregulació i assegurar que el poder privat satisfaci l'interès general associat a l'activitat econòmica privatitzada (procediment privat); o es transvasen els seus esquemes de control i transparència a moltes institucions i xarxes reguladores que operen en l'espai administratiu internacional («dret administratiu global».¹²

En altres paraules, la primera hipòtesi es pot formular així: es pot sostenir una noció àmplia de dret administratiu de la informació o, el que és el mateix, d'un dret administratiu de la societat de la informació, en un doble sentit. Primer, per sostreure'ns de la concepció més simple que equipara el dret administratiu de la informació amb la implantació de les noves tecnologies en l'àmbit administratiu; i, segon i no menys transcendent, per emfatitzar l'entorn en què es desenvolupen el coneixement, la informació i la comunicació (economia global, societat del risc, etc.) i els seus efectes o conseqüències (nous mètodes regulatoris i formes d'Administració, etc.), això és, per destacar la «manera de ser» d'aquesta informació. Des d'aquest plantejament, és rebutjable la idea que l'ordenació juridicoadministrativa de la informació constituiria un simple

⁹ Per exemple, els primers procediments de reclamacions economicoadministratives, com ho acrediten la Llei de 31 de desembre de 1881, de bases, i el seu Reglament, de la mateixa data.

¹⁰ Per exemple, els procediments d'elaboració del planejament urbanístic.

¹¹ Així, es pot veure per exemple el procediment d'elaboració de l'informe d'avaluació estratègica ambiental.

¹² Per justificar aquest exemple, em remeto al meu treball «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», a J. Barnés (editor), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

sector de la part especial, així com la hipòtesi més subtil que la informació i la comunicació, fins i tot si s'erigeixen en els eixos del sistema, es podrien concebre de manera dissociada o aïllada d'aquest hàbitat.¹³

Per tant, mantenim una mateixa hipòtesi a dos nivells: *a)* que la informació representa la columna que recorre i vertebrava transversalment el cos, l'element capaç de fermentar una nova sistemàtica del dret administratiu; i *b)* que el fenomen de la informació s'ha d'abordar dins del context en què ha nascut, és a dir, dins l'esquema d'un «model de comunicació» de l'Estat i l'Administració contemporanis.

2. La perspectiva científica del dret administratiu

És obvi que la funció del jurista excedeix força la glossa o el comentari de les lleis (d'accés a la informació, de protecció de dades, de prestació de serveis en xarxa, etc.) o la jurisprudència recaiguda (sobre la llibertat d'expressió en el si d'Internet, el dret a la informació i a la intimitat, per exemple). La seva tasca més genuïna consisteix en la investigació, és a dir, en l'estudi, l'anàlisi i la construcció sistemàtics de les institucions, l'observació atenta de l'estat de les coses i la reflexió sobre l'evolució de futur..., amb l'ajuda dels coneixements provinents d'altres ciències auxiliars.¹⁴

Amb aquesta intenció, a partir de les dades normatives i jurisprudencials, es fa necessari revisar les institucions, categories i principis clàssics per identificar els ajusts, els canvis, les ampliacions o les rehabilitacions que, de resultes dels profunds canvis legislatius en el panorama comparat i internacional, calgui emprendre. És igualment obligat analitzar altres tècniques, incorporar-hi nous models, atendre fenòmens que, encara que coneguts, presenten avui dia un relleu més acusat. L'estudi del sistema passa inexcusablement per la reconstrucció de la constel·lació que abans integraven les diferents institucions clàssiques, de l'òrbita gravitatòria que descrivien, en definitiva, per una anàlisi del nou pes específic adquirit i de les noves relacions que aquestes institucions traven entre si com a conseqüència de la reordenació de les peces, velles i noves, que componen el conjunt.

3. Recapitulació

a) La societat de la informació com a expressió de la societat i l'economia contemporànies

¹³ En certa manera, en contra, R. Pitschas, «Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung», a W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert (editors), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, pàg. 219 i seg. És el primer autor que, en la literatura alemanya, fa ús de l'expressió «dret administratiu de la informació» a l'article esmentat. En aquest sentit, més restringit que el que aquí se suggereix, ha estat secundat per la doctrina d'aquell país. Vegeu en espanyol el seu treball «El derecho administrativo de la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico», a l'obra col·lectiva *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, cit. (nota 12), pàg. 205 i seg.

¹⁴ Vegeu E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», a l'obra col·lectiva cit. (nota 12), pàg. 24 i seg. Sobre el mètode apropiat per incorporar coneixements d'altres ciències, amb caràcter general, vegeu, del mateix autor, el segon capítol de l'obra citada. Fora d'això, com a exemple paradigmàtic de la utilització de «ciències auxiliars», en aquest cas de coneixements derivats de les tecnologies de la informació, es pot veure la coneguda obra de L. Lessig *Code and other laws of cyberspace*, Nova York, NY Basic Books, 1999, que, encara que divulgativa, resulta eloqüent als efectes que aquí interessen.

Per a un tractament específic de les «ciències auxiliars» del dret administratiu de la informació, vegeu T. Vestling, «Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme», a Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, pàg. 282 i seg.
Revista catalana de dret públic, núm. 35, 2007

L'evolució cap a un sistema de comunicació Estat-ciudadà més obert, interactiu i fluid constitueix un procés i un projecte del nostre temps que, en rigor, està per sobre de les noves tecnologies de la informació i del coneixement, encara que, sens dubte, es vegi enfortit i facilitat per aquestes. En la societat contemporània, la informació i la comunicació es converteixen, ja sigui en el món corporal del paper o en el món incorporal dels *bits* i els *bytes*, en l'eix de les relacions entre l'Administració i el ciudadà. La primera dada que mereix retenir-se i no difuminar-se rau en el fet que la societat de la informació contemporània manté una relació de dependència i interacció amb altres fenòmens polítics, econòmics i socials, com s'ha notat. L'uropeïtzació i la globalització del dret administratiu o, vist des d'una altra perspectiva, el col·lapse de la distinció clàssica entre el pla intern i el global, d'una banda, o la permeabilitat entre el públic i el privat, entre l'esfera de responsabilitats administratives i ciutadanes, d'una altra, semblen formar part de l'hàbitat en què creix i es desenvolupa la societat de la informació del nostre temps.

b) L'emergència d'un dret administratiu de la informació

En suma, l'interrogant de partida es podria respondre en termes afirmatius. Si aquesta nova societat i economia que, en termes sintètics, hem anomenat «de la informació» presenta trets singulars com s'admet comunament, es pot esperar, sens dubte, que el dret administratiu acabi per registrar aquests canvis. És possible parlar d'un dret administratiu de la informació sempre que entenguem que amb la identificació d'un dels símbols més significatius del nostre temps —la informació— pretenem fer referència al «modern dret administratiu» que emergeix a finals del segle XX com a conseqüència de la interacció de factors econòmics, polítics, socials, ambientals i tecnològics d'una transcendència enorme.

És més, i per dir-ho d'una manera gràfica: si el Codi civil és a la societat i l'economia agràries el que el Codi de comerç representa per a la industrial, el dret administratiu de la informació (que és dret públic i dret privat, ja que l'Administració se serveix d'ambdós)¹⁵ es podrà convertir en el sistema jurídic més simbòlic de la nova era. Certament, els historiadors i el futur podran impugnar aquest paral·lelisme, però la imatge il·lustra vigorosament sobre el significat del dret administratiu el segle XXI.

En un altre ordre de consideracions, es podria parlar per justa convenció d'un «dret públic de la informació». Amb això es pot al·ludir a coses diverses. En primer terme i amb un propòsit pedagògic o de divisió del treball docent, pot tenir ple sentit delimitar l'ordenació jurídica de la informació (o d'algunes de les seves parts, com ara Internet) sota el perfil del dret públic. En segon lloc, ja en el pla de la investigació científica i de la construcció d'un sistema, pot resultar igualment útil la visió de conjunt que ofereix l'agrupament de les diferents disciplines que l'integren, per comprendre millor la seva interacció profunda¹⁶ i fomentar l'inexcusable diàleg científic. Ara bé, això no pot significar, al nostre judici, que es dissolguin en un únic sistema, és a dir, que la informació sigui susceptible per ella mateixa de generar una nova disciplina jurídica, amb els seus propis principis, objecte i mètode. Per la seva banda, el dret constitucional «de la informació i de la comunicació» o, si es prefereix, la «Constitució de la informació», com s'esdevé amb la «Constitució econòmica», no representa un sistema científic propi i diferent del tronc comú, una disciplina científica diversa. Identificar els elements del subsistema (economia; informació i comunicació; etc.) aporta perspectiva i coherència mentre permet extreure totes les virtualitats del conjunt. Però la «matèria» no té força

¹⁵ Vegeu *infra* notes 27 i 28.

¹⁶ D'entrada, a aquesta perspectiva li interessaria el conjunt de normes juridicopúbliques relatives a la informació i a la comunicació de tots els poders públics, d'aquests entre si i amb el ciudadà.

transformadora per dotar-lo d'autonomia científica.¹⁷ El dret administratiu, d'altra banda, manté la seva distància relativa i la seva autonomia respecte del dret constitucional, com després hi haurà ocasió d'insistir-hi. Una qüestió diferent és que, com aquí se suggereix, tenint en compte la major flexibilitat del sistema científic del dret administratiu, la informació (amb les adherències del seu entorn) es converteixi en fil conductor per a la seva reelaboració futura.

II. Sobre les bases conceptuals i l'ordenació del dret administratiu de la informació

Fins i tot sense oblidar, com ha quedat dit, la relació inescindible que la societat de la informació manté amb el seu entorn natural, és oportú, si més no a efectes metodològics, fer abstracció aquí d'aquest entorn, en una dissecció ideal, i aïllar el nucli dur del sistema del dret administratiu basat en la informació, en la comunicació i en el coneixement.¹⁸ L'exploració dels diferents enfocaments només té ara com a finalitat deixar anotada la necessitat d'emprendre la sistematització de l'activitat informativa.

Aquí caben, sens dubte, múltiples aproximacions i anàlisis. L'estructura bàsica i l'ordenació dels elements arquitecturals del dret administratiu de la informació depenen, en última instància, no només del criteri de classificació que es pugui fer servir, sinó també del concepte ampli o estret que es pugui sostenir de la societat de la informació.

1. El dret administratiu de la societat de la informació com el conjunt de normes que regulen les noves tecnologies

Així, i començant per aquest darrer extrem, si es postula una concepció reduccionista de la societat de la informació com a sinònim de noves tecnologies —una posició que, com s'ha anotat, resulta rebutjable per més d'un concepte—, el dret administratiu de la informació serà, senzillament, el dret de les noves tecnologies en l'àmbit administratiu. En essència, li interessaran les relacions electròniques de les administracions entre si i d'aquestes amb el ciutadà i altres problemes associats (programari, accés, protecció, signatura, notificació, seguretat, etc.); tant si es tracta de relacions formalitzades en el marc de procediments per a la presa de decisions (unilaterals i contractuals), amb les lògiques adaptacions pròpies del mitjà, com si són relacions informals (d'obtenció o intercanvi d'informació), o bé si es tracta, en fi, de prestació de serveis en xarxa (obtenció de documents administratius, declaracions tributàries, etc.). Aquesta és la perspectiva que solen adoptar —sens dubte, amb tota legitimitat— les primeres normes d'implantació de les noves tecnologies en l'esfera externa de l'Administració pública. Qüestió diferent és que el jurista s'hagi d'elevant més enllà d'aquestes previsions concretes per posar-les en el context que cal i situar-les en el mapa més ampli de la societat de la informació.

La Llei espanyola 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, resulta il·lustrativa d'aquesta visió estreta de la societat de la informació (i de les conseqüències negatives que deriven de la falta de reflexió sobre el que les noves tecnologies impliquen per al model d'Administració). En l'exposició de motius d'aquesta Llei, abans denominada d'«accés electrònic dels ciutadans a les administracions públiques» —i encara abans, com a avantprojecte, de

¹⁷ La «informació» i la «comunicació» no constitueixen magnituds abstractes i dissociades de l'acció de l'Estat i de l'Administració pública. És l'«Estat que informa», una «Administració en comunicació amb el ciutadà», un instrument de direcció, una cosa que acompanya i dona forma a les diferents tècniques i activitats, a l'organització estatal, etc. Però l'una i l'altra no viuen per si mateixes.

¹⁸ Sobre aquest «entorn», en rigor elements connaturals en el moment present, hi haurem de tornar (*cf.* III.4).
Revista catalana de dret públic, núm. 35, 2007

«Llei d'Administració electrònica»—, llueix amb claredat meridiana que la societat de la informació que l'Administració ha de procurar als ciutadans no és cap altra que la del paradigma tecnològic que aquesta representa, és a dir, el conjunt de tecnologies disponibles.¹⁹

El tema objecte de regulació és en rigor el procediment administratiu i el règim jurídic de l'Administració en el pla digital. I així es podria haver anomenat. És el «negatiu electrònic», podríem dir, de la Llei 30/1992. És una Llei que corre paral·lela a la del procediment administratiu «en paper». L'estructura interna del text (drets i deures procedimentals, règim jurídic de l'Administració i gestió dels procediments) i la invocació dels títols competencials (disposició final primera) així ho acrediten.

Ara bé, la Llei manca d'un concepte propi o innovador de procediment i, en conseqüència, d'un model d'Administració moderna (administracions en xarxa, noves formes de treball en comú, etc.) o de governança (coordinació interadministrativa interna i més enllà de les fronteres, col·laboració públic-privat, etc.).²⁰ En aquest sentit, s'assembla més a una «lleï de mesures» per a la informatització o digitalització de les relacions procedimentals que a una norma amb un projecte substantiu i amb una noció de procediment com han pogut suportar les lleï de procediment «de paper», on es contenen la teoria general de l'acte administratiu i dels vicis; la teoria o sistema de l'organització; l'aposta per un procediment com a instrument auxiliar al servei de la millor aplicació de la legalitat material o per un procediment que servís també com a instrument de direcció política per trobar la solució més adequada (com succeeix en el cas del planejament territorial, en l'avaluació estratègica ambiental, etc.); la selecció d'alguns procediments tipus (d'elaboració de normes reglamentàries en les seves diverses espècies, de prestació d'activitats materials), etc. Així les coses, atesa la falta de substància (a la qual no ha de ser aliena la successió de títols de la Llei), resulta qüestionable la seva mateixa autonomia normativa i la seva convivència en paral·lel amb la Llei 30/1992 o de «procediment en paper» (per exemple, el dret a comunicar-se electrònicament, eix del projecte i via per impulsar indirectament l'equipament adequat per part de l'Administració, bé es podria haver inclòs en un art. «35 bis» de la Llei esmentada, etc.).

Es podria afirmar, doncs, que es tracta d'una norma que pretén la transformació del paper en «bits» i «bytes», mitjançant la «canalització», això sí, electrònica. No comporta cap innovació del concepte tradicional de procediment, tal com, cal notar-ho, la societat de la informació demana paradoxalment.²¹ Des d'aquest plantejament, en fi, no es qüestiona de cap manera si l'escenari de l'«Administració electrònica», al costat d'altres moviments i revolucions, exigeix, més que una simple addició de normes, una integració, és a dir, la construcció d'una nova comprensió o teoria general del procediment que cristal·litzi en la legislació de procediment.²²

Suposa, des d'un altre angle, una transposició gairebé mimètica, poc meditada, de la cultura de la impremta, en la qual han crescut l'acte, el procediment, l'organització o el mode de treball, etc., a la cultura o entorn digital. És en aquest sentit una lleï aferrada excessivament a la idea de l'«Administració en paper» (ni tan sols no extreu les conseqüències que la mateixa tecnologia proporciona per concebre el registre com a base de dades accessible; o les potencialitats que la «informació pública», per expressar-ho en la fórmula coneguda encara que pobre en termes digitals, conté per fer un salt qualitatiu des del punt de vista d'un nou model de comunicació Administració-ciutadà). Un dels reptes de la teoria del procediment en la societat actual consisteix en la transferència i l'adaptació de determinats valors i principis (transparència, control, etc.) als procediments privats. Res d'això no ha estat advertit, però, per la Llei, que no solament no estén les seves previsions als sectors privatitzats (energia, telecomunicacions, etc.), sinó que, sorprenentment, exclou la seva aplicació a les mateïxes administracions públiques quan se sotmeten al dret privat (art. 2.2).

¹⁹ Cfr. núm. I, II, III i IV.

²⁰ La referència, en el terreny dels principis, a la cooperació se circumscriu als aspectes tècnics o d'infraestructura de la comunicació (per exemple, art. 4.e del Projecte de Llei o el mateïx títol quart, titulat «Cooperació entre administracions per a l'impuls de l'Administració electrònica»). Res no s'estableïx sobre les formes de treball en comú.

²¹ Sobre el tema, em remeto a les consideracions més àmplies que es contenen en el meu treball «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», cit. (nota 12), pàg. 263 i seg., i 301 i seg.

²² *Ibidem*.

I es tracta, a més, pel que fa al procediment, de relacions essencialment bilaterals (Administració-ciutadà), no multilaterals (Administració-multiplicitat de ciutadans), ni entre les administracions entre si. Tampoc no diu res sobre els continguts; ni s'hi estableix una obligació general, o sectorial, de publicació electrònica. El canal es pot obrir i, tanmateix, mancar de contingut. La publicació de normes en diaris o la d'actes i resolucions en taulers podrà ser publicada — potestativament— en seu electrònica.²³

Però el que s'ha dit no significa que el text mereixi una valoració negativa, ja sigui pel que diu representar quant a la societat de la informació, o bé pel que no diu i omet (absència d'un concepte de procediment, etc.). Qüestió diferent és que no s'hagi de dir «societat de la informació» tot el que toqui el legislador en aquest terreny i que resulti superficial mimetitzar el model del procediment en paper. L'extensió de les noves tecnologies a tants àmbits de la vida pública, al marge de les afirmacions propagandístiques de l'última dècada, constitueix un pas necessari i obligat. Aquí tan sols es pretén destacar que, des d'un punt de vista científic, no representa més que una petita peça, l'obertura d'un nou suport tecnològic en les relacions amb l'Administració, en absolut equiparable al que la societat de la informació suposa i significa. No n'hi ha prou amb reformar la legislació de procediment per autoritzar la comunicació electrònica. La reflexió acadèmica no s'ha de deixar atrapar per aquest pla.

En un nivell intermedi, que transcendeix en alguna cosa aquesta dimensió plana de simple interiorització de les noves tecnologies que llueix en les normes de primera generació, se situen altres iniciatives públiques, com les relatives a l'Administració electrònica o «e-Government» promogudes per la Unió Europea i, més encara, per moltes altres institucions internacionals o estats,²⁴ i des de les quals es postula una utilització de les tecnologies de la informació i la comunicació en el si de les administracions públiques associada a certes reformes de l'organització administrativa i de la manera de treballar per assolir una millor prestació dels serveis públics i una participació ciutadana més intensa i la col·laboració del sector privat en les polítiques públiques; així com la inclusió de totes les capes de la població i de tots els territoris, etc. Es tracta, però, d'accions, programes o propostes que no esgoten ni defineixen, com és natural, les bases conceptuals del dret administratiu de la informació, encara que tanquen, això sí, un debat important sobre l'Administració que ens volem donar en la nova societat i economia de la informació.

2. La comprensió científica del dret administratiu de la informació

La troballa i la construcció de les bases conceptuals del dret administratiu de la informació és obra preferent de la doctrina, a partir, no cal dir-ho, de les dades normatives i jurisprudencials i del diàleg científic metodològicament apropiat amb les ciències auxiliars, en el camp de la teoria de la ciència i de la informació.²⁵ Cal situar-se en un esglaió superior.

Des d'aquesta perspectiva, que incorpora una tercera dimensió, també són múltiples els intents que es poden assajar per entendre el seu contingut. No es tracta, però, d'un problema cognoscitiu o d'ordenació d'un conjunt només a l'efecte de la seva comprensió, sinó d'identificar-ne l'estructura interna, les bases que aportin llum i sentit als diferents elements, de construir en definitiva un sistema coherent sobre les claus i les premisses

²³ Són més ambiciosos altres referents propers en l'espai i en el temps, com el «Codice dell'amministrazione digitale» italià, aprovat pel Decret legislatiu de 7 de març de 2005, núm. 82.

²⁴ N'hi ha prou amb la remissió, dins del sistema de les Nacions Unides, a l'UNPAN (United Nations Online Network in Public Administration and Finance) i les seves divisions i programes, en particular UN Public Administration Programme (Global Forum on Reinventing Government) o els estudis i informes sobre «e-Government» (vegeu <http://www.unpan.org/egovernment.asp>).

²⁵ Vegeu la nota núm. 14.

jurídiques adequades, amb l'objectiu, cal notar-ho bé, d'extreure la màxima virtualitat dels valors i els principis que han de presidir aquesta disciplina jurídica. A més, atès el canvi vertiginós del paradigma tecnològic i de l'economia global, qualsevol aproximació s'haurà de sotmetre a una revisió constant.²⁶

A tall d'exemple, es podrien esbossar d'entrada tres esquemes o «models»:

a) El primer i més simple es resoldria en concebre el dret administratiu de la informació com un sector més del dret administratiu especial, en el qual s'inclourien les normes relatives a les noves tecnologies dins l'àmbit de l'Administració pública; l'ordenació jurídica de les telecomunicacions; el règim juridicopúblic d'Internet; les activitats administratives d'acreditació; les funcions de l'Administració en relació amb el comerç electrònic; l'ordenació jurídica de la ciència; etc. Les deficiències d'aquesta aproximació salten a la vista: situa artificialment en un sol camp o sector un conjunt molt heterogeni d'activitats, potestats i tècniques, en què l'únic punt en comú rauria en la seva relació pròxima amb les tecnologies de la informació i del coneixement. Com que és excessivament descriptiva i «aïllacionista», dificulta la inducció cap a categories més elevades (autoregulació regulada, servei universal, governança, llibertats informatives...) i infravalora els efectes de llarg abast que la societat de la informació és susceptible d'irradiar sobre tot el sistema del dret administratiu. És un model d'«exclusió» i, a més, ingenu, com ho hauria estat qualsevol intent de categorització d'instruments jurídics variats exclusivament en funció del seu «contacte» o proximitat amb la tecnologia de la impremta.

b) L'enfocament contrari —d'inclusió— consistiria a bolcar sobre el motlle tradicional en què s'estructura el sistema del dret administratiu nacional (o supranacional) els elements característics de l'ordenació de la informació. Així, per exemple, en l'estudi del procediment administratiu s'abordaria el procediment electrònic; en la contractació, la subhasta electrònica; en l'anàlisi del servei públic «a la francesa», el servei universal o servei públic d'origen nord-americà; en l'organització administrativa piramidal clàssica, la inclusió d'altres fórmules organitzatives en xarxa i de treball en comú; en la coordinació i la cooperació administratives, es reflexionaria sobre la col·laboració de caràcter informatiu entre totes les administracions; etc., i on només alguns «elements», com l'ordenació de les telecomunicacions, de la ciència, del sector audiovisual, etc., quedarien compresos com a sectors especials.

La debilitat d'aquest model d'integració rau en el seu mateix punt de partida: en la conservació del motlle clàssic de la disciplina i la renúncia consegüent a introduir-hi noves categories i una nova sistemàtica com sembla demanar la confluència de la societat de la informació amb altres fenòmens, com ja notàvem.

Aquest model de mera juxtaposició, encara que permet l'addició de molts elements de l'ordenació jurídica de la informació en l'esquema clàssic, no solament deixa fora de la consideració del sistema, com s'ha dit, aquests altres fenòmens que amaguen una estreta relació amb la informació o les institucions que fins ara han pogut ser marginals dins de la disciplina, sinó que a més resulta incapaç de donar compte de la relació de proporcionalitat que les noves categories mantenen en la realitat amb les clàssiques: si l'Administració en xarxa representa una modalitat menor i excepcional, com un mer apèndix, o constitueix, al contrari, el model de normalitat; si la col·laboració de caràcter informatiu és una manifestació simplement de la coordinació i

²⁶ Per exemple, les tendències tecnològiques emergents, com ara la migració cap a xarxes de molt alta velocitat, tecnologies sense fil omnipresents, web 2.0, la Internet dels objectes, grids, noves arquitectures de xarxes, serveis basats en Internet, interfícies d'usuari, continguts creats pels usuaris i xarxes socials en línia, etc., així com moltes altres aplicacions de la nanotecnologia o de la identificació per radiofreqüència (RFIT), plantegen nous reptes i necessitats a les relacions entre l'Administració i el ciutadà. La tècnica revoluciona, el dret evoluciona. La qüestió fonamental —per al nostre propòsit— no és, però, si aquesta evolució requereix una nova norma, sinó un canvi de concepte.

cooperació o la seva expressió més substantiva; quin és l'impacte i el significat reals del model negociat i de col·laboració públic-privat davant del regulador en determinats sectors; etc.

c) Un tercer esquema, de major elaboració i fertilitat, descansaria en els drets fonamentals relacionats amb la informació, amb tot el que això comporta. Des d'aquesta perspectiva, les bases del sistema se situarien en les llibertats informatives (d'informar i a ser informat; llibertat d'expressió) i en la protecció de la intimitat i de les dades personals. Aquestes premisses constitucionals esdevindrien els pilars capaços de polaritzar al seu voltant vastes extensions del dret administratiu de la informació. Aquesta aproximació es defensa per si mateixa i es troba, com a mínim latent, en nombrosos estudis, reformes legislatives i jurisprudències a escala nacional, regional i global. Posseeix la virtualitat evident d'emfatitzar que el ciutadà i les seves llibertats informatives s'erigeixen en el centre del sistema de la societat de la informació i del coneixement i la raó de ser última de tantes polítiques instrumentals, com les relatives a les telecomunicacions, la defensa de la competència, l'Administració electrònica, l'accés a la informació administrativa, etc. Ha de ser completada, però, per altres béns i drets constitucionals: la igualtat de tothom en l'accés als béns de la informació i del coneixement i a les noves tecnologies que els serveixen de suport (art. 9.2 i 14 en relació amb l'art. 20 CE); la propietat privada (drets d'autor al món digital) i la seva frontera amb el «domini públic» o gaudi col·lectiu dels béns de la informació; també, la llibertat d'associació i reunió (comunitats virtuals a Internet, reunions a través de la xarxa, etc.); llibertat d'empresa (lliure comerç electrònic); etc. En conjunt i pel que fa al dret administratiu, l'ancoratge en els drets fonamentals permet fonamentar amb més profunditat la dimensió individual i subjectiva que ha de presidir l'ordenació de la informació.

La constitucionalització del dret administratiu de la informació és, sens dubte, un element obligat del sistema. A més, recorda la necessitat de traslladar al dret privat els valors que aquests drets encarnen, davant d'un escenari de privatització i desregulació, el qual és l'origen de força ingerències o insuficiències prestacionals, no del poder públic, sinó dels agents privats. Al cap i a la fi, el dret administratiu és dret públic i, en una mesura gens menyspreable, dret privat.²⁷ El dret administratiu del segle XXI ha de racionalitzar una nova relació i repartiment entre el poder públic i el sector (i poder) privat.²⁸

Aquesta aproximació, en fi, no proporciona sinó el marc a tall de premissa, d'altra banda enriquit per força referents bàsics del dret europeu, del Conveni²⁹ i de la Unió,³⁰ i de tantes institucions internacionals,³¹ ja

²⁷ Cfr. E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo», cit. (nota 12), pàg. 32.

²⁸ Vegeu Aman, Alfred C., «Administrative Law for a New Century», a M. Taggart (ed.), *Province of Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pàg. 90 i seg., 98 i seg., 105, 117.

²⁹ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, de 28 de gener de 1981, amb la seva esmena de 1999 i el Protocol adicional de 2001; Declaration on Freedom of Communication on the Internet, de 28 de maig de 2003; etc.

³⁰ Deixant al marge les normes relatives a l'Administració comunitària (per exemple, art. 255, 285 o 286 del TCE), el dret derivat ha multiplicat els seus impulsos (medi ambient, protecció de dades, liberalització del tràfic de dades, etc.). L'estructura associativa que per al treball en comú conformen les administracions de l'espai europeu és abans que res una estructura de caràcter i contingut informatiu. A aquest efecte, es destaca la importància de garantir la qualitat i la fiabilitat de la informació. Vegeu en aquest sentit E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2a edició, Berlín-Heidelberg, 2004, pàg. 280.

³¹ Per exemple, «International Programme for the Development of Communication» (IPDC), de la UNESCO, que té per objecte promoure la llibertat i el pluralisme dels mitjans als països en desenvolupament i en transició; el document «Electronic Commerce Taxation Framework Conditions», de l'OCDE, de 8 d'octubre de 1998, pel qual els països de l'OCDE es comprometen a actuar de comú acord en la matèria; la «Geneva Ministerial Declaration on Global Electronic Commerce» de l'Organització Mundial del Comerç, de 1998; etc.

que —siguin o no sempre reconduïbles de manera immediata i directa cap a aquests drets— constitueixen elements donats que han de ser incorporats al sistema.

Cal, però, estructurar —i concretar— altres elements que no es resolen sense més ni més, ni de manera unívoca, amb aquestes bases constitucionals.³² El dret administratiu com a disciplina jurídica de la informació i de la comunicació ha de començar per l'estudi de la informació i la comunicació considerades en si mateixes a fi de discernir l'impacte que aquestes produeixen en la seva pròpia sistemàtica, en la línia del que s'ha apuntat en les pàgines precedents. Les infraestructures de la comunicació; el tractament de la informació relativa a les persones; les relacions de caràcter informatiu entre l'Administració i el ciutadà, i de les administracions entre elles, assenyaladament en l'espai europeu; o l'Administració electrònica, constitueixen passos obligats de l'anàlisi. Tanmateix, com després s'hi insistirà, el dret administratiu de la informació no es pot sostreure de l'estudi dels factors que determinen el model actual de comunicació.

Dit d'una altra manera: aquest enfocament, encara que irrenunciable i ple de virtualitats, no constitueix sinó el primer estadi. Aquests en són els pilars, però l'edifici ha de ser aixecat.

La Constitució representa la base (limita, imposa i impregna), però no resol per ella mateixa els problemes clàssics d'organització i de presa de decisions de l'Administració pública, ni el flux d'informació subjacent en aquests processos. Aquesta reconstrucció correspon al dret administratiu, com s'apunta tot seguit.

3. Conclusió

En realitat, la sistematització més profunda, en coherència amb la hipòtesi plantejada —el dret administratiu de la informació com a columna que recorre transversalment la disciplina— passa per una sàvia conjugació d'allò positiu que cada perspectiva ofereix: els fonaments constitucionals com a nutrient bàsic; la instal·lació de la informació, de la comunicació i del coneixement a l'interior de cada una de les institucions del dret administratiu; l'elaboració de noves categories; la identificació de les noves relacions recíproques que, de resultes d'aquestes operacions, mantinguin entre si les diferents institucions, amb la consegüent reordenació de la part general.

Però això no vol dir que la reflexió sobre els desafiaments actuals del dret administratiu es pugui circumscriure a una tasca simplement de sistematització —i reconstrucció— dels seus dogmes, per rellevant que això sigui. En moments de canvi profund, l'estudi sistemàtic de les normes positives i la comprensió científica («dogmàtica») que se'n pugui derivar requereixen, a més, una certa obertura i col·laboració amb altres ciències. Davant una ciència dogmàtica, dedicada exclusivament a la interpretació de textos jurídics i a l'estudi de les institucions legals, es podria oposar, per dir-ho en termes molt simples, una ciència del dret administratiu més interdisciplinària.³³

El futur revelarà la conveniència, la forma i la intensitat amb què s'hagin de revisar els fonaments del dret administratiu, com a conseqüència dels canvis que la informació i la comunicació poden demanar. La construcció d'un dret administratiu de la informació no consisteix en la simple addició de nous continguts;

³² Per exemple, la síntesi dialèctica entre la «protecció de dades» i l'«accés a la informació». Quins han de ser els termes d'aquest equilibri, la proporció concreta entre ambdós elements, és una cosa que s'haurà de remetre, en cada moment i cada lloc, a un conjunt complex de regles o principis *generals* i de criteris *específics* de caràcter sectorial. D'això s'ha d'ocupar el dret administratiu. *Cfr.* «Prólogo» a l'obra d'E. Guichot *Datos personales y Administración pública*, Thomson-Civitas, 2005, pàg. 15.

³³ Vegeu les notes 14 i 25.

sembla que exigeix una transformació immanent.³⁴ El dret administratiu del futur serà un dret administratiu de la informació.³⁵ Al cap i a la fi, la informació, la comunicació i el coneixement es troben a la base de qualsevol mena d'actuació administrativa (i privada), qualsevol que en sigui (acte, contracte, norma, pla, actuacions materials, actuacions consensuades, mecanismes d'autoregulació regulada, prestació de serveis públics, etc.). Totes aquestes tècniques pressuposen i requereixen informació per ser eficaces.³⁶

La manera com es construeixi la comunicació entre el ciutadà i l'Administració; com s'organitzi aquesta comunicació internament per a la millor obtenció, processament i ús de la informació; com es reguli la col·laboració amb el sector privat o es protegeixin les dades personals als diferents escenaris i sectors, és una cosa que importa i incumbeix el sistema científic del dret administratiu. I, més concretament, de quina manera s'interioritzarà al cor de les institucions clàssiques la informació i la comunicació de les administracions entre si i d'aquestes amb el ciutadà³⁷ o com s'actualitzaran o perfilaran noves figures i tècniques.³⁸

La societat de la informació no es pot implantar sense la mediació d'un dret administratiu renovat que faci realitat els drets constitucionals implicats (el dret a ser informat, a la protecció de la intimitat i de les dades personals, etc.); que estableixi nous mecanismes de responsabilitat extracontractual i de control; que garanteixi les infraestructures de la comunicació i l'accés de tothom als béns de la cultura, de la ciència i de la informació; etc. S'ha d'estructurar tot el seu instrumental (procediments, organització, mètodes de regulació basats en la informació, etc.) per assegurar-ne la plena efectivitat.

Un Estat i una Administració que informen, en el context de la societat de la informació i del coneixement, de l'economia globalitzada i de la societat del risc, no representen sens dubte un fenomen secundari. Des de la part especial del dret administratiu (medi ambient, economia, investigació científica i tècnica, etc.) salten a la vista els efectes multiplicadors de la informació i el coneixement quant a la direcció de cada una de les polítiques públiques i a l'elecció dels instruments i les tècniques al seu servei.³⁹ No és que la

³⁴ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), pàg. 284. També en la primera edició espanyola (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP - Marcial Pons, Madrid, 2001, pàg. 293).

³⁵ Cfr. T. Vestling, «Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft – Verkehrsregeln und Verkehrsströme», cit. (nota 14), pàg. 253 (284); en sentit anàleg, M. Albers, «Information als neue Dimension im Recht», a *Rechtstheorie*, 2002, pàg. 61 i seg. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), pàg. 279.

³⁶ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), pàg. 278; també a *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit. (nota 34), pàg. 288.

³⁷ Per exemple, l'acte administratiu com a declaració d'informació o de coneixement; el procediment com a mecanisme d'intercanvi d'informació entre l'Administració i el ciutadà; l'organització administrativa entesa com a sistema de generació i processament d'informació; les fórmules de consens i col·laboració públic-privat basades en la comunicació; la configuració del planejament territorial com a «imatge en moviment», i no tant com una «foto fixa», adaptable amb flexibilitat a les noves circumstàncies advertides per mitjà de controls adequats (és a dir, d'una informació precisa sobre els efectes negatius o indesitjats sobrevinguts); etc.

³⁸ Per exemple, l'anàlisi de la creixent activitat administrativa no formalitzada; de les noves competències administratives d'acreditació, seguretat i control, de garantia d'una informació de qualitat; la sistematització de la comunicació administrativa de caràcter no vinculant; l'estudi de les renovades perspectives de la vinculació i programació de l'Administració a través d'altres estructures o mètodes de direcció, com l'organització i el procediment; nous models de regulació basats en el consens i la col·laboració, en la informació; etc. Sobre aquests i altres supòsits, *vid.* E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo», cit. (nota 12), *in totum*.

³⁹ Encara que en un sentit i context diferent, convé recordar les paraules 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., Nova York, Free Press, pàg. XXVII). Des d'aquest esquema, Deutsch destaca, d'una banda, que l'executiu i l'Administració han de complir noves funcions en la mesura que tenen a les seves mans el major magatzem de dades públiques; i d'una altra, que han de ser conscients que les causes dels fracassos de la polítiques públiques poden obeir a una informació inadequada o incorrecta: «*the overvaluation of the near over the far, the familiar over the new, the past over the present, and the present over the future*» (ibídem).

«*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*»
 Revista catalana de dret públic, núm. 35, 2007

informació i la comunicació hagin de tenir un lloc dins la teoria general del dret administratiu, és que són «part general».

III. Elements, materials i perspectives

És prematur avançar el mapa del que podrà ser el dret administratiu de la informació. Més enllà dels enfocaments que es puguin assajar, en la línia del que ha quedat anotat, potser es poden afegir finalment alguns elements o perspectives, a tall de materials per a la reflexió. En l'espai limitat d'aquestes pàgines, n'hi hagi prou de recordar algunes breus consideracions entorn de quatre punts seleccionats.

1. Les clàusules de l'Estat de dret, el principi democràtic i els drets fonamentals. La Constitució de la informació i de la comunicació

Entre els elements constitucionals que serveixen de base i fonament del dret administratiu s'han de destacar els següents: *a)* els principis democràtic i d'Estat de dret; *b)* la informació i la comunicació com a objectius i fins essencials de l'Estat (procura d'informació; remoció d'obstacles perquè l'accés a la informació en condicions d'igualtat sigui real i efectiu; establiment de les infraestructures i d'un marc jurídic de comunicació en llibertat; etc.); *c)* els drets i les llibertats en la seva dimensió informativa, als quals s'ha fet referència anteriorment; *d)* les competències de l'Administració de la informació i del coneixement; *e)* els serveis públics en l'àmbit de l'Administració.⁴⁰

Els referents estructurals no s'esgoten en l'àmbit intern, encara menys dins una societat globalitzada. D'entrada, en el nostre àmbit regional (dret de la Unió i del Conveni) el sistema de govern en diferents nivells, que caracteritza Europa, remet a una mena d'entrellaçament de les constitucions nacionals i europea i de les seves respectives fonts del dret.⁴¹ A la interacció i col·laboració de les administracions de l'espai europeu els segueix un entrellaçament de constitucions.⁴² En aquest context, els sistemes de dret administratiu, nacional i europeu, conformen tendencialment una mena de xarxa que té com a objecte facilitar la «infraestructura jurídica» per la qual puguin circular la informació i la comunicació administratives. A escala internacional i global, els referents estructurals, en tant que mínim denominador comú, es poden presentar més difusos. En

policy alternatives available to administrators; and this change in particular is the essence of political "modernization" within Western industrial societies» (ibídem).

⁴⁰ La nostra Constitució no s'ha actualitzat, per exemple, per consagrar el servei universal en l'àmbit de les telecomunicacions o de correus, com han fet d'altres, encara que, això sí, ofereix una estructura molt més moderna i capaç que les nostres constitucions tradicionals de referència. Construccions com la jurisprudencial alemanya entorn de l'«autodeterminació informativa», més enllà del seu simbolisme, potser no calen en el nostre cas.

⁴¹ El caràcter vocacionalment relacional del dret estatal i del dret de la Unió Europea adquireix notes singulars quan es projecta sobre les respectives *constitucions*, les nacionals i la de la Unió, ja que a aquestes s'ha de confiar la *direcció* o l'*impuls* positius d'aquest flux o relació, així com la definició dels límits recíprocs. Les relacions tradicionals entre la Unió Europea i els estats membres es comencen a concebre com una qüestió de relació entre constitucions. I encara que sigui cert que les constitucions no van ser pensades per entendre's les unes amb les altres, ara tenen plantejat el repte de la convivència, no solament entre elles, sinó amb l'europea. Sobre el tema, vegeu P. Cruz, «Constitución nacional y Constitución europea», a la seva obra *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pàg. 148, 134 i seg.

⁴² Vid. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), pàg. 393.

L'«espai constitucional europeu», base de l'espai administratiu europeu, no se circumscriu a la garantia de la primacia i les supremacies, sinó que, en un sentit positiu i integrador, tendeix a aclarir disfuncions i a establir punts de trobada.

aquest pla s'assisteix a un procés complex de direcció que canvia i interacciona contínuament —la governança—, el qual afecta els elements més rellevants (Internet, telecomunicacions, *e-government*, etc.).

La clàusula de l'Estat de dret i el principi democràtic constitueixen les premisses que s'hauran de projectar sobre l'«activitat administrativa de la informació» a escala nacional, regional i global, en primer terme pel seu impacte sobre els drets fonamentals. El mur defensiu que aquests aixequen s'ha d'estendre a la informació que emmagatzema, processa, utilitza i emet l'Administració, a fi de conjurar els perills que se'n puguin derivar per a la llibertat individual, mitjançant el recurs a les tècniques clàssiques (límits davant l'activitat limitadora).⁴³ Amb tot, les singularitats i els efectes potencials que la informació pot representar en el marc de les noves tecnologies per a la posició jurídica del ciutadà obliguen o bé a enfortir algunes d'aquestes tècniques, o bé a establir nous mecanismes de control. L'examen de la legitimitat del fi i el test de proporcionalitat (dels mitjans); l'estricta observança de l'exercici de les potestats administratives als fins que les justifiquen; la transparència i el control de l'Administració mitjançant una opinió pública ben informada; l'establiment de prohibicions específiques sobre l'ús de la informació en alguns sectors i nous drets de cancel·lació; la creació d'organitzacions públiques, privades i mixtes; la introducció de noves regles de procediment; l'extensió de la reserva de llei a nous àmbits, etc., són alguns dels elements susceptibles d'un major desenvolupament i adaptació.⁴⁴

En realitat, el pas de la cultura de la impremta a la cultura digital i la seva convergència amb els moviments, les revolucions i les tendències a què s'ha fet al·lusió haurà de generar transformacions profundes en el dret públic. Pel que fa als drets i les llibertats, caldrà tornar a elaborar-ne força continguts, límits, ponderacions, vessants o dimensions.

En aquest context, convé recordar el principi més bàsic del sistema. Per expressar-ho en els nostres termes: el dret de tothom a accedir als béns de la cultura, la ciència, el coneixement i la informació en condicions d'igualtat real i efectiva, i a les tecnologies que els serveixen de suport, i que podríem simbolitzar en els art. 9.2, 14 i 20, entre d'altres, de la Constitució de 1978. Aquesta espècie de supraprincipi que posa en connexió tot un conjunt de drets i principis fonamentals serveix per expressar, entre d'altres coses, no solament l'obligada acció positiva dels poders públics i la funció negativa o de límit davant l'activitat limitadora, sinó, cal notar-ho bé, que els drets i les llibertats —i les condicions reals i efectives per al seu exercici— resulten avui inescindibles de les noves tecnologies de la informació i de la comunicació, en la mesura que visquin i es desenvolupin a través seu. Són múltiples les conseqüències i les directrius que se'n podrien derivar per al sistema. Des de la fixació de la quantia de les taxes radioelèctriques que l'Administració exigeix a les

⁴³ A l'efecte il·lustratiu es podrien classificar com segueix. Com a pressupòsit, s'ha d'analitzar si la intervenció pública cau dins de l'àmbit materialment protegit pel dret de què es tracti i, si s'escau, si incideix en el contingut garantit constitucionalment.

En segon lloc, si la intervenció pública supera els controls que podríem anomenar *externs* (per aliens, en rigor, al contingut del dret): en particular, si respecta la reserva de llei per regular el seu exercici (reserva de llei general *ex* art. 53.1 CE, en el nostre cas, i les específiques que s'hagin pogut establir respecte de cada dret); si la finalitat de la ingerència resulta legítima en si mateixa i no és arbitrària; si la intervenció és proporcionada en relació amb la finalitat (art. 1.1 CE); si no vulnera el principi d'igualtat davant la llei (art. 14 CE); si és respectuosa amb el principi de seguretat jurídica (art. 9.3 CE); si s'han seguit les normes de procediment establertes pel que fa al cas.

S'ha d'indagar si la intervenció pública sobre el domini aprova el *test* més important, l'intern, que mira al contingut mateix del dret: si la llei delimitadora no desborda el contingut essencial; i, en cas contrari, si ha previst la indemnització corresponent; i, qualsevol que sigui la forma de privació, material o formal, si el preu just constitueix un equivalent econòmic per mantenir l'equilibri adequat entre el perjudici produït i l'interès general. En relació amb aquest tema i per a la seva exemplificació respecte del dret de propietat, es pot veure el meu treball sobre la propietat a la Constitució espanyola de 1978, dins l'obra col·lectiva coordinada per mi *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1996.

⁴⁴ En sentit anàleg, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), pàg. 281; també en *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit. (nota 34), pàg. 291.

operadores —i que aquestes acaben repercutint inevitablement a l'«usuari» de la telefonia mòbil (cal llegir ciutadà de la societat de la informació)—, fins a les iniciatives de digitalització de la informació pública, tot ha de ser enjudiciat a la llum d'aquest principi vertebrador.⁴⁵

El vessant participatiu i prestacional dels drets i les llibertats constitucionals exigeix, d'altra banda, potenciar el dret d'accés a la informació (administrativa), en tots els seus tipus i àmbits, no només en el si del procediment. El que faci el poder públic —en particular, l'executiu i la seva Administració— amb la informació de què disposa és, sens dubte, una les qüestions cabdals del nostre temps.⁴⁶ L'accés a la informació administrativa representa el principi general.⁴⁷

2. Sobre la regulació de les noves tecnologies

En termes molt simples, es pot dir que la direcció i la regulació de les noves tecnologies —simbòlicament, Internet— es porta a terme a través de mitjans tècnics i jurídics. El maquinari i el programari determinen la manera de ser de la xarxa; el seu funcionament i la seva fisiologia; el que succeeix amb la informació (imatge, text o so); el grau de protecció de les dades personals; la integritat i l'autenticitat del missatge; l'equilibri concret entre la llibertat d'expressió, la protecció de la intimitat i l'anonimat; la propietat intel·lectual i l'ús innocu i no comercial de la informació; com operen els motors de cerca; etc.⁴⁸ El codi tècnic o arquitectura de la xarxa resulta decisiu; el seu poder regulador indirecte ho abasta tot: el control d'Internet és control sobre la seva arquitectura tècnica. La naturalesa de la xarxa de les xarxes i de les tecnologies de la informació i del

⁴⁵ Per exemple, la decisió de la Llei 2/2007, de 5 de juny, sobre el *Diari Oficial* de la Generalitat de Catalunya, i l'Acord GOV/87/2007, de 19 de juny, de publicar el diari oficial en una versió exclusivament digital, sens perjudici d'altres mèrits, podria ser criticable des de la perspectiva que ofereix el referit principi constitucional. Com ja advertien els plantejaments més «clàssics» (en termes de velocitat de la societat de la informació), no n'hi ha prou amb garantir que els ciutadans tinguin accés a la infraestructura tècnica que dona entrada i suport a la informació o als serveis públics, en aquest cas al *Diari Oficial*, sinó que cal, entre d'altres coses, garantir l'alfabetització de tothom. I per això, mentre no s'assoleixin cotes elevades d'alfabetització digital, en particular de les capes, els segments i les edats més desfavorides, resulta obligat mantenir la dualitat de tecnologies, la de la impremta i la digital, encara que aquesta pugui tenir la «primacia». Altrament, no és difícil obtenir un resultat contrari al que hom vol i elevar el mur digital. No es tracta només d'un argument «formal» (tota presumpció legal s'ha d'aproximar a la realitat; i la presumpció de coneixement de les normes, els actes i les disposicions lligada a la publicitat oficial es pot allunyar d'aquesta realitat quan un percentatge significatiu no sap llegir en l'entorn digital), sinó també d'un criteri substantiu: la universalitat, la neutralitat i la igualtat pel que fa a l'accés a la informació, derivables de l'Estat social i democràtic de dret.

Encara que no es pugui parlar d'«un dret fonamental al paper», el cert és que l'obertura d'un nou canal d'informació no ha de suposar el tancament del tradicional, sinó més aviat la identificació del valor afegit que la nova tecnologia permeti, evitant qualsevol mimetització simplificadora (per exemple, la publicitat de la informació del diari oficial en la tecnologia digital no ha de ser plana: la presentació dels plans territorials es pot fer en tres dimensions i en les seves diverses fases; es pot expressar mitjançant bases de dades, portals, etc.).

Vegeu, per a un plantejament introductori, J. Barnés, «Una reflexió introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40 (2000), pàg. 25-76, i la bibliografia allà citada.

⁴⁶ Les clàusules de l'Estat democràtic i de dret constitueixen el fonament d'una cultura administrativa basada en la *informació*, com a pressupòsit de la *comunicació* entre el ciutadà i l'Administració. Això no significa que se'n puguin derivar solucions unívokes o maximalistes, sense la mediació legislativa: ni el principi democràtic exigeix una transparència incondicionada o un dret il·limitat a la informació, és a dir, una publicitat estricta o completa, ni l'Estat de dret garanteix un secret absolut. En aquest sentit, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit. (nota 30), pàg. 282 i 108.

⁴⁷ Cfr. pròleg a l'obra d'E. Guichot, ob. cit. (nota 32).

⁴⁸ Aquesta és una observació ja clàssica. N'hi ha prou amb la lectura de Mitchell, William J., *City of Bits Space, Place, and the Infobahn*, MIT Press, 1995. M. Ethan Katsh utilitza el concepte de «mons del programari», a «Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace», *University of Chicago Legal Forum*, 335 (1996); Joel R. Reidenberg, «Governing networks and rule-making in cyberspace», *Emory Law Journal*, v. 45 (estiu 1996), pàg. 911-30; L. Lessig, ob. cit. (nota 14); etc.

coneixement és mudable i canviant per definició. L'estructura oberta, lliure, descentralitzada i participativa que ha caracteritzat la «Internet 1.0» no és l'única possible.⁴⁹

Amb tot, i d'acord amb el principi del *rule of law*, el dret s'haurà de pronunciar pel model de societat que vol dissenyar en virtut del que els seus representants decideixin. Les opcions polítiques no han de quedar a les mans dels tècnics. Es necessita un diàleg que reconegui que la tecnologia crea i estableix algunes de les bases per a la política i que la política determina alguns dels requeriments per a la tecnologia. Ambdues esferes interactuen constantment i són essencialment inescindibles.

En certs casos, els aspectes tecnològics, com el disseny i l'estandardització del programari adequat, poden constituir el factor decisiu per a la resolució del problema, tal com succeeix en relació amb el control del correu no desitjat o *spam*; la seguretat de la xarxa i dels sistemes d'informació; la protecció de la infraestructura més sensible; la lluita contra el crim organitzat o la seguretat dins el ciberespai. En d'altres, al contrari, és en l'harmonització de la regulació legal o en la coordinació de les instàncies reguladores on es troba la clau per fer una anàlisi comprensiva de la qüestió, com ara quan es tracta de resoldre, entre d'altres, alguns dels problemes relatius a la jurisdicció aplicable i a la coordinació internacional; els drets dels consumidors i usuaris; el dret a la intimitat i a la protecció de dades; la llibertat d'expressió; els servidors i la responsabilitat de tercers, per exemple.⁵⁰

Sigui quina sigui la proporció que, en cada cas concret i cada nivell, es pugui donar entre l'instrumental tecnològic i les eines jurídiques, el cert és que són inseparables en la seva actuació,⁵¹ fins i tot en els supòsits en què sembla que tot es deixa a la regulació legal, al que el legislador decideixi lliurement. La interacció constant entre la tecnologia i el dret (i la política) es fa necessària igualment davant d'altres grans temes que desborden els límits d'Internet encara que constitueixin el pressupost mateix del seu disseny actual o produeixin un impacte enorme sobre la xarxa de les xarxes, com ara els fenòmens de liberalització i privatització, entre d'altres sectors, de les telecomunicacions i la consegüent competència regulada; la globalització del comerç electrònic i la signatura digital, o la redefinició de la propietat intel·lectual (en particular, dels drets d'autor) en la nova societat de la informació. En tot cas, el dret ha de conèixer el que la tecnologia permet a fi d'optar entre les diverses alternatives, tant per expressar aquestes opcions a través de les normes adequades, a la manera clàssica (regulació directa), com per servir-se de l'arquitectura tècnica o del programari que respongui millor als valors i els criteris pels quals aposta (regulació indirecta). I, pel que aquí interessa, això obliga el jurista a conèixer la naturalesa tecnològica de la societat de la informació.⁵²

⁴⁹ Internet es desenvolupa a partir d'una arquitectura informàtica oberta i de lliure accés des del començament. Els protocols centrals d'Internet TCP/IP, creats entre 1973-78, són protocols que es distribueixen gratuïtament i la seva font de codi és accessible a qualsevol tipus d'investigador o tecnòleg. *Vid.* M. Castells, *Internet y la sociedad red*, 1999.

⁵⁰ En aquest sentit, la classificació (convencional) que fa el *Background Report*, del World Group on Internet Governance (WGIG), amb el suport de les Nacions Unides, núm. 155 i seg. (<http://www.wgig.org/>), núm. 108 i seg.

⁵¹ Per comprendre aquesta asserció, sens perjudici del que es dirà després i només a tall d'exemple, es pot veure de nou el *Background Report*, cit. (nota 50), núm. 131 i seg.

⁵² Dret i tecnologia interactuen en la regulació de la xarxa. Ambdós factors —en diàleg continu— han d'encarnar els valors de les societats democràtiques, la divisió i el contrapès de poders, la garantia dels drets, l'imperi de la llei, la igualtat de tothom en l'accés als béns de la societat de la informació, la transparència i el control, entre d'altres principis. El Compromís de Tunis, en la seva integritat, no és sinó l'expressió dels valors que han de presidir la societat de la informació. Així, i simplement a tall d'exemple, en els números 2 i 3, estableix el següent:

«Refermem la nostra voluntat i el nostre compromís de construir una societat de la informació centrada en la persona, oberta a tothom i orientada al desenvolupament, d'acord amb els objectius i els principis de la Carta de les Nacions Unides, el dret internacional i el multilateralisme i respectant plenament i donant suport a la Declaració universal dels drets humans, a fi que tots els pobles del món puguin crear, consultar, utilitzar i compartir la informació i el coneixement per desenvolupar el seu potencial ple i assolir les fites i els objectius de desenvolupament acordats internacionalment, entre ells els Objectius de Desenvolupament del Mil·lenni.

»Refermem la universalitat, indivisibilitat, interdependència i interrelació de tots els drets humans i llibertats fonamentals, inclòs el dret al desenvolupament, enunciats en la Declaració de Viena. També refermem que la democràcia, el desenvolupament sostenible i el

Revista catalana de dret públic, núm. 35, 2007

A aquest efecte, la sistematització del dret administratiu ha de comprendre l'immens poder regulador de la tècnica dins un món en xarxa, per les múltiples conseqüències que això ofereix. Cal garantir l'elecció entre les diferents opcions i models tecnològics; assegurar l'assumpció dels valors constitucionals; i impulsar la innovació, quan la traducció, l'analogia o la versatilitat de les categories jurídiques clàssiques no sigui suficient.

3. La governança en la societat de la informació. La governança d'Internet

La globalització de les principals activitats econòmiques, dels mitjans de comunicació o de la criminalitat organitzada, d'un costat, i, d'un altre, el multilateralisme en matèries com la defensa, la política exterior o el medi ambient, etc., semblen debilitar la capacitat instrumental de l'Estat.⁵³

Per la seva banda, la regulació i el control nacionals dels mitjans i les xarxes de comunicació s'han vist minvats considerablement en les darreres dècades, gràcies a l'impuls de les noves tecnologies (diversificació dels modes de comunicació, enllaç de tots els mitjans en un hipertext digital, aparició del multimèdia interactiu, emissions via satèl·lit, descentralització, etc.).⁵⁴

L'Administració en xarxa —i no només l'«Estat xarxa»—⁵⁵ constitueix una resposta fonamental del dret administratiu modern als reptes de la globalització. És una reacció a la globalització alhora que la seva expressió més avançada.⁵⁶

En aquest context d'interdependència econòmica, tecnològica i de lluita contra la criminalitat,⁵⁷ les noves tecnologies faciliten la comunicació en forma de xarxa i per damunt de les fronteres nacionals. La naturalesa global de la xarxa de les xarxes desborda la sobirania nacional —la qual cosa desemboca en la necessitat d'assolir acords entre estats que permetin una distribució o un repartiment de competències i funcions, de vegades a mig camí entre la governança supranacional i l'exercici de la sobirania nacional sobre determinades «zones» o aspectes d'Internet. L'estructura o caràcter descentralitzat i obert d'Internet impedeix plantejaments unidimensionals o autosuficients i obliga a una intensa interacció i col·laboració entre el sector públic i el privat; l'Estat, la comunitat internacional i la societat civil; la comunitat acadèmica i científica. Això remet, en altres paraules, a la qüestió recurrent des del naixement de la xarxa de les xarxes: el govern i la regulació d'Internet.

La segona fase de la Cimera Mundial sobre la Societat de la Informació,⁵⁸ afavorida per les Nacions Unides,⁵⁹ ha materialitzat un procés d'internacionalització iniciat temps enrere per tal de reflexionar sobre els reptes i les oportunitats que Internet i les noves tecnologies plantegen. La Cimera ha pretès, amb els documents finals (Compromís i Programa d'Accions),⁶⁰ establir les bases d'un nou ordre o marc internacional capaç de governar un món en xarxa,⁶¹ una *societat*

respecte pels drets humans i les llibertats fonamentals, així com el bon govern a tots els nivells, són interdependents i es reforcen entre si. Estem determinats, a més, a reforçar el respecte a l'Estat de dret en els assumptes internacionals i nacionals.»

⁵³ Vegeu M. Castells, *La era de la informació. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad* (vol. 2), Alianza Editorial, 1a edició, 4a reimpressió, Madrid, 2000, pàg. 272 i seg., 290 i seg.

⁵⁴ *Ibidem*, pàg. 282 i seg.

⁵⁵ *Cfr.* M. Castells, *La era de la informació. Fin del milenio* (vol. 3), Alianza Editorial, 3a edició, 2001, pàg. 401.

⁵⁶ Sobre aquesta última consideració, vegeu M. Castells, *ibídem*, pàg. 384.

⁵⁷ Als nostres efectes, de nou n'hi ha prou amb la remissió a M. Castells, *ibídem*, pàg. 385 i seg., 386, 388 i seg.

⁵⁸ Celebrada a Tunis el 16-18 de novembre de 2005. *Cfr.* <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>.

⁵⁹ Resolució 56/183 (21 de desembre de 2001), de l'Assemblea General.

⁶⁰ *Cfr.* http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=es&id=2266|2267.

mundial de la informació.⁶² De fet, són nombroses les organitzacions internacionals que negocien en l'actualitat regles, estàndards i normes que afecten Internet, ja sigui en matèria de seguretat, infraestructura, ciutadania, pagaments, propietat o contractes.⁶³

En aquest context, la idea de governança ha adquirit un protagonisme indiscutible, en els darrers anys, quan es parla de regulació jurídica i govern d'Internet. Amb el terme «governança» no es fa referència al govern, sinó més aviat a l'acte, o a la manera o el mètode de dirigir alguna cosa. Per governança d'Internet es pot entendre, d'acord amb una definició consensuada i integradora,⁶⁴ el *procés de direcció* consistent en l'establiment i l'execució per part dels governs, el sector privat i la societat civil, des de les seves respectives esferes de responsabilitats, de principis compartits, normes, regles, procediments de presa de decisions i de programes, per tal de determinar l'evolució i l'ús d'Internet. Governança és, doncs, molt més que la gestió dels recursos essencials o de les infraestructures (sistemes de servidors, noms de domini, protocol d'Internet o IP, direccions i, més tard, per extensió, les activitats d'ICANN), com s'entenia en la dècada dels noranta, per esdevenir un concepte que compregui tots els mecanismes compartits, tant si aquests són públics o privats, que modelen la manera de ser d'Internet i la seva utilització.⁶⁵

La governança d'Internet s'estén a terrenys d'una transcendència i interès indubtables per al dret administratiu nacional, regional i global, a través d'un elevat nombre d'organitzacions internacionals: relacions Estat-societat, relacions entre particulars, jurisdicció, infraestructura, seguretat, comerç internacional, propietat i autoritat monetària.⁶⁶ El gruix de les polítiques relacionades amb Internet es decideixen a escala supraestatal. La transparència i el control, l'equilibri de poders, la protecció dels drets i les llibertats o la subsidiarietat són valors i criteris que han de presidir el procés de presa de decisions a l'esfera internacional. Aquest és un dels reptes més colossals a què s'ha d'enfrontar el dret administratiu contemporani:⁶⁷ la inserció del dret administratiu nacional en una xarxa de drets administratius nacionals, regionals (europeu) i transnacionals.

⁶¹ Sobre el tema, es pot veure Mary Rundle: *Beyond Internet Governance: the Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Research Publication No. 2005-16, Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059).

⁶² *Cfr.*, entre d'altres, núm. 38 i 39 del Compromís de Tunis.

⁶³ *Vid.* Mary Rundle, *Beyond Internet Governance: the Emerging International Framework for Governing the Networked World*, cit. (nota 61).

Se'n pot veure una descripció sense pretensions d'exhaustivitat, però prou il·lustrativa, en el *Background Report*, (nota 50), núm. 155 i seg.

⁶⁴ *Cfr.* *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance (WGIG)*, editat per William J. Drake, pàg. 254 i seg. Font: *The WGIG Book*, <http://www.wgig.org/>.

Per a més detalls, *vid.* el *Background Report*, cit. (nota 50), assenyaladament núm. 45 i seg., igualment a <http://www.wgig.org/>.

⁶⁵ *Reforming Internet Governance*, cit. (nota 64), *ibídem*. En particular, sobre la governança entesa com a procés, vegeu el *Background Report*, cit. (nota 50), núm. 39-43.

⁶⁶ Per tots, vegeu la valuosa síntesi que ofereix el projecte acadèmic «Net Dialogue» a <http://www.netdialogue.org/en>, ideat precisament per ajudar les esmentades cimedes afavorides per Nacions Unides. Sobre el seu contingut, Mary Rundle: *Beyond Internet Governance*, cit. (nota 61).

⁶⁷ El que s'anomena «dret administratiu global» constitueix una de les respostes més significatives en aquest moment (*vid.* http://www.iilj.org/global_adlaw/).

4. Models de comunicació entre l'Estat i la societat. L'hàbitat del dret administratiu de la informació

La informació i la comunicació han constituït sempre un element fonamental en la direcció de l'Estat i a l'acció de l'Administració. Des del naixement de l'Estat de dret, es pot dir que el *dret* ha estat una forma de comunicació entre l'Estat i la societat. L'Estat es comunica a través del dret. Els diferents productes normatius (lleis, reglament, plans, etc.) són formes de comunicació de la política amb la societat.⁶⁸

La posició central de la informació en el si de l'Estat i l'Administració contemporanis no és nova. En realitat, s'han succeït diferents models de comunicació entre l'esfera estatal i la social. La comunicació no és un model o paradigma «a seques», asèptic o buit de contingut; té una «manera de ser» en cada temps i cada lloc. L'intercanvi d'informació —comunicació— es pot donar, per exemple, en un entorn de col·laboració públic-privat i de recerca del consens i l'adhesió del sector o, al contrari, en el marc d'un model regulatori marcat per la idea d'autoritat i de separació entre l'Estat i la societat. En un i altre cas, el model de comunicació és diferent.⁶⁹ Aquesta convergència de coordenades polítiques, econòmiques, socials, tecnològiques o ambientals on s'inscriguin en cada cas l'Estat i l'Administració resulta decisiva. Cada model de comunicació propicia unes tècniques i n'exclou d'altres. I a la inversa. Per exemple, si la política pública i el govern del sector s'articulen sobre programacions legals detallades i de caràcter condicional, on l'Administració no té cap altra funció teòrica que la d'«executar» mecànicament allò preestablert per la norma, la comunicació entre l'Administració i el ciutadà serà de baixa intensitat i, en tot cas, d'una naturalesa molt diferent dels supòsits en què la programació legal de l'Administració és de caràcter finalista —normes obertes— i la seva articulació pràctica reclama un model de comunicació més complex i avançat, una col·laboració informativa entre el sector privat i l'Administració en diàleg real, en definitiva un model de regulació basat en el consens i l'acceptació.⁷⁰

Si és simplista reduir el «dret de la societat de la informació» al «dret de les noves tecnologies», també ho és la creença que aquestes no són capaces de presentar més que un únic model de comunicació, en una mena de determinisme en virtut del qual el tècnic s'erigiria en «constituent», com si la «naturalesa de les coses» (d'aquestes tecnologies) no fos mal·leable de cap manera. Per això mateix, el model de comunicació entre l'Administració i la societat que ha d'interioritzar, racionalitzar i establir el dret administratiu tampoc no s'infereix sense més ni més del flux d'informació disponible o en curs, sinó d'un projecte polític. És obvi que, amb la mateixa tecnologia, el model de comunicació pot divergir en cada societat, segons les directrius o els criteris que s'hi estableixin, com ho acredita el simple exemple de l'ús d'Internet en el si dels estats autoritaris davant els democràtics. Dit en positiu: la investigació entorn de l'ordenació juridicoadministrativa de la informació està associada indefectiblement al model d'Administració que es decideixi instaurar.

Al dret administratiu no li correspon estudiar i analitzar els fenòmens polítics, econòmics, socials, tecnològics o ambientals, considerats en ells mateixos (globalització de l'economia, liberalització del comerç, desregulació, societat del risc, etc.), que integren aquest entorn i que, en conseqüència, impregnen o conformen un model concret de comunicació, però sí que li incumbeix estructurar les seves conseqüències o efectes per a

⁶⁸ Vegeu R. Pitschas, «Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung», cit. (nota 13), pàg. 228.

⁶⁹ Per exemple, l'esquema de comunicació és diferent en sectors com el medi ambient, la investigació científica i tècnica, la seguretat, etc., més pròxims a un model de comunicació intersubjectiva, on l'Administració i el sector privat actuen com a socis que es necessiten mútuament.

⁷⁰ Per dir-ho d'una manera encara més simplificada a l'efecte dialèctic: l'acte administratiu de contingut informatiu encaixaria més en el primer entorn, mentre que la realització de l'informe de sostenibilitat per a l'avaluació estratègica ambiental requeriria un clima més pròxim al segon exemple.

l'Administració pública, l'emergència de nous instruments i tècniques. En tot cas, requereix l'auxili d'altres ciències. La mateixa identificació dels «nervis» de la societat i l'economia contemporànies, pel que fa a aquest limitat propòsit, fa urgent la col·laboració científica. El dret administratiu de la informació, en el sentit i a l'efecte que aquí interessin, no es pot refer sense la «comunicació» científica.

Tot això entronca amb els estudis que, des de tantes perspectives i països, s'ocupen de la innovació i la modernització del dret administratiu, en paral·lel a les transcendents reformes legislatives i canvis dels escenaris tradicionals.