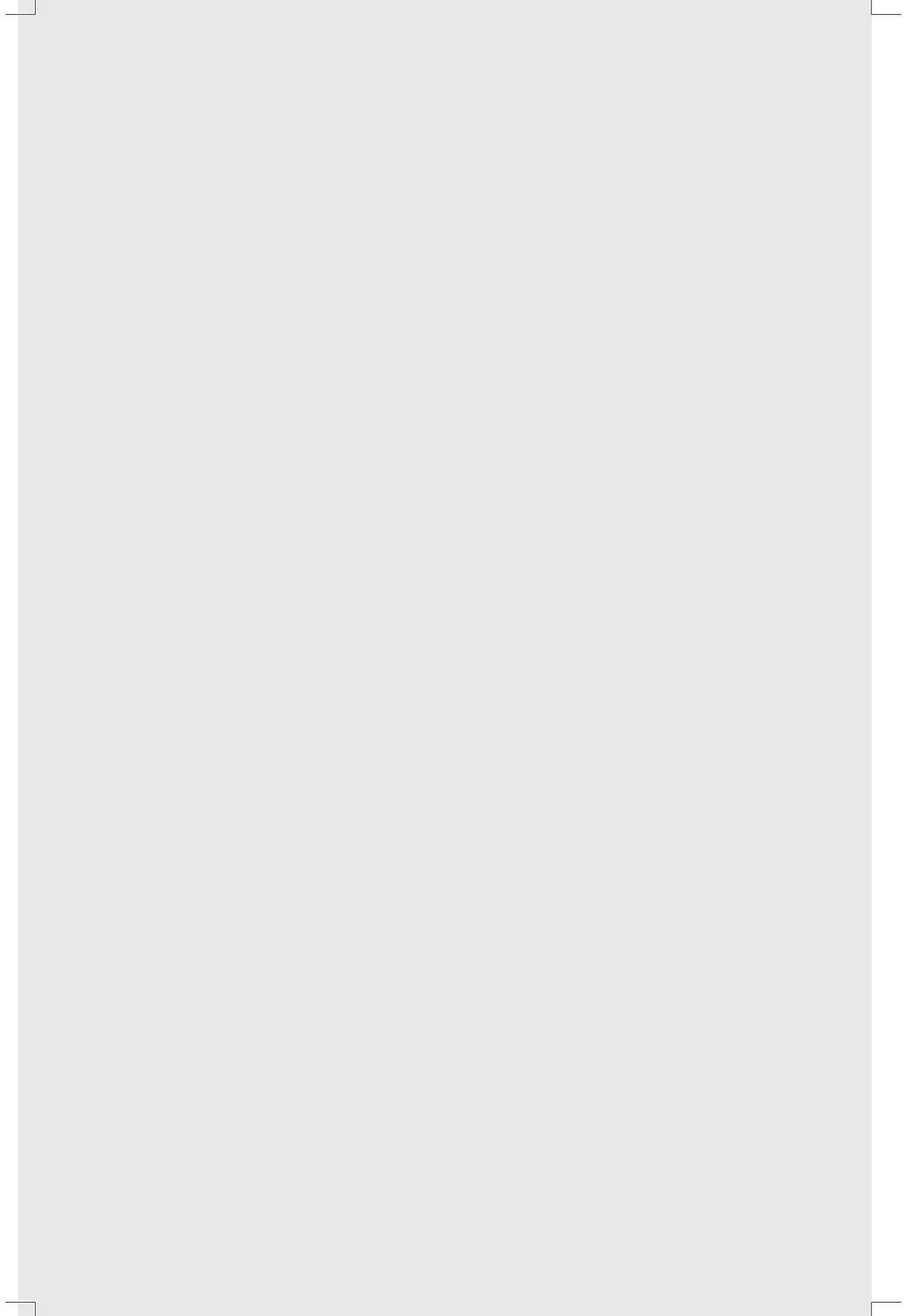


Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital

Germán M. Teruel Lozano

SUMARIO

1. La revolución tecnológica y el Derecho.
2. Gobernanza de la Red, Derecho digital y algunas dificultades en la regulación de Internet.
3. Los derechos fundamentales como principios ordenadores de la arquitectura de la sociedad digital y su defensa ante poderes privados.
4. La re-definición de los derechos fundamentales a la luz del nuevo entorno tecnológico.
 - 4.1. La libertad de expresión y otras libertades públicas en el ágora global.
 - 4.2. La protección de la privacidad y de los derechos de la personalidad ante el «Imperio de la vigilancia».
 - 4.3. Los derechos de participación política: ¿hacia una «ciber-democracia»?
5. Reflexión final: ¿es necesaria una Carta de derechos fundamentales en Internet? ¿O una Constitución para el ciberespacio?
6. Bibliografía.



1. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y EL DERECHO

«We are all neighbours now. There are more phones than there are human beings and close to half of humankind has access to the internet. In our cities, we rub shoulders with strangers from every country, culture and faith. The world is not a global village but a global city, a virtual cosmopolis», son las palabras con las que abre un reciente libro el profesor Timothy Garton Ash.¹ Me atrevería a apostar que nuestras sociedades se enfrentan a un cambio de era; se abre «[l]a Era de la Información»² o, más aún, la Era digital. La revolución tecnológica vivida en el siglo XX, en particular con el desarrollo de Internet y del resto de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, ha alterado las estructuras económicas, sociales, culturales y políticas. Muy especialmente la aparición de Internet no es sólo que haya cambiado nuestro modo de vida, sino que ha ido más allá dando lugar a la constitución de un nuevo espacio. Internet³ es así un sistema de comunicación que crea un sistema global y descentralizado que permite la interconexión de los ordenadores del mundo para intercambiar informaciones de manera instantánea; es también una red física para la tecnología; pero es mucho más al haber construido un nuevo «hábitat cívico» para el ciudadano del siglo XXI. Una auténtica *urbs* virtual en la que desarrollarse. Un mundo regido por la ubicuidad y la instantaneidad, que supera las clásicas categorías físicas de tiempo y espacio, y en el que la comunicación va a ser la clave.⁴ La vida que se desarrolla en este hábitat es real, aunque no sea

¹ GARTON ASH (2016): 1.

² CASTELLS (1997).

³ Sobre los fundamentos tecnológicos de Internet, cfr. BIA y LÓPEZ-TARRUELLA (2016) y DE ANDRÉS BLASCO (2005).

⁴ En términos similares me he pronunciado previamente en TERUEL LOZANO (2013): 39.

física sino virtual; en él hay personas que interactúan.⁵ El ciberespacio es así algo más que Internet.⁶

Como ha explicado J. Echevarría, se ha creado un espacio que engloba todo el planeta y que plantea la idea de la Telépolis.⁷ «Un nuevo espacio social, el tercer entorno (E₃), que difiere profundamente de los entornos naturales (E₁) y urbanos (E₂) en los que tradicionalmente han vivido y actuado los seres humanos [...]. Un nuevo espacio para la interrelación y la interacción entre los seres humanos, en el que puede desarrollarse parte de la actividad productiva y en el que, como no podía ser menos, también se suscita el problema del poder».⁸

Precisamente un problema, el del poder en el ciberespacio, que en sus orígenes ingenuamente se quiso negar. Internet, el ciberespacio iba a ser la panacea de la sociedad anárquica:

Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. (...) No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla. Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente (...). No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente. (...) Los gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los que son gobernados (...). El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. (...) Es un acto natural que crece de nuestras acciones colectivas. (...) Crearemos una civilización de la Mente en el Ciberespacio. Que sea más humana y hermosa que el mundo que vuestros gobiernos han creado antes.⁹

El ciberespacio, se pensaba, iba a quedar fuera de cualquier necesidad de regulación y de cualquier forma de gobernanza. Como se acaba de ver, se postulaba la ciberanarquía y la construcción del ciberespacio se concebía como «un acto natural», en realidad, se confiaba a la espontaneidad del desarrollo tecnológico, y se tomaban como «acciones colectivas» entre cibernautas las decisiones en relación

⁵ LESSIG (2009): 43-47.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ECHEVARRÍA EZPONDA (1994).

⁸ ECHEVARRÍA EZPONDA (2000): 39; y, en sentido similar, ID (1999).

⁹ «Declaración de independencia del ciberespacio», redactada por Perry Balow en 1996. Texto accesible en: http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif_barlow.html

con su construcción. Y es cierto que originariamente el diseño de Internet, y por ende su gobernanza, fue una cuestión de naturaleza principalmente técnica que fue llevada a cabo por los propios técnicos y por proveedores y usuarios de Internet.¹⁰

Sin embargo, conforme se ha ido desarrollando el ciberespacio, el resultado ha sido prácticamente el contrario. Hoy día no creo que pueda concluirse que son los cibernautas quienes construyen el espacio virtual. Éste, como se verá, está principalmente en manos de un conjunto de organizaciones internacionales sin legitimación democrática y, sobre todo, de ciertas compañías multinacionales.¹¹ Se ha producido un fenómeno de centralización de Internet en torno a las colosales empresas tecnológicas (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft).¹² Como tampoco puede concluirse que la ausencia de gobierno haya llevado a un espacio limpio en el que los cibernautas puedan desarrollarse en libertad y sin amenazas. Muy al contrario, resulta preocupante el incremento de actividades ilícitas o nocivas que se desarrollan a través de Internet y la impunidad con la que se encuentran en ocasiones. Porque es cierto que, tal y como preveían los ciberlibertarios, la actual arquitectura de Internet presenta notables dificultades para el establecimiento de una regulación pública, como se tendrá la ocasión de estudiar. Ahora bien, el error de esta visión ha estado, a mi juicio, en la creencia de que la libertad provendría de la ausencia del Estado, sin que ello suponga una confianza ciega en este último.¹³ Y es que, como ha señalado uno de los autores más reputados en este ámbito, el profesor Lessig: «La libertad en el ciberespacio no emanará de la ausencia de Estado, sino que provendrá, como en cualquier otro sitio, de la existencia de un cierto tipo de Estado [...]; construimos la libertad como lo hicieron nuestros fundadores, asentando la sociedad sobre una determinada constitución».¹⁴ En definitiva, «*ubi societas, ibi ius*».¹⁵ Pero no debemos conformarnos con cualquier «*ius*»; ni con cualquier «constitución». Los logros

¹⁰ OLMOS (2016): 344.

¹¹ Como explica OLMOS (2016): 345: «Una vez que Internet alcanza grandes dimensiones, los procesos de estandarización exigen una mayor coordinación. Sin embargo, a diferencia de lo que había ocurrido en otras innovaciones tecnológicas anteriores, la responsabilidad sobre los recursos críticos de Internet la fueron asumiendo un conjunto de organizaciones internacionales. Se empieza a configurar un nuevo modelo en el que el sector privado adquiere un papel clave, como principal impulsor de innovación y como agente creador de valor en la red».

¹² RAMONET (2016): 21.

¹³ Cfr. la contraposición entre las visiones ciberanarquistas y las «no exepcionalistas» del Derecho de la Red en GARCÍA MEXÍA (2016): 20 y ss.

¹⁴ LESSIG (2009): 35.

¹⁵ Cfr. TERUEL LOZANO (2010): 340.

del constitucionalismo moderno, el cual ha sido capaz de construir un modelo de convivencia social sobre la base de la triada del Estado social y democrático de Derecho, deben proyectarse sobre esta nueva sociedad.

Pues bien, es precisamente sobre esta idea a partir de la que pivota el presente estudio en relación con las perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital. Y dos son las cuestiones que considero relevante destacar: por un lado, como acaba de introducirse, cabe preguntarse cuál es la función que deben asumir los derechos fundamentales en el diseño de la arquitectura del ciberespacio y su eficacia en las actividades humanas que en el mismo se desarrollan. Pero, más allá de la ordenación del ciberespacio, si actualmente calificamos nuestra sociedad como la «sociedad de la información» o, incluso, como la «sociedad en red»,¹⁶ qué duda cabe que los nuevos paradigmas sociales, políticos y tecnológicos abren también nuevas perspectivas para el desarrollo del Derecho y para la reconsideración de los derechos fundamentales. Si la sociedad evoluciona, el Derecho debe hacerlo con ella. Así, la segunda cuestión avanzará en la necesidad de afrontar una labor de traducción y de re-definición de los derechos fundamentales ante los nuevos paradigmas de la sociedad digital del siglo XXI, entendiendo por tal no sólo aquella que abarca las actividades virtuales sino todas nuestras relaciones humanas. Antes de todo lo cual se comenzará señalando algunas peculiaridades del Derecho digital y de las dificultades que, como se ha advertido, presenta la regulación de Internet. En sede de conclusiones se abordará en qué medida es predicable la conveniencia de afirmar una Constitución o una Carta de derechos fundamentales para/de Internet.

2. GOBERNANZA DE LA RED, DERECHO DIGITAL Y ALGUNAS DIFICULTADES EN LA REGULACIÓN DE INTERNET

El ciberespacio ha sido definido como un «microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada».¹⁷ Y son precisamente estas características estructurales de la Red de redes, a las que añadir su condición como medio de comunicación polifacético,¹⁸ las que dificultan su regulación. Aunque

¹⁶ Destacando el valor de la comunicación, se ha definido la «sociedad en red» como aquella «sociedad en la que sus integrantes están/pueden estar permanentemente conversando/comunicando sobre cualquier tema con otros mediante los recursos y facilidades que les proporcionan los/las sistemas/redes de comunicación e información» (GALINDO (2013): 9). Cfr. VAN DICK (2012).

¹⁷ PÉREZ LUÑO (2005): 15.

¹⁸ Debe de tenerse en cuenta que, como sistema de comunicación, Internet tiene un carácter polifacético en la medida que permite formas de comunicación interpersonal y de masas muy va-

no son las únicas. Lessig menciona, relacionadas con las anteriores, tres «imperfecciones» que dificultan la regulación de la Red: no hay modo de saber *quién* es la persona, de *dónde* procede y *qué* está haciendo cuando actúa en Internet.¹⁹

Ahora bien, la arquitectura de Internet es ésta porque se ha querido que así sea. Por ejemplo, la característica básica de Internet era desde su origen crear una estructura descentralizada que permitiera el intercambio de información sin que existiera un centro de control único y, por ende, vulnerable a ataques. La cual, además, debía poner en relación terminales que se encontraban a distancia. Algo que ha terminado dando lugar al nacimiento de una Red de redes mundial. Pero todo ello fueron respuestas técnicas a unos concretos propósitos, las cuales han ido definiendo la arquitectura de Internet que hoy día conocemos pero que no condicionan de forma necesaria la misma. Podría haberse diseñado y construido con otros objetivos y de otra forma, y todavía hoy es posible rediseñar la misma sobre la base de otros principios y objetivos. Como sugiere Lessig, no debemos dejarnos llevar por visiones «esencialistas» de aquello que es Internet: «ciertamente el ciberespacio *es* de una determinada forma, pero no ha de ser necesariamente así. No existe una única forma o una única arquitectura que definan la naturaleza de la Red».²⁰ Al final «la tecnología es moldeable».²¹

Reconociendo esta premisa, hay también que advertir, siguiendo a este mismo autor, que en la regulación del ciberespacio convergen distintas fuentes: ley, arquitectura, normas sociales y mercado. Y, entre éstas, destaca la importancia que tiene la arquitectura (o el código) para determinar el propio espacio y las posibles actividades a desarrollar en el mismo. «El código lleva inscritos ciertos valores y hace imposibles otros y, en este sentido, constituye también un elemento de regulación, del mismo modo que la arquitectura en el espacio real».²² De ahí la importancia de que el Derecho incida no sólo sobre las conductas y actividades que se desarrollan a través de Internet, sino que pueda actuar indirectamente pre-disponiendo la arquitectura o el código de la propia Red. «La ley también puede modificar la regulación arquitectónica» y de esta forma conseguir entonces dar lugar a conductas diferentes.²³

riadas, ya que a través del mismo puede transmitirse cualquier elemento que pueda ser digitalizado (datos, voz, vídeo, imagen...). Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN (1998): 26 y ss.

¹⁹ LESSIG (2009): 80.

²⁰ LESSIG (2009): 74.

²¹ *Ibidem*.

²² LESSIG (2009): 209.

²³ LESSIG (2009): 215.

Así las cosas, el Derecho digital²⁴ debe ocuparse esencialmente de tres aspectos (aunque aquí nos interesarán el primero y el último): por un lado, la regulación del código o de la arquitectura de Internet, entendida como los estándares y protocolos que configuran la misma; por otro, la regulación de la red física; y, por último, la regulación de los contenidos y de las actividades que se desarrollan a través del mismo.²⁵

En este contexto, el segundo de los contenidos es objeto de estudio preferentemente en el conocido como Derecho de las telecomunicaciones, una rama muy especializada en la que los derechos fundamentales tienen una proyección muy limitada. No ocurre lo mismo con los otros dos ámbitos: con el diseño de la arquitectura de la Red, habida cuenta de cómo ésta puede incidir en las posibilidades que ofrece a los ciudadanos que interactúan a través de la misma; y con la regulación de los contenidos y actividades que pueden realizarse. En ambos campos es ausplicable que los derechos fundamentales desplieguen su eficacia, según se tendrá la ocasión de ver. Pero antes puede ser pertinente tratar de dar respuesta a dos preguntas: ¿cómo y quién está asumiendo la regulación del ciberespacio? Y, más en concreto, ¿quién está diseñando la arquitectura del espacio digital global?

En relación con los contenidos y actividades que se desarrollan en Internet parece que el problema no es precisamente la ausencia de regulación, sino su hipertrofia por solapamiento. Los distintos Estados tratan de imponer su soberanía cuando surgen conflictos o se encuentran con actividades ilícitas que quieren combatir, pero se enfrentan a las dificultades derivadas del carácter descentralizado y global de Internet y a la condición dispersa, espontánea y sustancialmente anónima de las actividades que se desarrollan a través del mismo. Ello genera conflictos inter-jurisdiccionales y da lugar a una madeja de normativas que se solapan entre sí,²⁶ lo que termina determinando la «insuficiencia de las legislaciones estatales»²⁷ para afrontar por sí mismas este objetivo. Unas carencias que han tratado de suplirse de forma muy sectorial a través de la cooperación internacional. Ocurre, sin embargo, que las legislaciones que sería necesario armonizar son muy distintas y resulta muy complicado alcanzar criterios sustantivos comunes a nivel internacio-

²⁴ Sobre la denominación, características y evolución del Derecho digital o Derecho de la Red, cfr. GARCÍA MEXÍA (...): 20 y ss.

²⁵ Cfr. GARCÍA MEXÍA (...): 30 y ss.

²⁶ Supuestos como los del caso Yahoo dan prueba de cómo algunos Estados han intenido erigirse en jueces universales en la persecución de conductas realizadas a través de Internet. Sobre el caso en concreto, vid. Cotino Hueso y De la Torre Forcadell (2002): 897-917. En general sobre la competencia entre Estados soberanos, vid. LESSIG (2009): 463 y ss.

²⁷ MUÑOZ MACHADO (2000): 42.

nal.²⁸ También puede ayudar la fijación de unas normas comunes de competencia judicial, y la adopción de acuerdos de cooperación policial y judicial, en particular de ejecución extraterritorial de sentencias, aunque ello no evitaría que se dé una suerte de *forum shopping* por parte de los cibernautas buscando publicar sus contenidos y desarrollar sus actividades fraudulentas allí donde la legislación resulte más laxa. No obstante, por muy globalizado que se encuentre Internet, al menos dentro del respectivo territorio, los Estados disponen de herramientas para hacer valer su ley y existen medios tecnológicos (y se puede avanzar aún más en ellos) para que puedan ordenar a los proveedores y servidores que bloqueen determinados contenidos y actividades.²⁹ Por tanto, una vez que la ausencia de ley no es una respuesta viable, pero que difícilmente se puede llegar a un escenario en el que se logre aplicar una única ley en el ciberespacio (no hay ningún Estado ni organización con capacidad para imponer tal soberanía), se puede compartir con Lessig que el escenario futuro más verosímil es precisamente el de lograr la regulación de los contenidos y actividades en Internet a través de la concurrencia de múltiples leyes con el apoyo tecnológico suficiente para permitir zonificar el ciberespacio.³⁰

Asimismo, también se van desarrollando sistemas de autorregulación y autocontrol por parte de los operadores de Internet y de los propios usuarios. Por ejemplo, las redes sociales más conocidas como Facebook o Twitter cuentan con sus propios códigos de conducta y con sistemas para denunciar contenidos que los infrinjan. Una solución que también suscita cautelas, ya que deja en manos de poderes privados la respuesta a conflictos entre particulares en ámbitos que pueden ser esenciales y que, como veremos, pueden llegar a afectar al efectivo disfrute de derechos fundamentales. Al final las compañías privadas se mueven por intereses egoístas y las respuestas que den a los conflictos no tienen que responder a los criterios de imparcialidad e interés público que sin embargo sí que deben regir la actuación del Estado. Pero, y no es menos importante, estos códigos deontológicos no son una fuente democrática, sino que se parecen más bien a una «carta otorgada» por los Señores de Internet, que nos sitúa a los cibernautas en una posición de «telesúbditos».³¹ Son ellos los que deciden, por sí y ante sí, lo

²⁸ Un ejemplo a este respecto sería el Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001. Este Convenio logra fijar un denominador común en relación con los delitos de piratería y fraudes informáticos pero sólo logra armonizar contenidos ilícitos vinculados a un estándar mínimo sobre la pornografía infantil.

²⁹ LESSIG (2009): 480 y ss.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ ECHEVARRÍA EZPONDA (2000): 47.

permitido y lo prohibido, el espacio de libertad del que disponemos como cibernautas singulares en cada uno de los espacios que dominan de forma en buena medida monopolística y autocrática.

Una propuesta intermedia puede ser la realizada por la profesora De Minico de combinar autorregulación y ley, actuando ésta tanto para definir *ex ante* unas normas generales como *ex post* para evitar desviaciones de la autorregulación: «[the State] should not be called to act as a regulator in detail of individual behaviour, but rather as an overall system architect, intervening before and after self-regulation. Ex ante, the State will define the general rules, the goals to be pursued, the values to be fulfilled. Ex post, it will be in the State's responsibility to correct any deviation of private regulations from the rules it has preliminary set».³²

Esta combinación entre regulación pública y autorregulación es la que se ha visto, por ejemplo, con el derecho al olvido después del caso Google.³³ Y es que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Google tuvo que implementar un mecanismo de salvaguarda del derecho al olvido de los ciudadanos sobre las orientaciones que sentó el propio Tribunal, y puede entenderse que sus resoluciones podrán ser controladas en última instancia por los tribunales o, incluso, por las autoridades de protección de datos.

Ahora bien, este matrimonio entre Estado (legislación) y poderes privados no es siempre tan halagüeño. Algo que es especialmente preocupante si lo que analizamos es precisamente la segunda de las preguntas formuladas —¿quién está diseñando la arquitectura del espacio digital global?—. A este respecto cabe diferenciar dos niveles dentro de la construcción de la Red de redes, sin ánimo de entrar ahora en precisiones técnicas: de una parte, la arquitectura profunda de Internet; y, de otra, la arquitectura de cada una de las comunidades que conviven en la misma. Por mantener la metáfora inicial, si el ciberespacio es una urbe, dentro de la misma existen distintos barrios en los que además se desarrollan diferentes actividades. Uno de ellos puede ser la *www*; otro pueden ser las distintas redes sociales; buscadores de Internet, etc.

Pues bien, respecto del diseño de la arquitectura profunda de la Red de redes, algún avance positivo se vislumbra. Como se ha dicho, originariamente el diseño de Internet fue una cuestión eminentemente técnica que se encargó a organismos autónomos como el Internet Architectural Board (IAB), el Internet Engineering Task Force (IETF), el World Wide Web Consortium (W3C) y la Internet Society

³² DE MINICO (2015): 7.

³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia). Sentencia de 13 de mayo de 2014, Agencia de Protección de Datos c. Google, C-131/12.

(ISOC). Y la gestión de algunos de sus recursos críticos fue asumida por organismos como la Internet Assigned Number Authority (IANA) o, posteriormente, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Sin embargo, el debate sobre la gobernanza de Internet avanza hacia el reconocimiento de la necesidad de que se institucionalicen foros, o incluso de que se constituyan organismos, en los que gobiernos, sector privado y sociedad civil puedan participar en la adopción de decisiones sobre los principios y reglas que han de determinar la evolución y utilización de Internet.³⁴ A este respecto puede tomarse como referencia el «Roadmap for the future evolution of the Internet Governance» recogido en el NETmundial Multistakeholder Statement de 24 de abril de 2014; o los trabajos desarrollados por el Internet Governance Forum (IGF). La Unión Europea también ha demostrado su interés en participar de la definición profunda de la Red de redes con iniciativas como la Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: un ciberespacio abierto, protegido y seguro; o a nivel del Consejo de Europa se ha aprobado una Estrategia para la Gobernanza de Internet (2016-2019) sobre la democracia, los derechos humanos y el Estado del Derecho en Internet.

Por el contrario, no ocurre lo mismo con la definición de la arquitectura de cada una de esas comunidades o barrios de Internet, en las que se pone de manifiesto el señorío más pleno de los gigantes de Internet. Con algún límite —como son las normas sobre protección de datos impuestas por la Unión Europea y tuteladas por el Tribunal de Justicia—,³⁵ los Señores de Internet son quienes están construyendo a su interés los barrios en los que luego los ciudadanos nos movemos. Son los que están decidiendo las características técnicas del correo electrónico o de las redes sociales, cómo se manejan nuestros datos personales, hasta qué punto disfrutamos de una auténtica privacidad. ¿Cabe alguna duda de que actualmente Google es la compañía más influyente del mundo y la que más está determinando los cambios que estamos viviendo?³⁶

Ocurre, como expresa Garton Ash, que la lucha por el poder es todavía más complicada online. «A plethora of international organisations, national governments, parliaments, companies, engineers, media outlets, celebrity tweeters and

³⁴ Cfr. OLMOS (2016): 344 y ss.

³⁵ Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia). Sentencia de 6 de octubre de 2014, Schrems v. Data Protection Commissioner, C-362/14, por la que el Tribunal de Justicia declaró inválida la Decisión 2000/520, y consideró que a la luz de diversos preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea las autoridades nacionales pueden controlar si un tercer Estado garantiza un nivel adecuado de protección de los derechos de los ciudadanos en el tratamiento de sus datos personales.

³⁶ Así, RAMONET (2016): 114, citando a Julian Assange.

physical and virtual mass campaigns thorough social networks all now compete in a multilevel, multidimensional game. The outcome often hinges on intricate intersections between business, politics, law, regulation and rapidly developing technologies of communication». ³⁷ Una situación compleja para cuya explicación se vale de la analogía de los perros, gatos y ratones. «Governments are the dogs, companies are the cats and we are the mice. The biggest cats are more powerful than all but the very biggest dogs». ³⁸

Y en esta lucha por el poder lo que parece estar claro, o por lo menos yo así lo comparto, es que las decisiones en relación con la regulación de las actividades y contenidos en el ciberespacio, pero también las referidas a su arquitectura y código, no pueden quedar al albur de una pretendida mano invisible, sino que las mismas han de ser orientadas hacia el bien común³⁹ y ello sólo puede lograrse, al menos desde la perspectiva de la legitimidad, a través de organismos e instituciones con procesos democráticos que garanticen la voz y la participación de los ciudadanos (o, al menos, de los ciber-ciudadanos —si es que cabe distinción—). Algo que hoy día, sin embargo, no se observa. Muy al contrario, lo cierto es que actualmente hay una «mano invisible» que está construyendo la arquitectura del ciberespacio, «espoлеada por el Estado y por el comercio»; una nueva arquitectura que «perfecciona el control y permitirá una regulación altamente eficaz», pero que no sabemos hasta qué punto salvaguardará las libertades de las personas.⁴⁰ De ahí el interés por estudiar ahora la función de los derechos fundamentales en primer lugar en relación con la arquitectura del ciberespacio, y luego en relación con su redefinición en la sociedad digital.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA ARQUITECTURA DE LA SOCIEDAD DIGITAL Y SU DEFENSA ANTE PODERES PRIVADOS

Cualquier sistema de protección de los derechos fundamentales moderno se fundamenta en la plena realización de los ideales de libertad e igualdad en relación con la dignidad de la persona. Y precisamente esa orientación hacía «el respeto y la promoción de la persona humana» ha llevado a reconocer una doble dimen-

³⁷ GARTON ASH (2016): 26.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ En este sentido, DE MINICO (2015): 3: «all technical issues concerning the Internet cannot be left to the invisible hand of a market-oriented technological development, rather, it should be goal-oriented towards achieving a common good».

⁴⁰ LESSIG (2009): 36.

sión a los derechos fundamentales como valores objetivos básicos y como marco subjetivo de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.⁴¹ En palabras del Tribunal Constitucional:

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).⁴²

Los derechos fundamentales tienen así, por un lado, una dimensión subjetiva como derechos de defensa oponibles en principio frente al Estado en una dialéctica autoridad-libertad. Si bien, en la medida que se asume que «[l]os poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público»,⁴³ se predica entonces que los mismos tienen también incidencia en las relaciones entre particulares. Lo cual, como bien indica el profesor Pérez Luño, «hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», así como a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», a tenor de cuanto expresamente postula el artículo 9.2 de nuestra Constitución».⁴⁴ Y, de otro lado, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales «constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista».⁴⁵

⁴¹ PÉREZ LUÑO (2011): 16.

⁴² España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 25/1981, de 14 de julio, FJ. 5.º

⁴³ BILBAO UBILLOS (1997): 243.

⁴⁴ PÉREZ LUÑO (2011): 19.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO (2011): 17.

Ambas dimensiones de los derechos fundamentales me parecen especialmente relevantes en su proyección sobre el diseño de la arquitectura del ciberespacio. Si asumimos, como aquí se ha compartido siguiendo la tesis del profesor Lessig, que uno de los principales condicionantes de la regulación de este nuevo espacio social es precisamente su arquitectura (o su código), la cual va a ser clave para determinar aquello que es posible o no desarrollar a través del mismo; y si se considera, como también se ha adelantado, que es necesario democratizar el entorno del ciberespacio que constituye un auténtico «hábitat cívico», una nueva ciudad en la que las personas interactúan; entonces, los presupuestos sobre los que se debe construir la misma deben erigirse a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales han de orientar los principios que vertebran la arquitectura del ciberespacio. Porque, como se ha señalado, la arquitectura del ciberespacio y su código no son elementos pre-definidos por ninguna suerte de ley natural o tecnológica, sino que han sido determinados para satisfacer determinadas demandas primero militares y luego comerciales. Pues bien, es ahora el momento de reconocer que esta arquitectura debe sostenerse sobre la base de los valores objetivos que emanan del reconocimiento de los derechos fundamentales. Ello exige adoptar decisiones políticas antes que técnicas; renunciar a la creencia de que el ciberespacio es una construcción técnica espontánea. Diría más: considero que igual que con la bioética y el bioderecho se ha asumido la necesidad de que la ética y el Derecho orienten y regulen ciertas actividades científicas, poniendo límites morales y jurídicos a lo que técnicamente es posible; también en el ámbito de las tecnologías de la información y de la comunicación sería necesario afrontar este debate jurídico y filosófico. La construcción del ciberespacio reclama que estas disciplinas, Derecho y Filosofía, desplieguen su función normativa y orientadora sobre los avances tecnológicos. Y en ello los derechos fundamentales reconocidos como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad» tienen una indudable virtualidad. Porque precisamente lo que se ha creado con el ciberespacio es una nueva comunidad política; una nueva ciudad.

Aún más, en su dimensión como derechos de defensa, los derechos fundamentales deben seguir desplegando su eficacia frente al Estado que ha demostrado su potencial lesivo y su capacidad para desatarse ante los cantos de las sirenas en el ámbito de Internet. Revelaciones de las vigilancias clandestinas masivas como las filtradas por Edward Snowden o Wikileaks dan buena prueba de ello. Pero no es sólo el Estado quien puede amenazar la libertad y los derechos de las personas en el ciberespacio. Precisamente en este ámbito es donde se evidencia con mayor nitidez el poder de ciertas entidades privadas, aquellas a las que he denominado anterior-

mente los Señores de Internet. En el ciberespacio son estos Señores de Internet quienes constituyen el auténtico Leviatán.⁴⁶ Como explica S. Rodotà: «Google, ad esempio, non è soltanto una delle strapotenti società multinazionali. È un potere a sé, superiore a quello di un'infinità di Stati nazionali, con i quali negozia appunto da potenza a potenza. È interlocutore quotidiano di centinaia di milioni di persone alle quali offre la possibilità di entrare e muoversi nell'universo digitale».⁴⁷

¿Pueden quedar sin control estos poderes? Por supuesto que no. Ese matrimonio Estado y Señores de Internet, que campa a sus anchas en el ciberespacio y construye el mismo según sus intereses, debe quedar sujeto por las ligaduras que suponen los derechos fundamentales en garantía de la libertad, la igualdad, la autonomía y la seguridad de las personas. Y para ello, frente a esa visión de un Estado amenazante de las libertades de los ciudadanos en Internet, se debe partir de los postulados de un constitucionalismo social y democrático para afirmar el rol que tienen los Estados democráticos como garantes y promotores de los derechos fundamentales en el ciberespacio, aunque a tales efectos deban recurrir a la colaboración internacional o supranacional,⁴⁸ o, incluso, aunque tengan que proyectarse nuevos entes políticos con legitimidad democrática global para el gobierno del ciberespacio. Por el momento, como ha recomendado el Consejo de Europa, debemos confiar en que sean los propios Estados los que hagan valer su obligación de garantizar los derechos humanos a todas las personas de su jurisdicción, «aplicable en el contexto del uso de Internet» y que ha de incluir «la supervisión de las empresas privadas». Porque «los derechos humanos, que son universales e indivisibles, así como las normas relacionadas, prevalecen sobre las condiciones generales impuestas a los usuarios de Internet por cualquier actor del sector privado».⁴⁹

4. LA RE-DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DEL NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO

La revolución tecnológica no sólo ha generado la necesidad de disciplinar el nuevo espacio creado, el ciberespacio, sino que, según lo visto, ha introducido

⁴⁶ GARTON ASH (2016): 1.

⁴⁷ RODOTÀ (2012): 416.

⁴⁸ Cfr. Consejo de Europa. Gobernanza de Internet. Estrategia 2016-2019. Democracia, derechos humanos y Estado de derecho en la sociedad digital. Adoptada el 30 de marzo de 2016.

⁴⁹ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

nuevos paradigmas en las relaciones humanas tanto en las actividades virtuales como en las físicas. Quienes conocimos la vida antes de la expansión de Internet sabemos que hoy día nuestra forma de vida no es la misma. De tal manera que, como se dijo en la introducción, si la sociedad evoluciona el Derecho también deberá hacerlo, y en concreto los derechos fundamentales deberán adaptarse a las nuevas realidades y tendencias para salvaguardar la libertad y la autonomía de las personas. En este sentido, el nuevo entorno tecnológico comporta a mi juicio la exigencia de re-definir el contenido y las garantías de los derechos fundamentales para adecuarlos a la nueva realidad dentro y fuera de Internet. Se trata de una labor de traducción en la que hay que reinterpretar los principios que fundamentan la protección constitucional para garantizar su vigencia en esta nueva Era y en la que hay que adecuar las garantías de los derechos a las nuevas amenazas que han surgido. En ocasiones la labor será menos innovadora y podrá bastar con mínimas mutaciones de las categorías ya existentes; en otras —las menos, a mi juicio—, habrá que enfrentarse a situaciones novedosas que reclamen una intervención creativa en relación con el contenido y con las garantías de los derechos.⁵⁰

Esta tarea de traducción se afronta en ocasiones exclusivamente desde la perspectiva de Internet. Así, por ejemplo, nos encontramos con interesantes trabajos como el Anexo a la Recomendación del Consejo de Europa que incluye una guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet de 2014⁵¹ o con la *Dichiarazione dei diritti in Internet*,⁵² que afrontan el reconocimiento de nuevos derechos relacionados con Internet (como el derecho al olvido) y buscan dar respuesta a aquellos aspectos más novedosos que se suscitan en el ciberespacio y que no encuentran debida solución en las cartas de derechos clásicas. Pero también debe considerarse que la redefinición de los derechos fundamentales en la sociedad digital va a desbordar el ámbito del ciberespacio para afectar a su genérico reconocimiento. En este sentido, probablemente la libertad de expresión o la intimidad no vuelvan a ser iguales en su contenido y en el fundamento de su reconocimiento a como eran afirmadas antes de la revolución tecnológica.

⁵⁰ LESSIG (2009): 255 y ss., se ha referido a las «ambigüedades latentes» que han surgido en el ámbito de los derechos fundamentales y que reclaman dar nuevas respuestas.

⁵¹ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

⁵² Elaborada por una comisión constituida a instancias del Presidente de la Camera dei Deputati italiana y cuya versión definitiva fue publicada el 28 de julio de 2015. El texto se encuentra accesible en: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

En este sentido, y sin pretender afrontar aquí un estudio exhaustivo de cada uno de los derechos y libertades fundamentales, sí que entiendo que puede resultar interesante apuntar alguno de los principales desafíos que se presentan en relación con el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales en la sociedad digital, especialmente en el ámbito del ciberespacio.⁵³

4.1. *La libertad de expresión y otras libertades públicas en el ágora global*

Una vez que hemos reconocido que la comunicación es la clave en la «sociedad en red», entonces, entre los derechos y las libertades fundamentales, la libertad de expresión (en sentido amplio) es sin duda la reina, tanto dentro como fuera del ciberespacio. Internet y las nuevas tecnologías nos han permitido ver nuevas dimensiones de esta libertad, dando luz a características que, aunque se encontraran previamente ya en su fundamento, ahora emergen con mayor intensidad.⁵⁴ De esta manera se puede reconocer la libertad de expresión como un auténtico «*ius communicationis*»⁵⁵ en virtud del cual se tutele todo el proceso comunicativo, tanto la dimensión activa como la pasiva, cuyo contenido abarque la difusión y recepción por cualquier medio de comunicación de cualquier opinión, valoración, información y la transmisión de todo tipo de datos (fotos, vídeos, música...). En la sociedad de la comunicación podemos entender que precisamente es el mero hecho de la comunicación el que justifica la especial protección constitucional que incorpora esta libertad fundamental. Sin desconocer el valor democrático de esta libertad, se pone el énfasis en el derecho de toda persona a comunicarse para desarrollarse como tal en la sociedad del siglo XXI. Una comunicación que no es sólo política y que afecta a cualquier ámbito de las relaciones inter-personales. Desde la posibilidad de compartir con otros música o fotos a difundir ideas políticas, pasando por cualquier otro relato que quiera dar a conocer a otras personas, sean destinatarios concretos o un público indeterminado. Todo ello es comunicar y es

⁵³ A esta cuestión ya dediqué un trabajo previo del que recupero ahora con algunas innovaciones algunas de las ideas allí expuestas. Cfr. TERUEL LOZANO (2013). En doctrina puede verse también el trabajo de MOLINA GARCÍA (2015) con referencias generales sobre el ejercicio de los derechos humanos en Internet.

⁵⁴ Ha sido BALKIN (2004): 2, quien ha sostenido que: «the Internet and digital technologies help us look at freedom of speech from a different perspective. That is not because digital technologies fundamentally change what freedom of speech is. Rather, it is because digital technologies change the social conditions in which people speak, and by changing the social conditions of speech, they bring to light features of freedom of speech that have always existed in the background but now become foregrounded.».

⁵⁵ Cfr. CORREDOIRA Y ALFONSO (2007): 58-73.

relacionarse en el siglo XXI; y todo ello, *prima facie*, creo que ha de entrar en ese amplio ámbito de delimitación de la libertad, sin perjuicio de los lógicos límites que luego puedan establecerse. Unos límites que, sin embargo, a mi entender no deben variar «en lo sustancial»⁵⁶ a los que se imponen con carácter general ni a los que existían antes del desarrollo de estas tecnologías. El discurso del odio o la difamación pueden encontrar en Internet un extraordinario medio de difusión, pero su consideración última como límites a la libertad no cambia por el medio. En otras ocasiones sí que habrá que replantear la relación entre ciertos derechos en colisión. Por ejemplo, la libertad de expresión se define hoy día como «freedom is bricolage»,⁵⁷ como libertad de participar en un sistema continuo de creación e intercambio cultural, lo cual ha hecho que se tengan que redefinir las relaciones con los derechos de propiedad intelectual. El *copyright* no ha muerto, pero han aparecido exponentes de cultura libre como las licencias como *creative commons* que abren nuevas posibilidades.⁵⁸

En cuanto a las garantías clásicas de la libertad de expresión sí que puede ser necesario afrontar una labor más profunda de traducción ante las nuevas posibilidades y amenazas tecnológicas.⁵⁹ Así, la censura en Internet difícilmente se puede aplicar a quienes quieren publicar, es decir, a la dimensión activa de la libertad de expresión, pero cada vez son más importantes los sistemas de filtrado y bloqueo del acceso a contenidos en Internet, los cuales restringen los «derechos del público»⁶⁰ en la dimensión pasiva de la libertad. Y no se puede desconocer el impacto que puede tener sobre la libertad cuando estos mecanismos de bloqueo o filtrado, en definitiva de censura, son aplicados por poderes privados. Como se ha visto, en el ciberespacio los Señores de Internet pueden tener un poder mucho más potente que los propios Estados para comprometer el pluralismo en la Red.⁶¹ Puede imaginarse el impacto que tendría sobre el pluralismo si Google

⁵⁶ Así, BOIX PALOP (2016): 61 y ss., quien asume como punto de partida en su estudio sobre la construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales que éstos «no han de ser diferentes, en lo sustancial, a los límites generales a la expresión admitidos constitucionalmente para otros canales».

⁵⁷ BALKIN (2004): 43.

⁵⁸ Sobre la redefinición de la propiedad intelectual, cfr. LESSIG (2009): 275 y ss.

⁵⁹ A las nuevas formas de censura en Internet, he dedicado de forma más extensa dos trabajos a los cuales me remito: TERUEL LOZANO (2014 a) y (2014 b).

⁶⁰ VILLAVARDE MENÉNDEZ (1995).

⁶¹ Muy contundente resulta a este respecto la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet suscrita por el Relator Especial de la ONU para la libertad de opinión y de expresión, la Representante para la libertad de los medios de comunicación de la OSCE, la relatora especial de la OEA para la libertad de expresión y la relatora especial de la CADHP sobre libertad de

decidiera filtrar determinados tipos de contenidos lícitos. Por otro lado, práctica que mantiene en China de la mano del gobierno de este país, por ejemplo.⁶² De igual forma, también parece necesario redefinir la garantía de la prohibición del secuestro administrativo de comunicaciones a la vista de los organismos administrativos y de las autoridades independientes que cada vez tienen más competencias, incluso sancionadoras, que afectan a la libertad de expresión en el ciberespacio y en el espacio físico.⁶³

Asimismo, la neutralidad en la Red se ha convertido en un principio esencial para garantizar el pluralismo en el ciberespacio,⁶⁴ a través de la consideración de Internet como un servicio público.⁶⁵ Y precisamente este valor de Internet como

expresión y acceso a la información, que en su apartado 3.º dispone: «*a. El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual. / b. Los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión. c. Se debe exigir que los productos destinados a facilitar el filtrado por los usuarios finales estén acompañados por información clara dirigida a dichos usuarios acerca del modo en que funcionan y las posibles desventajas si el filtrado resulta excesivo.*».

⁶² La cuestión de la privatización de la censura online es analizada meticulosamente en GARTON ASH (2016): 360 y ss.

⁶³ En el ámbito de Internet surgió gran polémica en torno a la conocida como Ley Sinde (cfr. TERUEL LOZANO (2011) y (2010)); pero más allá de este ámbito uno de los ejemplos más notables está en los regímenes administrativo sancionadores y autoridades anti-discriminación específicas que velan frente a discursos del odio. Recientemente se publicaba la noticia de la primera sanción por insultos homófobos impuesta por la Generalidad de Cataluña al amparo de la Ley anti-homofobia catalana. Puede verse la noticia en el siguiente enlace: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/09/29/catalunya/1475162455_776332.html

⁶⁴ En este sentido, ha señalado RODOTÀ (2012): 387 que: «il principio di neutralità della rete e la considerazione della conoscenza in rete come bene comune, al quale deve essere sempre possibile l'accesso. Per questo è necessario affermare una responsabilità pubblica nel garantire quella che deve ormai essere considerata una componente della cittadinanza, dunque una precondizione della stessa democrazia, E, in questo modo, si fa emergere anche l'inammissibilità di iniziative censorie».

⁶⁵ El reconocimiento de la neutralidad en la Red y la declaración como servicio universal de los servicios de comunicaciones electrónicas es la línea que ha mantenido la Unión Europea, consolidada en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento y del Consejo de 25 de noviembre de 2015. También ha sido la política mantenida por la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos al considerar Internet como servicio público para garantizar la neutralidad en el mismo. Como ejemplo, la Declaración de Derechos en Internet aprobada por la Comisión parlamentaria italiana el 28 de julio de 2015 afirma el principio de la neutralidad en la Red en su artículo 4.º con el siguiente tenor: «*1. Every person has the right that the data he/she transmits and receives over the*

servicio público es el que ha llevado a que se empiece a reconocer como derecho el acceso a Internet;⁶⁶ derecho íntimamente ligado a la libertad de expresión, ya que es un *prius* para el ejercicio de la misma a través de este medio de comunicación. En este sentido, la Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet del Consejo de Europa, entre otras, ha reconocido que «*el acceso a Internet es un medio importante para que usted ejerza sus derechos y libertades y participe en la democracia*»; debiendo resultar «*asequible y no discriminatorio*».⁶⁷ Se trata, en definitiva, de un derecho fundamental que trasciende su dimensión como un derecho de acceso a la tecnología en sí misma. En palabras de S. Rodotà: «il diritto di accesso a Internet, tuttavia inteso non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d'essere della persona del mondo, dunque come effetto di una nuova distribuzione del potere sociale [...]. Il diritto di accesso, infatti, si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete».⁶⁸

Por su parte, otras libertades públicas, como la libertad religiosa o la libertad de manifestación y reunión, también pueden verse afectadas por la nueva realidad tecnológica, no tanto en su contenido, cuando en las modalidades de ejercicio. Son conocidas, por ejemplo, las dificultades que han presentado las convocatorias «espontáneas» de manifestaciones a través de redes sociales. De hecho, la mencionada Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet reconoce que las personas han de tener «*la libertad de elegir cualquier sitio web, aplicación u otro servicio para formar o movilizar grupos sociales o asociaciones*».⁶⁹

Internet be not subject to discrimination, restrictions or interference based upon the sender, recipient, type or content of the data, the device used, applications or, in general, the legitimate choices of individuals. / 2. The right to neutral access to the Internet in its entirety is a necessary condition for the effectiveness of the fundamental rights of the person. ».

⁶⁶ Con abundante información al respecto, cfr. TORRES DÍAZ (2013), que analiza el derecho de acceso a Internet como derecho fundamental.

⁶⁷ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

⁶⁸ RODOTÀ (2012): 384.

⁶⁹ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

4.2. *La protección de la privacidad y de los derechos de la personalidad ante el «Imperio de la vigilancia»*⁷⁰

Si la libertad de expresión es la reina en la Era digital, la privacidad se ha convertido en aquella princesa amenazada en un mundo orwelliano de la vigilancia masiva de los ciudadanos y de tráfico continuo de datos personales. Porque la entrada en Internet no puede suponer la pérdida de nuestros derechos como «víctimas conscientes».⁷¹ Pero no son sólo las amenazas que se ciñen sobre los derechos de la personalidad, sino también los cambios en los usos sociales los que nos obligan a replantear el reconocimiento de estos derechos.

Ocurre que «la rivoluzione elettronica ha trasformato la nozione stessa di sfera privata, divenuta sempre più intensamente luogo di scambi, di condivisione di dati personali, di informazioni».⁷² Hablamos de amistades identificándolas con puros contactos en redes sociales.⁷³ Una redefinición de «lo público» y «lo privado» que ha llevado a la articulación de un espacio intermedio, la «extimidad», que «parte de la base de que el auge de la interconexión mediada supone la perversión de la substancialidad propia de la esfera privada por parte de los individuos, quienes, en este contexto, tienden a valorar su publicidad por encima de su salvaguarda».⁷⁴ Lo cual reclama una readaptación del propio concepto clásico de intimidad entendido como la facultad de impedir del conocimiento ajeno un espacio privado, tradicionalmente vinculado a la vida personal y familiar.⁷⁵ En palabras del Tribunal Constitucional, «la intimidad personal constitucionalmente garantizada [entraña] la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad de vida humana».⁷⁶ Una concepción que, sin embargo, debe enriquecerse ahora enfatizando la capacidad de autodeterminación de cada persona sobre la información que le afecta, lo que lo vincula con el derecho a la protección de datos y a la idea del *habeas data*.⁷⁷ Los

⁷⁰ RAMONET (2016).

⁷¹ RODOTÀ (2012): 394.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ NOAÍM Sánchez (2016): 250.

⁷⁴ NOAÍM Sánchez (2016): 193-195.

⁷⁵ Véase sobre esta cuestión la obra *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2016).

⁷⁶ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 57/1994, de 28 de febrero, FJ. 5.º

⁷⁷ En este sentido explica RODOTÀ (2012): 396 «le due dinamiche che hanno mutato il senso sociale della privacy, non pipu ancorata soltanto al criterio dell'escusione dell'altro, ma trasfor-

ciudadanos sobre todo en el espacio virtual deben poder controlar hasta dónde y en qué medida publican determinados aspectos de su esfera privada. De ahí la importancia de exigir transparencia sobre el uso que hacen de nuestros datos personales las corporaciones en Internet, y en particular las redes sociales. Algo que justifica, como veíamos, una intervención pública para regular las políticas de privacidad de las empresas que operan en estos ámbitos y para incidir directamente en la arquitectura de las redes sociales y de otros ámbitos del ciberespacio para salvaguardar la privacidad de las personas.

Asimismo, los mecanismos de vigilancia clandestina masiva desarrollados en una alianza entre Estado, aparato militar de seguridad y la industria de gigantes de la web han instaurado un auténtico «Imperio de la vigilancia»⁷⁸ al que hay que enfrentarse. No caben excusas del tipo de que al final el manejo de datos que hacen estas grandes compañías nos termina beneficiando (por ejemplo, porque nos ofrecen publicidad personalizada); o que no somos tan interesantes o tan ricos para que nadie se moleste en reconstruir nuestras vidas; o que no hemos hecho nada malo para que nos vigilen.⁷⁹ Tenemos que tomar precauciones porque lo cierto es que la capacidad tecnológica de espiar y manejar datos se está volviendo cada vez más sofisticada, barata y accesible.⁸⁰ Y es necesario que afirmemos las garantías constitucionales de nuestra privacidad, tanto frente a los Estados como frente a los Señores de Internet. Hay que abrir una reflexión sobre el sentido del secreto de las comunicaciones en Internet (¿o acaso admitimos que Gmail pueda analizar nuestros emails aunque sea con fines comerciales?); debemos reconocer la inviolabilidad de nuestros aparatos tecnológicos como lo hacemos como con nuestro propio domicilio; o, por poner un último ejemplo, debemos oponernos a que los Estados o las grandes compañías puedan estar continuamente cruzando datos sobre nosotros como si fuéramos potenciales terroristas o meros consumidores potenciales. Comparto con el profesor Pérez Luño que «[la] Red no puede degenerar en una vigilancia incontrolada de millones de ciudadanos [...] Urge reivindicar el status de una ciudadanía universal frente al riesgo de que las potencias hegemónicas degraden a millones de ciudadanos del planeta a la mera condición de súbditos»; porque «[l]a seguridad nunca debe conseguirse

mata e rafforzata dal diritto di seguire le proprie informazioni ovunque esse si trovino; opporsi alle interferenze».

⁷⁸ RAMONET (2016): 15.

⁷⁹ KEENAN (2015): 243 y ss.

⁸⁰ KEENAN (2015):252.

a costa de la libertad de los ciudadanos, pues sin libertad nunca podremos estar seguros».⁸¹

Del mismo modo, es necesario afrontar también nuevos problemas como el anonimato en la Red, el cual de una parte puede facilitar la impunidad de hechos ilícitos a través de la Red pero por otro es garantía para los propios ciudadanos;⁸² el derecho al olvido que ha nacido como un hijo de la protección de datos y nieto de la privacidad ante la «obligación de recuerdo» que imponen los buscadores en Internet, como antes fuera en sentido contrario la *damnatio memoriae*;⁸³ o la protección de la propia imagen, en un mundo en el que de forma continua compartimos fotografías y subimos a la web imágenes de terceros normalmente sin un consentimiento expreso. Asuntos que reclaman una profunda reflexión social y respuestas jurídicas.

4.3. *Los derechos de participación política: ¿hacia una ciber-democracia?*

Las tecnologías de la información y la comunicación pueden tener un importante impacto sobre las formas de comunicación y participación política y, por ende, sobre los derechos de participación política. Incluso, para algunos se abriría la oportunidad de mutar nuestras democracias representativas en sistemas asamblearios en los que los ciudadanos nos encontraríamos en una consulta continua. «[U]na democrazia nella quale l'abitazione di ciascuno sarebbe stata trasformata in cabina elettorale».⁸⁴ Pues bien, convendría realizar un juicio crítico de estas posibilidades para lo cual propongo asumir como eje de estudio las tres promesas sobre las que se asientan nuestras democracias y cuya realización debemos pretender según N. Bobbio: «participación (o bien concurso colectivo, y generalizado, aunque indirecto, en la toma de decisiones válidas para toda la comunidad), control desde abajo (a base del principio de que todo poder no controlado tiende al abuso) y libertad de disenso».⁸⁵

⁸¹ PÉREZ LUÑO (2005): 20 y 22.

⁸² Advierte RODOTÀ (2012): 392 y ss., que las políticas que pretenden implantar el «real name» pueden facilitar que las empresas vinculen datos, dejando a los ciudadanos cibernéticos en una situación aún más desamparada ante la vigilancia en Internet. Así la Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet reconoce que los ciudadanos pueden «optar por no revelar su identidad en línea, por ejemplo mediante el uso de seudónimo. Sin embargo, debe tener en cuenta que las autoridades nacionales pueden tomar medidas que conduzcan a revelar su identidad».

⁸³ RODOTÀ (2012): 404.

⁸⁴ RODOTÀ (2012): 380.

⁸⁵ BOBBIO (1986): 45.

Qué duda cabe, como ya se ha visto, que las TICs y en particular Internet ofrecen un foro excepcional para el desarrollo de la libertad de expresión. El ciberespacio se ha convertido en «la plaza pública —el ágora— de la comunidad global»,⁸⁶ en la que además por su carácter espontáneo y abierto todos podemos participar. Un ejemplo de esta influencia lo hemos encontrado en la importancia que adquirieron las redes sociales para la difusión de las consignas democráticas en las revoluciones de la primavera árabe. Y en nuestro día a día comprobamos cómo foros, redes sociales o webs de diversa índole se convierten en referentes para la formación de la opinión pública, superando incluso la influencia de medios de comunicación tradicionales. En este punto, por tanto, parece indiscutible el valor de Internet y de las TICs para la plena realización de un espacio de opinión pública libre y plural, que debe salvaguardarse frente a cualquier forma de censura.

De igual forma, las TICs también pueden ayudar al control desde abajo del poder. En este sentido cabe destacar las posibilidades que se abren en torno a la transparencia como un mecanismo para el control difuso del poder. Pero también se pueden diseñar instrumentos para que los representantes políticos den cuenta más inmediata a los ciudadanos de sus actuaciones.

Y, por supuesto, las TICs permiten facilitar la participación política de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas. Por ejemplo, la iniciativa legislativa popular se podría facilitar mediante la recogida de firmas digitales, o se podría avanzar en medios de voto telemático para agilizar consultas directas a los ciudadanos. Sin embargo, ¿creemos que es de verdad posible o deseable ir en la dirección de una «tele-democracia» o de una «ciber-democracia»? Pues bien, considerando que los medios tecnológicos pueden desarrollarse, un primer escollo ante esta posibilidad es la alfabetización digital. En nuestros países todavía son numerosas las capas de ciudadanos que no tienen formación digital suficiente como para asumir una forma democrática del género. Pero, aún más, ¿de verdad se piensa que una ciber-democracia sería una democracia de más calidad? Yo no lo creo. Básicamente porque un sistema asambleario obliga a reducir la complejidad de las decisiones a un sí o un no, a blanco o negro, limitando las posibilidades intermedias de decisión y polarizando el debate en los extremos. Como advirtiera el propio Bobbio: «no se ve cómo puedan someterse a referéndum todas las cuestiones que en una sociedad cada vez más compleja deben resolverse con deliberaciones colectivas».⁸⁷ Personalmente apuesto por una democracia más

⁸⁶ Informe final de la Comisión especial sobre Redes Informáticas del Senado, aprobado en la sesión de la Comisión del 9 de diciembre de 1999.

⁸⁷ BOBBIO (1986): 89.

deliberativa y, en ese mismo sentido, más participativa dentro de un modelo representativo enriquecido. Se puede avanzar, a través de las tecnologías y sin ellas, en nuevas formas de participación que doten de un mayor contenido al mandato representativo que conceden los ciudadanos y que permitan una mayor participación de éstos en el proceso de toma de decisiones públicas sin que ello mute el sistema democrático hacia un asamblearismo extremo (por ejemplo, a través de un proceso legislativo más abierto e incluso con posibilidades de intervenciones y enmienda de ciudadanos y grupos sociales). Como ya tuve la ocasión de sostener en otra sede, «Internet y las nuevas tecnologías han de ser así un instrumento para abrir y acercar la política, pero no para sustituir a nuestros representantes políticos por una ciber-asamblea».⁸⁸

5. REFLEXIÓN FINAL: ¿ES NECESARIA UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN INTERNET? ¿O UNA CONSTITUCIÓN PARA EL CIBERESPACIO?

Como conclusión del presente trabajo puede destacarse la idea de que los avances tecnológicos y los nuevos paradigmas sociales, económicos, culturales y políticos que caracterizan a la actual sociedad en red exigen una reafirmación de los derechos fundamentales en un doble sentido: por un lado, cabe reivindicar la eficacia de los derechos fundamentales como valores objetivos en el diseño de la arquitectura de Internet, debiendo erigirse como la guía que orienta la construcción del ciberespacio para hacer de éste un espacio en el que la libertad, la igualdad y la autonomía de los ciudadanos quede plenamente realizada. Por otro lado, se asume la necesidad de traducir el contenido y las garantías de los derechos fundamentales ante las nuevas pautas de relación humanas y ante las amenazas que han surgido como consecuencia del nuevo entorno tecnológico.

De ambas consideraciones se deduce entonces de forma casi inmediata la necesidad de constitucionalizar el ciberespacio. La construcción del ciberespacio y las nuevas perspectivas en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales reclaman una adaptación de la concepción que de estos teníamos hasta el momento. Algo para lo que no parece suficiente con introducir reformas en las constituciones nacionales que mencionen la nueva realidad tecnológica como tampoco sería adecuado asumir esta tarea desde la interpretación amplia de los textos constitucionales.⁸⁹ Parece imprescindible afrontar la proclamación de una Carta de

⁸⁸ TERUEL LOZANO (2013): 48.

⁸⁹ Así, DE MINICO (2015): 12 y ss.

derechos para Internet en el ámbito supranacional o, aún más, de asumir un auténtico proceso constituyente en el mismo que culminara con un texto constitucional. Si el ciberespacio forma una comunidad política global en la que ciudadanos de todo el orbe terrestre interactúan, se comunican y desarrollan actividades ordinarias, la ordenación básica de la misma le corresponde a una constitución que fije sus principios rectores para garantizar la plena realización de los ciudadanos en el nuevo entorno sobre los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Ello presenta problemas clásicos y suscita dudas evidentes: ¿quién asumiría ese poder constituyente y promulgaría la constitución? ¿con qué legitimidad? ¿Cuál sería la eficacia de esa Constitución y a quien iría dirigida? ¿Qué contenidos debería incorporar? A este respecto, empezando por las últimas preguntas, algunas de las cuales ya han sido parcialmente respondidas en el presente estudio, entiendo que esa Constitución de Internet tendría que incorporar una carta de derechos adaptada a la nueva realidad virtual, al modo de la *Dichiarazione dei diritti*, pero también habría que concretar un modelo institucional, una forma de gobernanza para el ciberespacio que respondiera a las exigencias propias del principio democrático.⁹⁰ Como expresa la Declaración de NETmundial Multistakeholder adoptada en Brasil el 24 de abril de 2014: «Internet governance should be built on democratic, multistakeholder processes, ensuring the meaningful and accountable participation of all stakeholders, including government, the private sector, civil society, the technical community, the academic community and users». Se trataría de una constitución que desplegaría su eficacia frente a los poderes que actúan en Internet, públicos o privados, y que comprometería a todos los usuarios de la Red. Porque si hay algo que se ha demostrado evidente es que «hay que replantear la declaración de derechos humanos, que no en vano fue firmada por Estados, no por los señores del aire. Exigir a las empresas transnacionales de teleservicios que respeten los derechos básicos de los ciudadanos de E3 [entorno digital], empezando por el derecho al fuero íntimo y al acceso universal, es una de las primeras tareas a acometer para civilizar y democratizar E3».⁹¹

Por último, más difícil resulta definir cuál puede ser ese poder constituyente que legitime este proceso de constitucionalización del ciberespacio. Cabe plantearse si el mismo podría liderarse en el seno de la propia ONU; quizá como un

⁹⁰ En este sentido ha señalado RODOTÀ (2012): 415, cómo «non si può accettare una privatizzazione del governo di Internet, ed è indispensabile far sì che una pluralità di attori, ai livelli più diversi, possa dialogare e mettere a punto regole comuni. Il tema della democrazia promossa da Internet esige che si affronti anche la questione della democrazia di Internet».

⁹¹ ECHEVARRÍA EZPONDA (2000): 56.

primer paso hacia la construcción de un «Estado de la Red».⁹² Una reflexión que, por más que hoy pueda parecer ciencia-ficción, puede tener un valor prospectivo. Al final, «[c]imentarsi con il problema della «costituzione di Internet», del modo complessivo in cui la tecnologia incontra il tema della libertà e istituisce lo spazio politico, significa proprio fare i conti con processi reali. Le trasformazioni determinate dalla tecnologia possono essere comprese, e governate, solo se si è capaci di mettere a punto strumenti «prospettici», e se questo avviene ridefinendo i principi fondativi delle libertà individuali e collettive».⁹³

6. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN de Letrados del Tribunal Constitucional (2016). *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BALKIN, J. M. (2004). Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*. N. 71-1.
- BIA, Alejandro y López-Tarruella, Aurelio (2016). Fundamentos técnicos y organizativos de Internet. En López-Tarruella, Aurelio (dir.). *Derecho TIC*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BILBAO Ubillos, Juan María (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEPCC.
- BOBBIO, Norberto (1986). *¿Qué es socialismo?*. Trad. de Juan Moreno. Barcelona: Plaza & Janés.
- BOIX Palop, Andrés (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos* (pp. 55-112). N. 173.
- CASTELLS, Manuel (1997). *La Era de la Información*. Madrid: Alianza.
- CORREDOIRA y Alfonso, L. (2007). Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva «Sociedad de la información». Estudio específico del artículo 19. En Cotino Hueso, Lorenzo (coord.). *Libertad en Internet. la red y las libertades de expresión e información* (pp. 58-73). Valencia: Tirant lo Blanch.
- COTINO Hueso, Lorenzo y Torre Forcadell, Sonia (2002). El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet. En *Actas del XV Seminario de Derecho e informática* (pp. 897-917). Madrid: Aranzadi.

⁹² Cfr. RODOTÀ (2012): 421, siguiendo en este punto a M. Castells.

⁹³ RODOTÀ (2012): 423.

- DE ANDRÉS Blasco, J. (2005). ¿Qué es Internet?. En García Mexía (dir.). *Principios de Derecho de Internet* (pp. 29-97). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE MINICO, Giovanna (2015). Towards an Internet Bill of Rights. *Loy. L. A. Int' & Comp. L. Rev.*, 37, 1.
- ECHEVARRÍA Esponza, Javier (1994). *Telópolis*. Barcelona: Destino.
- ECHEVARRÍA Esponza, Javier (1999). *Los Señores del Aire: Telópolis y el Tercer Entorno*. Barcelona: Destino.
- ECHEVARRÍA Esponza, Javier (2000). Democracia y sociedad de la información. *Isegoría*, 22, pp. 37-57.
- FERNÁNDEZ Esteban, María Luisa (1998). *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*. Madrid: Mc GrawHill.
- GALINDO Ayuda, Fernando (2013). El Derecho de la sociedad en red: una introducción. En ID. (coord.). *El Derecho de la sociedad en red* (pp. 11-20). Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- GARCÍA Mexía, Pablo (2016). El Derecho de Internet. En Pérez Bes, Francisco. *El Derecho de Internet* (pp. 17-39). Barcelona: Atelier
- GARTON Ash, Timothy (2016). *Free speech. Ten principles for a connected world*. Londres: Yale University Press.
- KEENAN, Thomas P. (2015). *Tecnosiniestro*. Madrid: Melusina.
- LESSIG, Lawrence (2009). *El código 2.0*. Madrid: Traficantes de sueños.
- MOLINA García, María José (2016). Comprensión jurídica del ejercicio de los derechos humanos en Internet: afectación a la libertad, privacidad y seguridad de las personas. *Actualidad civil. La Ley*. N. 15.
- MUÑOZ Machado, Santiago (2000). *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Madrid: Taurus.
- NOAIM Sánchez, Amaya (2016). *La protección de la intimidad y vida privada en Internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos.
- OLMOS, Ana (2016). La gobernanza de Internet. En Pérez Bes, Francisco (coord.). *El Derecho de Internet* (pp.343-358). Barcelona: Atelier.
- PÉREZ Luño, Antonio (2005). Internet y la garantía de los derechos fundamentales. En Murillo Villar y Bello Paredes (coords.). *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías. Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Brugos*. Burgos: Universidad de Burgos.
- PÉREZ Luño, Antonio (2011). *Los derechos fundamentales*. 10.ª Ed. Madrid: Tecnos.
- RAMONET, Ignacio (2016). El imperio de la vigilancia. Madrid: Clave intelectual.
- RODOTÀ, Stefano (2012). *Il diritto di avere diritti*. Bari: Editori Laterza.

- TERUEL Lozano, Germán M. (2010). Internet, derechos fundamentales y economía sostenible. En Alonso Sánchez, R. (coord.). *Economía social y economía sostenible* (pp. 333-398). Navarra: Aranzadi.
- TERUEL Lozano, Germán M. (2011): El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. En Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (Pp. 52-87). Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia. ISBN: 978-84-694-0081-4. Texto accesible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
- TERUEL Lozano, Germán M. (2013). Libertades y derechos de la persona en Internet: retos en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ante el paradigma tecnológico de la sociedad del siglo XXI. En Id. y otros (dir.). *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y Nuevas Tecnologías* (pp. 39-58). Navarra: Aranzadi.
- TERUEL Lozano, Germán M. (2014a). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto* (Pp. 41-72). Vol. 62/2.
- TERUEL Lozano, Germán M. (2014b): Freedom of speech and new means of censorship in the digital era. *Percorsi Costituzionali* (Pp. 560-579). N. 2/2014.
- TORRES Díaz, María Concepción (2013). El derecho de acceso a internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica. En Loreto Corredoira y Alfonso, Loreto y Cotino Hueso, Lorenzo (dir.). *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VAN DICK, Jan (2012). *The Network Society*. Londres: SAGE.
- 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.