

# CIBERCONSTITUCIONALISME. LES TIC I ELS ESPAIS VIRTUALS DELS DRETS FONAMENTALS

Ignacio Villaverde Menéndez\*

## Sumari

- I. Algunes qüestions prèvies
- II. Constitució democràtica i ciberespai: l'erosió de l'espai comú
  - 1. La fiabilitat de la democràcia constitucional: els drets fonamentals
  - 2. Espais de trobada i drets fonamentals
- III. Els drets fonamentals com a espai de ciutadania
- IV. L'impacte del ciberespai en l'objecte dels drets fonamentals
- V. Ciberespai i responsabilitat: l'impacte del ciberespai en el contingut dels drets fonamentals

---

\* Ignacio Villaverde Menéndez, professor titular de dret constitucional de la Universitat d'Oviedo, Departament de Dret Públic, Campus del Cristo, s/n, 33006, Universitat d'Oviedo, Astúries, nacho@uniovi.es.  
Article rebut el 29.06.2007.

## I. Algunes qüestions prèvies

No fa gaire Cass Sunstein ens enfrontava davant d'una imatge inquietant al seu llibre *Republic.com*.<sup>1</sup> Aquest ciberespai tan ponderat per tothom estava creant individus aïllats del món real, immersos en un món personalitzat. I no només per la capacitat hipnòtica de la pantalla digital. La qüestió era que els instruments que oferia el ciberespai permetien a l'individu reduir aquest món a només allò que era del seu interès. Llegiria només les notícies del que l'interessés, només rebria la informació de les fonts i amb el biaix pels quals tingués tirada, en fi, viuria al seu propi món que només omplirien els objectes que desitgés que fossin allà. La tan lloada *personalització* del ciberespai acabaria per destruir la noció de *ciudadà* perquè ja ningú no compartiria més un espai comú on percebre la diversitat del món. Encara més, ja ningú no estava obligat a conviure amb els altres.

Ser *ciudadà* és ser membre d'una comunitat en la qual es prenen decisions, en què es participa en la presa de decisions amb què es governa un Estat; d'això es desprenen les exigències principals que, d'una banda, tots hem de ser *iguals* en la participació i la presa d'aquestes decisions, i, d'una altra, que tothom quedi integrat en un espai salvaguardat per un conjunt de garanties jurídiques del valor i el nivell més alts que no solament assegurin aquella igualtat, sinó que també emparin una *llibertat* indispensable per a la qualitat democràtica del procés i el seu resultat. Per a això últim han de servir els *drets fonamentals*.

La funció dels drets fonamentals és la de ser garants de la llibertat del ciutadà, que ho és justament per ser lliure, i també d'un espai en el qual s'exerceix la condició de ciutadania que ha de ser, sense embuts, *públic*. El seu sentit últim en l'Estat democràtic és ser la causa jurídica de l'espai per a la vida pública en la qual ens trobem amb l'altre, on és indispensable trobar-se amb l'altre, encara que la presència de l'altre, del diferent, ens pertorbi i fins i tot molesti o incomodi.<sup>2</sup>

Doncs bé, les paraules de Sunstein ens alerten davant del greu risc que la *intimitat* del ciberespai destrueixi aquests pilars de l'Estat democràtic i perverteixi el sentit dels drets fonamentals. O potser sigui el moment d'un canvi de paradigma en la teoria constitucional contemporània per incorporar un fenomen que amenaça la noció mateixa de ciutadania, la qual constitueix, sens dubte, un dels pilars del constitucionalisme dels nostres dies.

L'objecte d'aquest treball és examinar l'impacte d'aquest nou lloc públic (si és que ho és) que és el ciberespai en les nostres estructures constitucionals tradicionals. La idea central que es vol defensar és que el ciberespai configura una realitat vital nova i emergent en què s'exerceixen drets fonamentals sense que, en principi, aquest nou espai d'exercici dels drets exigeixi canvis en la seva teoria general. El ciberespai no afegeix ni treu gens a aquella teoria general. Una cosa diferent és que els instruments tècnics que creen o coadjuven a l'existència del ciberespai facilitin uns certs exercicis dels drets fonamentals o n'incorporin noves formes

<sup>1</sup> Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2002 (3a ed.), cap. I, pàg. 3 i seg.; no obstant això, l'autor corregeix la impressió negativa que en ocasions sembla transmetre el seu llibre sobre el ciberespai a l'«Epíleg» que ha incorporat a la tercera edició del seu llibre i que ha estat la consultada per a aquest treball. Es pot veure una visió més obertament positiva, no sense cauteles, de la irrupció del ciberespai en el sistema politicoconstitucional a Stefano Rodotà, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma, 1997, en especial pàg. 32 i seg., i pàg. 134 i seg.

<sup>2</sup> Sobre l'«espai públic» i les seves funcions polítiques és de cita obligada el llibre ja clàssic de Jürgen Habermas *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zur einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990 (reed., rev. i corr.), *passim*; i des d'un enfocament més general però no menys apassionant el llibre de Richard Sennett *The Fall of Public Man*, 1976 (2a ed.); vegeu també el treball molt interessant de Daniel Innerarity *El nuevo espacio público*, Espasa-Calpe, 2006, en especial la introducció, les seccions 1 i 2 de la I part i la II part; i el de Soledad Murillo *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 2006 (2a ed.), en especial cap. IV i seg. Vegeu també amb caràcter general l'opuscle de Francisco Bastida Freijedo «Constitución, Soberanía y Democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pàg. 9 i seg. Consulteu el de Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pàg. 20 i seg.

d'exercici (per exemple, els drets de participació política) que requereixen un tractament juridicoconstitucional singular.

## II. Constitució democràtica i ciberespai: l'erosió de l'espai comú

La constitució de l'Estat democràtic de dret és una norma que, entre les seves funcions, hi ha la de crear espais públics de *confrontació*. I ho fa a través, especialment, dels drets fonamentals, el sistema de partits i la institució parlamentària. Aquesta institució i els partits són un *fòrum* institucional i orgànic de *confrontació* d'idees;<sup>3</sup> els drets fonamentals creen un espai accessible a qualsevol (un espai *públic*) on participar i expressar pensaments o crear agrupacions de persones per dur a terme projectes i accions de diversa factura. Ambdues realitats, expressar missatges o agrupar-se, tenen lloc en convivència i interactuació d'un amb la resta, amb els *altres*.<sup>4</sup> Aquesta trobada requereix que l'un *toleri* la *presència* de *l'altre* en aquest espai, en què cal abstenir-se d'impedir-la i/o entorpir-la, fins i tot hom ha de suportar la seva presència; això imposa la *confrontació* amb altres realitats, amb altres formes de veure i entendre (un espai *plural*). La confrontació concebuda, és clar, com la «confrontació d'una cosa amb l'altra», com el debat i l'enfrontament de l'univers ideològic personal amb el dels altres. La democràcia s'assenta fermament en aquesta *confrontació* dins l'espai públic i plural que la constitució democràtica crea i afavoreix, on s'accepta i es tolera els altres.<sup>5</sup>

El ciberespai posa en crisi greu aquest axioma de l'Estat constitucional democràtic de dret perquè hi batega la pulsio de l'aïllament i la solitud individual que redueix l'autonomia pública de l'individu-ciudadà a una expressió més de la seva autonomia privada d'individu sense altres atributs; encara que és innegable que el ciberespai ofereix també oportunitats infinites d'ampliar el fòrum públic.

El trànsit del ciudadà al *netizen* no asossegue pas, ans crea neguit, perquè el ciberespai en el qual es produeix aquesta transformació fragmenta l'espai públic i pot dissoldre la democràcia constitucional en *fragments de sobirania individual* que ja no estan només formalitzats simbòlicament en els drets fonamentals, sinó que es fan realitat en una autodeterminació absoluta de la conducta dins el secret de la privacitat.<sup>6</sup> Una privacitat que ja no és obstacle d'un espai públic amb una gran potència expansiva, sinó una coartada per reduir

<sup>3</sup> Segons la meua opinió, aquesta és la idea última que encoratja, per exemple, la ja sòlida doctrina del Tribunal Constitucional espanyol (d'ara endavant, TC) respecte de les funcions de les taules parlamentàries en el filtrat d'assumptes que s'han d'admetre a tràmit i debatre's a la Cambra. El TC estableix amb claredat que no és aquest òrgan tècnic parlamentari el que està cridat en rigor a *filtrar* també els assumptes polítics que ha de debatre públicament la cambra legislativa, sostraint el debat al coneixement dels ciutadans (per totes, STC 38/1999).

<sup>4</sup> Aquesta idea dels «altres» té el seu referent a l'obra de Jürgen Habermas *La inclusió del otro: estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1998 (trad. de Velasco Arroyo/Vilar Roca), *passim*, però molt particularment les pàg. 189 i seg., 196 i seg., i 255 i seg. És important no perdre de vista la dimensió juridicoconstitucional de la *inclusió de l'altre*, per a la qual cosa és de cita i consulta obligada el llibre de Benito Aláez Corral *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, *passim*; i algunes de les idees d'aquestes línies tenen la seva font al llibre de T. Alexander Aleinikoff *Semblances of Sovereignty. The Constitution, the State, and the American Citizenship*, Harvard University Press, Massachusetts/Londres, 2002, sobretot cap. 7 i 8. Consulteu també el de Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 105 i seg.

<sup>5</sup> Consulteu Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 27 i seg., i pàg. 200 i 212; el llibre d'Elkin-Koren/Salzberger *Law, Economics and Cyberspace*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, *passim*; i també el de Stefano Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bolonya, 1995; el treball de Nicola Pieraccini «La Costituzione e la rivoluzione informatica», *Rassegna Parlamentare*, núm. 1, 1997, pàg. 13 i seg.; Ward/Vedel, «Introduction: The Potential of the Internet Revisited», *Parliamentary Affairs*, vol. 59, núm. 2, 2006, pàg. 210 i seg.; Ernesto Grun, *Una visión sistemática y cibernética del derecho en el mundo organizado del siglo XXI*, Librarius, Buenos Aires, 2006; i d'Enzo Pizzolo, *Lo Stato nell'era di Internet*, Grenzi, Foggia, 2003; Feral-Schuhl, *Cyberdroit: Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dunod (3a ed.), París, 2002; i finalment Santiago Muñoz Machado, *La regulación de la red*, Taurus, Madrid, 2000. No es pot deixar de citar el llibre de Manuel Castells *La galaxia Internet*, Plaza & Janés, Barcelona, 2001, síntesi atapeïda de la seva monumental trilogia *La era de la informació. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1997, 1998 i 2000.

<sup>6</sup> Sobre els drets fonamentals com a expressió simbòlica de «fragments de sobirania», consulteu Francisco Bastida, *La soberanía borrosa...*, *passim*, en especial pàg. 423 i seg.

a la mínima expressió, si no eliminar, aquest espai indispensable per a l'Estat constitucional democràtic. El *netizen* és, en realitat, un consumidor de *productes democràtics*, d'opinions, idees, vots, serveis, etc.; però un consumidor al cap i a la fi, que el que desitja és un mercat il·limitat de béns i serveis on elegir allò i només allò que és del seu grat i que no vol saber res d'allò que no és satisfactori per ell. I sempre, no cal dir-ho, amb vista al seu hedonisme personal i no a l'interès general.<sup>7</sup> El *netizen* canvia el ciutadà i el torna una imitació de súbdit del mercat de productes del ciberespai.<sup>8</sup>

Aquestes consideracions posen en solfa la realitat efectiva d'una «tecnodemocràcia» a través de la qual tingui lloc veritablement aquesta hipotètica «democràcia contínua»<sup>9</sup> que pal·liaria els mals del sistema de democràcia representativa fagotitzada per l'estructura de partits polítics. Hom diu que les TIC podrien realitzar l'ideal d'un ciutadà en ús permanent de la seva condició de membre de la comunitat sobirana perquè posen al seu abast mecanismes que garanteixen la seva participació efectiva i permanent en les decisions relatives a la cosa pública. Així es regeneraria el teixit democràtic, tan deficitari en els estats contemporanis, si més no d'alguns.<sup>10</sup>

Tanmateix, segons la nostra opinió, aquest intent perquè el *netizen* substitueixi el ciutadà és el d'inventar una democràcia directa que, com bé qualifica Bastida, més aviat és una democràcia «en directe» que pot socavar la identitat del sistema democràtic i posar-lo a les mans de minories i grups d'interès. Diu Bastida amb molt d'encert que la idea fracassa, primer perquè s'alimenta d'una irrealitat jurídica, la democràcia veritable i/o directa; en segon lloc, perquè confon la democràcia deliberativa amb la democràcia d'opinió i plebiscitària, i en tercer lloc, perquè confon la utilitat tècnica (encara per certificar) de certs instruments TIC amb la qualitat i el major valor del sistema democràtic que els adopta (el fet que el vot s'expressi tècnicament i materialment de manera alternativa a la clàssica del vot dipositat en una urna no millora la democràcia). La realitat d'una profunda *bretxa digital* posa en un risc greu una peça fonamental del sistema (si no el fa augmentar encara): la igualtat d'oportunitats en la participació política de tots els ciutadans.<sup>11</sup>

## 1. La fiabilitat de la democràcia constitucional: els drets fonamentals

La democràcia organitza de tal manera el sistema jurídic que el converteix en un instrument, d'una banda, per generar la major quantitat possible d'expectatives jurídiques; i, d'una altra, per canalitzar-les i integrar-les al procés de presa de decisions col·lectives per a la seva possible transformació en voluntat normativa dels ciutadans i, per tant, del poble sobirà. Però el sistema ha de ser fiable i transmetre un grau satisfactori de seguretat, cosa que s'aconsegueix en molt bona mesura amb normes orgàniques, procedimentals i substantives que creen instruments que donen fiabilitat al sistema en conjunt.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> En aquest mateix sentit Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 192 i seg.; encara que matisada la seva opinió, matís que també es comparteix en aquest treball, pàg. 205 i seg. En una altra línia el de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pàg. 134 i seg.

<sup>8</sup> L'expressió és de Stefano Rodotà, vegeu el seu llibre ja citat *Tecnopolítica...*, pàg. 164 i seg.

<sup>9</sup> Aquestes són expressions preses del treball ja citat de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pàg. 81 i seg.; que reprèn i analitza críticament Francisco Bastida, *La soberanía borrosa...*, ob. cit., pàg. 444 i seg.

<sup>10</sup> A més del llibre tantes vegades esmentat de Rodotà, *Tecnopolítica...*, i el de Sunstein, *Republic...*, que, des d'òptiques diferents i complementàries, aborden aquestes qüestions, a Espanya és de cita obligada el conjunt de treballs que componen el capítol dedicat a «Democràcia, participación y transparencia electrónica» del llibre col·lectiu coordinat per Lorenzo Cotino Hueso *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2006. En destacaria ara el de Miguel Presno Linera, «El voto electrónico y el mito de Prometeo», pàg. 149 i seg., i el de Julio Fernández Rodríguez, «La aprehensión de la democracia y el gobierno electrónico», pàg. 133 i seg. Són interessants també les consideracions de Cotino en la «Presentació» de l'obra. Crític amb les idees de la «democràcia contínua», Bastida, *La soberanía borrosa...*, ob. cit., pàg. 444 i seg.

<sup>11</sup> Totes aquestes idees són —i estan millor explicades— al treball ja citat de Francisco Bastida *La soberanía borrosa...*, pàg. 444 i seg.

<sup>12</sup> Aquestes idees estan i es poden trobar desenvolupades amb més encert en el treball de Francisco Bastida Freijedo «La Soberanía borrosa: la Democràcia», *Fundamentos*, núm. 1, «Soberanía y Constitución», 1998, pàg. 381 i seg., pàg. 389 a 391. Són de cita

Entre les normes substantives que contribueixen a aquesta fiabilitat hi ha els drets fonamentals. La norma constitucional garanteix la identitat i la intangibilitat del seu contingut (*igualtat* en la pluralitat del seu exercici) la finalitat del qual és assegurar espais de *llibertat*; és a dir, espais d'acció sotrets al poder públic: espai d'autonomia (poder jurídic per autonormar-se) privada (com a individu) i pública (com a ciutadà).<sup>13</sup> Però aquests espais d'acció serveixen per construir espais públics (i també reals) de trobada mútua, encara que sigui per discrepar. Els drets fonamentals socialitzen d'aquesta manera l'individu perquè són una condició indispensable per al funcionament correcte del sistema de canalització d'expectatives jurídiques individuals cap al procés de formació de la voluntat normativa col·lectiva del conjunt de ciutadans.<sup>14</sup>

I també per això dins la constitució democràtica, i segons una interpretació constitucionalment adequada dels drets fonamentals que hi conté, l'autonomia privada i pública estan en interactuació recíproca.<sup>15</sup>

Igualment, a través seu, a través dels drets fonamentals, es dona fiabilitat al sistema de generació d'expectatives jurídiques i la seva transformació en voluntat normativa de la ciutadania. Els drets fonamentals serveixen, doncs, per donar suport i aportar seguretat a la persona del fet que el sistema processa i canalitza aquestes expectatives respectant i salvaguardant la llibertat i la igualtat de tothom en aquest procés de presa de decisions. Si els drets fonamentals deixen de complir aquesta funció, el sistema democràtic se'n ressent greument i perd credibilitat i, per tant, legitimitat.

## 2. Espais de trobada i drets fonamentals

Els drets fonamentals regulen, doncs, estructures complexes jurídicament que serveixen per a diverses funcions i una d'elles, i en això se singularitzen dins les constitucions de l'Estat democràtic de dret, és el fet de possibilitar espais, però espais reals de trobada amb els *altres*.

En aquest model constitucional l'Estat es legitima mitjançant l'existència de processos de presa de decisió on tots els ciutadans poden participar. Aquests processos han d'assegurar que l'accés i la participació hi són lliures (la intervenció del ciutadà és fruit de l'autodeterminació de la seva conducta, de la seva autonomia com a persona) i en igualtat de condicions. L'obertura d'aquests processos garanteix la pluralitat d'expectatives que hi circulen, les quals hi han accedit lliurement i en condicions d'igualtat perquè es confrontin i, en aquesta confrontació, es duguin a terme amb la possibilitat de tenir-les totes en compte, les que la majoria vulgui. La decisió majoritària només es legitima qualitativament (és a dir, no per ser només el major nombre), de manera

---

imprescindible els treballs de Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998 (trad. de Jiménez Redondo), pàg. 363 i seg.; Robert A. Dahl, *La Democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, en especial la tercera part, pàg. 103 i seg.; i el de Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia*, Alianza, Madrid, 1987, part I, cap. V, pàg. 116 i seg., i cap. XIII, pàg. 444 i seg. La connexió entre espais públics de *confrontació* i democràcia deliberativa es pot veure a Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 37 i seg. Vegeu també, de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pàg. 45 i seg., i en especial pàg. 81 i seg.

<sup>13</sup> Sobre el concepte de «dret fonamental» vegeu Bastida i altres, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, cap. I, pàg. 17 i seg. Vegeu un examen exhaustiu de la dimensió juridicoestatal del «principi democràtic» al treball d'Albert Bleckmann *Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips. Ein Beitrag zur teleologischen Auslegung des Staatsorganisationsrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, *passim*.

<sup>14</sup> Consulteu el treball d'Ernst-Wolfgang Böckenförde «Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtige Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, Hf. 2, Bd. 42, 2003, pàg. 165 i seg.; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez...*, ob. cit., pàg. 147 i seg.

<sup>15</sup> No és possible negar que aquestes idees són tributàries d'una concepció procedimental i deliberativa de la democràcia i de la denominada teoria democràtica i procedimental de la interpretació constitucionalment d'acord amb els drets fonamentals. Sobre ambdues qüestions vegeu els treballs següents i la bibliografia allà citada, a més d'Habermas, *La inclusión del otro...*, ob. cit., *ibidem*; Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», *Neue Juristische Wochenschrift*, Hf. 35, 1974, pàg. 1529 i seg.; Bastida i altres, *Teoría general...*, ob. cit., pàg. 33 i seg., 67 i seg., i 77 i seg.; Ignacio Villaverde Menéndez, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pàg. 57 i seg.

que esdevenen voluntat general (i no de molts) si el sistema jurídic garanteix la possibilitat que els processos de decisió estiguin oberts al major nombre d'expectatives i que aquestes hi accedeixin lliurement, en condicions d'igualtat, i puguin ser conegudes i confrontades per tothom que vulgui fer-ho; encara més, fins i tot per qui no ho desitja.<sup>16</sup> Els drets fonamentals asseguren en conjunt aquesta estructura processal complexa a la qual donen fiabilitat perquè garanteixen de bell antuvi la llibertat de l'accés als processos (autonomia privada) i de la participació i l'elecció en aquests processos (autonomia pública).

Però, perquè això sigui així, el model només és possible en processos que siguin públics.<sup>17</sup> La publicitat del procés, això és, la seva accessibilitat a qualsevol pretensió o expectativa, fins i tot les no desitjades, és una condició indispensable perquè la decisió que es prengui no sigui producte del nombre, sinó d'un procés suposadament racional de presa de decisió. La publicitat dels processos no deriva, doncs, de la decisió individual sobre quina pretensió o expectativa cal atendre o donar suport pel que fa a la decisió, sinó de l'accessibilitat de totes, fins i tot les que hom no vol, ja siguin pertorbadores o bé molestes, dins aquest procés. La publicitat consisteix en la pluralitat de les expectatives en circulació i la seva accessibilitat, i no en la participació de la persona i la seva decisió de fer-ho. Per ser accessibles, cal que les expectatives, totes, siguin visibles. La publicitat rau en la visibilitat del procés i del que hi circula. Els drets fonamentals garanteixen de manera diferent aquest entramat. El dret fonamental a la integritat física i moral, la llibertat ideològica o el dret a la intimitat asseguren aquesta autonomia privada que permet l'autodeterminació individual en el procés per accedir-hi (activament o passivament); asseguren la *llibertat* en l'accés. El principi d'igualtat, la prohibició de discriminació i el dret a l'honor o la protecció de dades<sup>18</sup> asseguren la igualtat d'oportunitats en l'accés i la participació en el procés. Els drets de participació política, d'associació, reunió i manifestació, la llibertat d'expressió i informació i el dret a ser informat asseguren a la persona diferents maneres d'intervenir en el procés per posar-hi en circulació pretensions o expectatives jurídiques o per accedir a les que hi circulen.

El ciberespai no necessita aquesta publicitat, és més, tendeix a no ser *públic* en els seus processos de participació. Permet la fragmentació dels accessos a uns processos en què circulen pretensions i expectatives jurídiques a través de canals únics, només visibles per a alguns i que poden ser bloquejats a tercers. Així mateix, també es pot crear un procés en el qual es bloquegi l'accés a pretensions o expectatives que hom no vol, molestes o rebutjades pels qui intervenen i accedeixen a aquests canals.<sup>19</sup> Aquesta pluralitat fragmentada —una obertura disminuïda en què no hi ha garanties d'igualtat d'oportunitats en l'accés— i la falta de visibilitat del que circula en el procés fan que no sigui fiable i, per tant, que esdevingui defectuós democràticament. Fins i tot encara que siguin molts els que hi participen, perquè —com s'ha dit— el que fa del procés un procés públic, un espai públic, no és la decisió de les persones d'intervenir-hi, sinó l'accessibilitat general de les que circulen en el procés.

<sup>16</sup> Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 35 i seg. Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pàg. 165 i seg.; Francisco Bastida, *La soberanía borrosa...*, ob. cit., *passim*.

<sup>17</sup> Vegeu també Jürgen Habermas, *Facticidad y validez...*, pàg. 407 i seg.; Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 30 i seg., en relació amb la doctrina dels «*public forum*». Consulteu també Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pàg. 76 i seg.

<sup>18</sup> La idea és que aquests dos drets asseguren que a través del tràfic il·legal de dades o la difusió d'imatges difamatòries o denigrants d'una persona se la col·loqui en condicions desiguals envers els altres per intervenir en aquest procés i que les seves pretensions i expectatives tinguin menys valor que les d'altres persones.

<sup>19</sup> Consulteu Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 51 i seg.

### III. Els drets fonamentals com a espai de ciutadania

Ser ciutadà és ser una persona potencialment capaç de participar en els processos de presa de decisió de l'Estat.<sup>20</sup> La condició de persona exigeix llibertat i igualtat per ser-ho dignament dins el sistema jurídic estatal, constitucional i democràtic de l'actualitat. La condició de ciutadà s'adquireix en ser capaç de contribuir a la selecció d'expectatives jurídiques per elevar-les a voluntat normativa col·lectiva a través dels procediments democràtics de creació normativa. Aquesta capacitat suposa que la persona generi les seves expectatives jurídiques i les expressi en el procés de comunicació pública per tal que siguin conegudes i confrontades *pels altres*, així com conèixer i confrontar les d'aquests, fins i tot quan són diametralment oposades a les seves, molestes o feridores. L'acceptació (legitimació) d'aquella expectativa que finalment s'erigeix en norma, fins i tot si resulta oposada frontalment a les pròpies, molesta o feridora, rau en la fiabilitat del sistema a través del qual es produeix aquesta selecció democràtica d'expectatives.

Això solament té lloc en l'espai públic en el qual potencialment tots podem ser ciutadans i on es formulen, confronten i seleccionen les expectatives davant dels ulls de tothom que, en l'exercici dels seus drets fonamentals, ho desitja. Els drets fonamentals asseguren aquestes potències ciutadanes definint pel que fa al seu objecte marcs vitals i normatius exempts de poder públic; és a dir, de llibertat i igualtat.

Els drets fonamentals defineixen i regulen l'espai de vida en comú en la qual es fonamenta la comunitat de subjectes lliures i iguals sobre la qual descansa la constitució democràtica de dret contemporània. Aquest espai comú requereix la garantia simultània de l'autonomia privada que ens fa persones, i l'autonomia pública que ens fa, a més, ciutadans. La constitució democràtica crea i protegeix els ciutadans perquè són persones, i per tal que siguin ambdues coses cal garantir un espai públic i plural que, d'una banda, es distingeixi i separi d'aquest altre espai on s'ha de realitzar l'autonomia privada (el poder jurídic d'autonormar la meua conducta *davant* d'uns altres i *distingir-me'n*); i, d'una altra banda, on tingui lloc la formalització i la procedimentalització, fins i tot sociopolítica, de les diferents expectatives jurídiques mitjançant l'exercici d'aquella autonomia pública (poder jurídic d'autonormar la meua conducta *amb d'altres* i interactuar recíprocament amb ells).<sup>21</sup>

En el primer cas, els drets fonamentals de la privacitat (intimitat, honor, llibertat ideològica i de creences, integritat física i moral, secret de les comunicacions i inviolabilitat del domicili) asseguren al subjecte el seu poder de ser persona decidint sobre el seu propi espai individual i aïllat i ignot al coneixement dels altres. En el segon cas, els drets fonamentals asseguren al ciutadà l'accés a un espai en el qual poden confrontar les seves expectatives jurídiques amb els altres, i participar d'aquesta manera en els processos de decisió política (drets a opinar, informar, saber, protecció de dades, associació i agrupament en qualsevol de les seves formes, reunió i manifestació). La *fonamentalitat* d'aquests drets també rau en aquesta funció democràtica, i la perversió d'aquesta funció o simplement la seva desviació fa que els drets perdin la seva *fonamentalitat*.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Sobre totes aquestes qüestions vegeu el llibre ja citat de Benito Aláez Corral, *Nacionalidad...*, pàg. 195 i seg.

<sup>21</sup> Sobre això vegeu Bastida i altres, *Teoría general...*, ob. cit., pàg. 33 i seg. La qüestió, com se sap perfectament, no és que solament es protegeixin els exercicis d'aquells drets fonamentals que serveixin només a aquests objectius (dogmàtica institucional o democràticoaxiològica dels drets); sinó que, protegint l'exercici dels drets sigui quina sigui la seva finalitat, amb l'exercici mateix es contribueixi a aquesta funció dels drets en el si d'una constitució democràtica.

<sup>22</sup> Vegeu, d'Habermas, l'esmentat *La inclusión del otro...*, pàg. 232 i seg., i 255 i seg. Vegeu també d'aquest mateix autor la seva obra *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998 (trad. de Jiménez Redondo), sobretot cap. VII i VIII, i dels textos complementaris la secc. II. També la secc. III pel que fa referència a la ciutadania, la identitat nacional (així es titula) i la redefinició democràtica de la condició de *citizen*. Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 105 i seg.

El ciberespai pot contribuir de manera intensa a la creació d'aquest espai de possibilitats, però té l'efecte pervers de canviar l'autonomia pública en una mena d'encapsulament individual que aïlla l'individu de la seva condició ciutadana i desnaturalitza no solament el significat i el sentit constitucional dels drets de l'autonomia privada, sinó els de l'autonomia pública en redirigir-los únicament a l'espai de la privacitat.<sup>23</sup> El ciutadà pot acabar dissolt en la persona reduïda a un individu atrapat en l'àmbit de la seva privacitat, el *netizen*. I aquest *netizen* és el titular d'una sèrie de drets que han perdut la seva *fonamentalitat* dins l'Estat constitucional democràtic perquè solament serveixen de garantia a l'anonimat i l'encapsulament individual, cosa que mina greument la fiabilitat del sistema democràtic com un procés de canalització pública d'expectatives jurídiques que s'han de confrontar amb les d'altres persones en condicions d'igualtat i llibertat per aspirar a transformar-se en voluntat normativa col·lectiva.

En efecte, la persona transita cap a la condició de ciutadà dins els processos públics, dins els espais públics, de decisió. El ciberespai fragmenta els processos públics i els transforma en processos tancats, en una imitació de processos privats de decisió que no són fiables democràticament. Com que la decisió dels partícips en el procés és el que determina la seva accessibilitat en els processos que es donen en el ciberespai, la persona, que també ho és en aquests processos (i, com a tal, titular de drets fonamentals), no deixa de ser-ho; no es transforma en ciutadà.<sup>24</sup> El *netizen* és simplement un individu que navega en el ciberespai; no és un *citizen*, és un consumidor.<sup>25</sup>

La funció democràtica dels drets fonamentals és la de possibilitar espais per a la ciutadania a partir d'una protecció decidida de l'autonomia privada. Una de les seves finalitats principals és establir llocs de trobada mitjançant la creació de regles sobre el funcionament de la vida pública on la clau és suportar *l'altre*, la presència del qual no puc evitar, ni, sens dubte, suprimir. Aquest espai em confronta amb les altres coses i en ell em transformo en ciutadà. Però els drets, diguem-ne de la *privacitat*, aquells que asseguren l'autonomia privada de la persona, no serveixen per possibilitar aquesta confrontació, sinó per seleccionar justament amb qui em confronto. Aquests drets regulen el flux d'informació que surt de la persona a l'exterior i la que li arriba de l'exterior. La manera com es comporta el ciberespai s'assembla més a la funció d'aquests drets, reguladors del flux d'informació i dades sobre les persones, que a la funció que és pròpia dels drets fonamentals de l'autonomia pública. En aquests últims, la funció dels drets és possibilitar precisament aquest flux, la visibilitat del que hi flueix obrint el procés de decisió perquè hi circuli aquesta informació i que tothom que vulgui hi accedeixi per conèixer-la i participar si així ho vol; però la informació no decideix el que flueix ni el que circula en aquest procés. Allà sóc persona, aquí sóc ciutadà. El ciberespai permet potencialment i fins i tot afavoreix aquests processos públics. Al contrari, el risc del ciberespai és que, per la seva factura espacial, temporal i modal, intensifica els uns i pot apaivagar aquests altres.

Tots els drets fonamentals s'han concebut sempre en un marc espacial-temporal-modal perceptible i d'interacció social en definitiva. Els primers, els de la privacitat, ho són en relació amb uns altres, als quals excloc de certs àmbits vitals; els segons, els drets d'interacció en sentit estricte, ho són també respecte d'altres perquè creen espais on em trobo i hi confronto.

És que potser hi hauria d'haver un dret fonamental al ciberespai i el seu ús per pal·liar aquest efecte pervers? És evident que una constitució pot convertir qualsevol cosa en dret fonamental. Ara bé, l'explicació metajurídica de la *fonamentalitat* de determinades expectatives jurídiques perquè sigui objecte de protecció constitucional en el si d'un estat democràtic de dret casa poc amb el que s'ha dit mitjançant una idea semblant.

<sup>23</sup> Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 51 i seg., i 89 i seg.

<sup>24</sup> Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 51 i seg., 89 i seg., i 105 i seg.

<sup>25</sup> Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pàg. 164 i seg.

Qüestió diferent és preguntar-se sobre si l'Estat ha de proveir el públic d'accessos al ciberespai que assegurin una igualtat d'oportunitats a l'hora de fer-lo servir.

Una altra cosa és que els poders públics, atès el seu deure positiu de protecció dels drets fonamentals, hagin d'adoptar les mesures oportunes que assegurin la igualtat d'oportunitats en l'ús del ciberespai, escurçant la bretxa digital i obrint espais públics de participació. Aquí també es podrien portar arguments similars als esgrimits per regular la llibertat d'antena.<sup>26</sup>

#### IV. L'impacte del ciberespai en l'objecte dels drets fonamentals

Aquesta funció democràtica dels drets fonamentals, a través de l'exercici dels quals la persona és ciutadana i es confronta amb d'altres, succeeix en un món real delimitable físicament (per exemple, el *domicili* a l'efecte del dret a la seva inviolabilitat) fins a la irrupció del ciberespai. El ciberespai incorpora a aquest món un de paral·lel, intangible, virtual, i amb un marc espacial, temporal i modal difús.

L'objecte dels drets és allò que regula.<sup>27</sup> El dret fonamental assegura al seu titular la realització d'una determinada expectativa de conducta exempta de poder públic. En uns casos l'objecte d'aquesta garantia és un comportament o una panòplia de comportaments (expressar-se, reunir-se, associar-se, etc.); en d'altres casos, l'objecte del dret fonamental no és una conducta, sinó una regla jurídica que prohibeix a algú fer alguna cosa en un àmbit determinat de la realitat (interceptar les comunicacions privades) o un sector de l'ordenament jurídic (garantia del *ne bis in idem* en l'àmbit de la legalitat sancionadora i disciplinària). En el primer cas, l'objecte dels drets és una esfera vital; en el segon, una prohibició del poder públic. La conseqüència d'un i l'altre és la disposició que la persona pot fer de la seva pròpia conducta dins aquesta esfera vital o de resultes que cap altre no en pugui condicionar jurídicament l'elecció.

El ciberespai crea una nova realitat en la qual existeixen de manera peculiar les esferes vitals, i també els àmbits normatius, objecte tradicional dels drets, però amb dimensions espacials, temporals i modals inexistents en el món físic que modifiquen substancialment la manera com els drets fonamentals s'exerceixen.

Quan la persona-ciutadà exerceix els seus drets ho fa en esferes vitals que es delimiten necessàriament respecte a les d'uns altres o s'hi superposen. Aquesta realitat física, real, de l'exercici dels drets fonamentals, o bé ens retira de l'esfera pública assegurant-nos espais de privacitat, o bé ens situa, tant si volem com si no, en l'espai públic. I per això l'objecte dels drets fonamentals suposa autodeterminar el nostre comportament en aquesta realitat de convivència necessària amb els altres o fer valer una norma que crea un espai dins aquesta realitat on poder autodeterminar-nos sense la presència d'uns altres. En ambdós casos, amb l'exercici dels drets imposen als altres haver de tolerar la nostra presència i/o d'abstenir-se de fer allò que pugui restringir aquesta autodeterminació privada. Unes toleràncies i abstencions que tenen ple sentit quan els paràmetres físics (de temps, manera i lloc) de l'exercici dels drets són reals.

Allò curiós d'aquesta nova realitat que crea el ciberespai és que no s'hi produeix necessàriament una confrontació real, una interacció entre persones, no hi ha una socialització física de la persona. Els drets fonamentals no s'exerceixen en un espai físic, en un temps determinat o d'una manera tangible; per tant, no s'exerceixen en presència i amb presència dels altres.

<sup>26</sup> En aquest sentit, és molt interessant el conjunt de propostes que fa Cass Sunstein en el seu *Republic...*, ob. cit., pàg. 167 i seg.

<sup>27</sup> Per a tot allò relatiu a l'objecte i contingut dels drets vegeu Bastida i altres, *Teoría general...*, ob. cit., cap. 5. Consulteu també, ja que aporta idees interessants, el treball de Jorge Alguacil «Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pàg. 305 i seg.

Aquest esvaïment dels contorns físics dels drets fonamentals quan s'exerceixen desenfoca també el sentit i la raó de ser del seu contingut en l'Estat constitucional democràtic de dret contemporani. I l'impacte s'estén fins i tot a la determinació de la competència sobre la regulació d'aquest exercici dels drets. Sens dubte, fins ara es podia identificar el que era una regulació d'aquest exercici per precisar així la forma jurídica apta per fer-ho segons l'article 53, en relació amb l'article 81, ambdós de la Constitució espanyola de 1978, tenint present la dimensió física pel que fa al temps, la manera i el lloc dels drets. Era evident que la norma que regulava el temps, la manera i el lloc d'exercici estava «regulant l'exercici dels drets fonamentals» i no «desplegava el seu contingut». Quan no hi ha ni temps, ni manera ni lloc d'exercici, qui reguli el ciberespai, està desplegant els drets en comptes de regular-ne l'exercici? La pregunta no és fútil. La resposta ha de continuar sent la mateixa: no.

I això perquè el ciberespai és un temps, una manera i un espai d'exercici dels drets fonamentals. El que aporta el ciberespai pel que fa als drets fonamentals no és una panòplia infinita de temps, maneres i llocs d'exercici dels drets, sinó una nova manera d'exercici que, si és regulada, ho podrà ser pel legislador estatal o autonòmic segons *la matèria* en què el ciberespai emergeix com a espai d'exercici dels drets fonamentals.

Evidentment, és un espai que té com a característica principal l'absència (en bona part, perquè naturalment el ciberespai existeix en la mesura que hi ha un maquinari, un programari i una infraestructura que el fan possible) de dimensions temporals, modals i espacials físiques. Però és un espai d'exercici dels drets fonamentals, en suma.

És cert, però, que en el cas de certs drets fonamentals, molt en particular dins l'univers de la llibertat d'expressió, el ciberespai és un instrument més en si mateix del seu exercici. Internet constitueix un mitjà tècnic a través del qual s'exerceix la llibertat d'expressió, a la qual ofereix un nou realçament, o una «comunicació» a l'efecte del dret al seu secret, o el suport material d'una obra d'art objecte de la llibertat de creació artística, o un mitjà per comerciar que pot ser objecte de la llibertat d'empresa o de lliure elecció d'ofici o professió. En aquests casos, els problemes que pugui suscitar el ciberespai no són diferents dels que planteja l'ús de certs mitjans tècnics per exercir drets fonamentals i la seva disponibilitat jurídica.

Una qüestió diferent és la del cas en què el ciberespai és un lloc en si mateix d'exercici dels drets fonamentals. Un lloc irreal en el qual s'agrupen les persones per associar-se, o per reunir-se virtualment i manifestar-se (per exemple, quan es bloqueja una pàgina web o una bústia de correu electrònic a través de la concurrència massiva d'usuaris que en provoquen el col·lapse, o introduint-s'hi per efectuar una protesta o manifestar una queixa o reclamació). En aquest cas, el ciberespai ofereix a l'individu un lloc impune en el qual és fàcil actuar en l'anonimat, eludint així qualsevol gènere de responsabilitat, o multiplicant fins a l'infinit els riscos que acompanyen un cert exercici a través seu dels drets fonamentals pel fet de no tenir límits temporals, modals o espacials. En direm alguna cosa a continuació.

## V. Ciberespai i responsabilitat: l'impacte del ciberespai en el contingut dels drets fonamentals

Allò que afegeix aquest espai virtual és justament la inexistència d'espai físic i de temps: la circulació de la informació, de dades, la comunicació interpersonal, tot té lloc en un espai inexistent i sense límits temporals. Un lloc on el *netizen* no és *persona* en el seu sentit corpori i físic, sinó dades i informació que circulen de manera il·limitada en l'espai i el temps. Aquesta absència de barreres físiques per a l'exercici dels drets fonamentals és rellevant per a certs drets on els límits d'espai i temps del seu exercici constitueixen factors que controlen i redueixen els riscos de dany a tercers.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Vegeu Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pàg. 65 i seg.

El ciberespai fa incontrolable, fins i tot per al mateix individu que exerceix els seus drets, la dimensió espacial i temporal d'aquest exercici i dels qui suporten aquest exercici, elevant el grau de risc d'efectes danyosos i, en conseqüència, plantejant frontalment un debat encara per abordar, el relatiu a la responsabilitat a l'hora d'exercir els drets fonamentals: hom és responsable dels danys i perjudicis que podria ocasionar l'exercici dels drets fonamentals?

En efecte, un cost social dels drets rau justament en el fet que, en principi, no s'és responsable dels danys que el seu exercici pugui ocasionar.<sup>29</sup> És *l'altre* qui ha de suportar aquest cost perquè es considera que l'efecte dissuasiu que suposaria el risc de ser responsable dels efectes perjudicials que té l'exercici d'un dret en descoratjaria l'ús, restringint indègudament el seu gaudi per les persones. Encara més, si el contingut d'un dret fonamental consisteix en essència en el poder jurídic d'imposar als altres haver de suportar les conductes que són el seu objecte o haver d'abstenir-se de restringir-les de cap manera, fins i tot haver de posar a disposició de qui exerceix el dret serveis i béns aliens per a la seva realització efectiva, en principi sembla excloure en si mateix dins aquest entramat la possible exigència de responsabilitats patrimonials o contraprestacions econòmiques.<sup>30</sup>

I diem en principi, perquè és cert que malgrat el que hem dit el cost econòmic de l'exercici dels drets sí que es pot repercutir a qui l'exerceix. No debades es cobra un preu pel seu producte en alguns casos (la premsa no és gratuïta, per exemple); i en d'altres, la majoria, els danys derivats de l'exercici d'un dret són atesos a través de la declaració judicial de responsabilitats quan aquest exercici ha lesionat els drets constitucionals d'altres persones o un bé protegit constitucionalment.<sup>31</sup>

El que passa és que no és difícil sostenir la irresponsabilitat patrimonial per l'exercici dels drets fonamentals quan aquests tenen límits temporals, modals i espacials que ens permeten preveure amb un cert grau de certesa aquests danys i tenir-los sota control; o dit d'una altra manera, quan el risc per als *altres* derivat de l'exercici de drets fonamentals és predicible i controlable.

Les coses són diferents, justament, quan això no és possible. Una imatge personal, una dada sensible relativa a una persona concreta, una informació vexatòria o un libel, una opinió injuriosa, un insult, un bloqueig o una restricció permanent de l'accés a un compte de correu o a una pàgina web, etc., poden circular i romandre en el ciberespai *sine die*, i multiplicada la seva difusió a l'enèsima potència sense que sigui pràcticament possible controlar-la. L'exercici dels drets es fa perenne, de manera que la revelació d'una dada personal relativa a la salut d'una persona o la circulació d'una opinió injuriosa sobre ella ja no es pot tallar en el temps i l'espai, com en el cas de l'exercici de la llibertat d'expressió en el món real, i els seus efectes danyosos poden ser permanents i amb prou feines hi ha una manera eficaç de pal·liar-los.

<sup>29</sup> L'exemple més evident és l'eximent de responsabilitat penal per l'exercici legítim d'un dret o el compliment d'un deure inexcusable. Certament, aquest és el plantejament habitual i que es reflecteix subtilment en la STC 117/1995, en la qual el TC deixa de banda els danys i perjudicis que es poden ocasionar a una altra persona en exercir un dret fonamental; en aquella ocasió era el dret a la pròpia imatge i es tractava del dany que s'ocasiona a una editora si ha de retirar una edició com a conseqüència de la revocació del consentiment per publicar unes fotos quan la revista ja era als punts de venda. Tanmateix, no es posa en qüestió el dret de l'empresari a no pagar els sous als vaguistes mentre duri la protesta; això no deixa de ser una manera indirecta de rescabament i mitigació del dany econòmic que el conflicte li produeix. En tercer lloc, una altra manera no menys subtil de resoldre la qüestió del dany és sostreure de manera taxativa la dimensió patrimonial de l'objecte d'un dret fonamental, com és el cas per al TC del dret també a la pròpia imatge, on el que es protegeix és la imatge física de la persona i no el valor patrimonial o de transacció econòmica d'aquesta mateixa imatge (STC 81/2001).

<sup>30</sup> Per a una perspectiva complementària, vegeu Gabriel Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

<sup>31</sup> La qüestió és saber si també és possible exigir aquesta responsabilitat quan el dany el sofreix un dret legal o un bé jurídic infraconstitucional. Seria interessant també indagar-ne quina quantitat del preu o taxa que es paga en ocasions quan s'exerceix un dret fonamental (quan es compra una revista) tanca un rescabament pel cost cert o futur d'aquest exercici. Igualment interessant seria saber si aquesta responsabilitat en l'exercici dels drets és exigible només quan consisteix en la lesió d'un dret constitucional o d'un bé constitucional, i no si es redueix a un dany patrimonial o econòmic.

L'esvaïment dels paràmetres de temps i espai físics en el ciberespai trenca l'equilibri subtil i sobreentès entre el benefici social de l'exercici dels drets fonamentals i el seu cost.<sup>32</sup> Que sigui així, ens hauria de fer pensar si en el cas de l'exercici dels drets fonamentals en el món virtual no exigeix revisar la gairebé plena irresponsabilitat pel que fa al seu exercici.

Però hi ha una segona qüestió: si els drets s'exerceixen sense presència dels altres, sense interacció, el seu contingut també es redueix a ser simples drets de reacció que com a reflex em permeten autodeterminar-me en espais concrets. En efecte, si no hi ha un espai real de confrontació amb d'altres, quin sentit té que el dret fonamental tingui per objecte el deure dels altres de tolerar el meu comportament o d'abstenir-se de fer una cosa que el coaccioni? En conseqüència, el que necessita el *netizen* per ser lliure és que la norma imposi la prohibició d'interferir en el meu comportament dins el ciberespai; però no necessita, en principi, que els altres tolerin la seva presència o s'abstinguin d'impedir-la. Ni tan sols no sap si és tolerat o no, o si *els altres* veritablement s'abstenen d'interferir, perquè ningú no sap què succeeix dins un ciberespai al qual tots accedeixen i hi transiten en un autisme complet. En fi, la reducció de tots els drets fonamentals a drets clàssics de reacció davant l'Estat i la privacitat. Una tornada a la dogmàtica liberal dels drets fonamentals.

Un altre aspecte interessant és el que ofereixen els serveis d'*hosting* i, en general, els portals, els servidors i els motors de cerca. Curiosament, el ciberespai ha ofert a la persona en l'exercici dels drets fonamentals la possibilitat de disposar de mitjans legalment aliens. El correu electrònic, les transaccions a través d'empreses virtuals, els *blogs*, les pàgines a internet, els fòrums i els *xats*, entre d'altres modalitats ciberespacials, són formes d'exercici de drets fonamentals que solament són possibles perquè uns tercers, que no són els que exerceixen els drets fonamentals, posen a disposició de qui ho desitgi (o pagui) els mitjans tècnics per fer-ho possible i, a més, gratuïtament, almenys, en aparença (no és menor el problema que suscita el finançament d'aquests «llocs» a través de la publicitat comercial).

No hauria de plantejar més debat el relatiu a si l'exercici dels drets fonamentals en el ciberespai suposa la incorporació al seu contingut de drets de prestació. Sembla evident que, tot i que per exercir-los en el ciberespai cal que uns altres prestin béns i serveis que així ho permetin, no per això el seu titular ho és d'un dret de prestació, ja que no es tracta de béns i serveis indispensables.<sup>33</sup>

Una altra cosa, i es tracta d'un debat de llarg abast, és saber si l'Estat ha de fomentar i fins i tot facilitar els mitjans per accedir al ciberespai a fi que hi quedi assegurada la igualtat d'oportunitats en l'exercici dels drets fonamentals. Aquest no és un debat gaire diferent tampoc del relatiu a l'abast dels deures positius de protecció i de foment de l'exercici dels drets fonamentals a càrrec de l'Estat.<sup>34</sup> Potser per a aquesta qüestió no sigui la «bretxa» denominada «digital» un assumpte fútil. Com ja hem dit en un altre lloc, quan la prestació del bé o el servei, com és el cas, no és indispensable per al gaudi d'un dret fonamental no hi ha un dret integrat al contingut constitucional del dret fonamental en qüestió a exigir aquesta prestació.<sup>35</sup>

No es pot deixar d'assenyalar una cosa que se sol oblidar en els debats entorn del control legal del ciberespai: que els qui deixen aquests béns i serveis no són els que exerceixen els drets fonamentals en qüestió. El propietari del servidor, o del domini, o el prestador de serveis d'*hosting* o correu electrònic, no exerceix cap altre dret fonamental que a la llibertat d'empresa. I, tanmateix, és l'empresa que menys se subjecta a restriccions legals emparant-se en el fet de ser instrument de l'exercici de drets fonamentals d'uns altres.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> En certa manera, la seva *fonamentalitat* com a drets exigeix que els seus costos siguin absorbits socialment.

<sup>33</sup> Vegeu Bastida i altres, *Teoría general...*, ob. cit., pàg. 45 i seg.

<sup>34</sup> Sobre aquest particular vegeu el treball citat de Bastida i altres, *Teoría general...*, pàg. 112 i seg.

<sup>35</sup> Són els que hem anomenat «drets de prestació contingents». Vegeu Bastida i altres, *Teoría general...*, ob. cit., pàg. 112 i seg.

<sup>36</sup> Pel que fa al debat sobre la «regulació» del ciberespai, Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pàg. 125 i seg. També Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pàg. 90 i seg.