

CIBERCONSTITUCIONALISMO. LAS TIC Y LOS ESPACIOS VIRTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ignacio Villaverde Menéndez*

Sumario

- I. Algunas cuestiones previas
- II. Constitución democrática y ciberespacio: la erosión del espacio común
 1. La fiabilidad de la democracia constitucional: los derechos fundamentales
 2. Espacios de encuentro y derechos fundamentales
- III. Los derechos fundamentales como espacio de ciudadanía
- IV. El impacto del ciberespacio en el objeto de los derechos fundamentales
- V. Ciberespacio y responsabilidad: el impacto del ciberespacio en el contenido de los derechos fundamentales

* Ignacio Villaverde Menéndez, profesor titular de derecho constitucional del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo, Campus de El Cristo, s/n, 33006, Universidad de Oviedo, Asturias, nacho@uniovi.es.

Artículo recibido el 29.06.2007.

I. Algunas cuestiones previas

No hace mucho Cass Sunstein nos enfrentaba ante una inquietante imagen en su libro *Republic.com*.¹ Ese ciberespacio tan ponderado por todos estaba creando individuos aislados del mundo real, inmersos en un mundo personalizado. Y no sólo por la capacidad hipnótica de la pantalla digital. La cuestión estaba en que los instrumentos que ofrecía el ciberespacio permitían al individuo reducir ese mundo a sólo aquello que era de su interés. Leería sólo las noticias de lo que le interesaba, recibiría sólo la información de las fuentes y con el sesgo de su querencia, en fin, viviría en su propio mundo lleno sólo de los objetos que él deseaba que estuviesen allí. La tan alabada *personalización* del ciberespacio terminaría por destruir la noción de *ciudadano* porque ya nadie compartiría más un espacio común donde percibir la diversidad del mundo. Aún más, ya nadie estaba obligado a convivir con los otros.

Ser *ciudadano* es ser miembro de una comunidad en la que se toman decisiones, en la que se participa en la toma de decisiones con las que se gobierna un Estado; de ahí las exigencias principales de que, por un lado, todos debemos ser *iguales* en la participación y toma de esas decisiones, y, por otro, a todos se nos integre en un espacio salvaguardado por un conjunto de garantías jurídicas del más alto valor y nivel que no sólo aseguren aquella igualdad, también que lo hagan de una *libertad* indispensable para la calidad democrática del proceso y su resultado. Para esto último han de servir los *derechos fundamentales*.

La función de los derechos fundamentales es la de ser garantes de la libertad del ciudadano, que lo es justo por ser libre, y también de un espacio en el que se ejerce la condición de ciudadanía que debe ser, en pureza, *público*. Su sentido último en el Estado democrático es ser la causa jurídica del espacio para la vida pública en la que nos encontramos con el otro, donde es indispensable

1. Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2002 (3ª ed.), cap. I, pp. 3 y ss.; no obstante, el autor corrige la impresión negativa que en ocasiones parece transmitir su libro sobre el ciberespacio en el «Epílogo» que ha incorporado a la tercera edición de su libro y que ha sido la consultada para este trabajo. Una visión más abiertamente positiva, no sin cautelas, de la irrupción del ciberespacio en el sistema político-constitucional puede verse en Stefano Rodotà, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma, 1997, en especial pp. 32 y ss. y 134 y ss.

encontrarse con el otro, aunque la presencia del otro, del distinto, nos perturbe e incluso moleste o incomode.²

Pues bien, las palabras de Sunstein nos alertan frente al grave riesgo de que la *intimidad* del ciberespacio destruya esos pilares del Estado democrático y perverta el sentido de los derechos fundamentales. O acaso sea el momento de un cambio de paradigma en la teoría constitucional contemporánea para incorporar un fenómeno que pone en jaque la noción misma de ciudadanía, la cual constituye, desde luego, uno de los pilares del constitucionalismo de nuestros días.

El objeto de este trabajo es examinar el impacto de ese nuevo lugar público (si es que lo es) que es el ciberespacio en nuestras tradicionales estructuras constitucionales. La idea central que se quiere defender es que el ciberespacio configura una realidad vital nueva y emergente en el que se ejercen derechos fundamentales sin que, en principio, ese nuevo espacio de ejercicio de los derechos exija cambios en su teoría general. El ciberespacio no añade ni quita nada a aquella teoría general. Cosa distinta es que los instrumentos técnicos que crean o coadyuvan en la existencia del ciberespacio faciliten ciertos ejercicios de los derechos fundamentales o incorporen nuevas formas de ejercicio (por ejemplo, los derechos de participación política) que requieren un tratamiento jurídico-constitucional singular.

II. Constitución democrática y ciberespacio: la erosión del espacio común

La constitución del Estado democrático de derecho es una norma entre cuyas funciones está la de crear espacios públicos de *confrontación*. Y lo hace a través, especialmente, de los derechos fundamentales, el sistema de partidos y la institución parlamentaria. Ésta y aquéllos son un *foro* institucional y orgánico de

2. Sobre el «espacio público» y sus funciones políticas es de cita obligada el ya clásico libro de Jürgen Habermas *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zur einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990 (reed., rev. y corr.), *passim*; y, desde un enfoque más general pero no menos apasionante, el de Richard Sennett *The Fall of Public Man*, 1976 (2ª ed.); véase también el muy interesante de Daniel Innerarity *El nuevo espacio público*, Espasa-Calpe, 2006, en especial la introducción, las secciones 1 y 2 de la I parte y la II parte; y 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 y ss. Véanse también con carácter general el opúsculo de Francisco Bastida Freijedo «Constitución, Soberanía y Democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 9 y ss. Consúltese el de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 20 y ss.

confrontación de ideas;³ los derechos fundamentales crean un espacio accesible a cualquiera (un espacio *público*) donde participar y verter pensamientos o crear agrupaciones de personas para llevar a cabo proyectos y acciones de diversa factura. Ambas realidades, verter mensajes o agruparse, tienen lugar en convivencia e interacción de uno con los demás, con los *otros*.⁴ Ese encuentro requiere que el *uno* tolere la *presencia* del *otro* en ese espacio, absteniéndose de impedirle y/o entorpecerla, incluso debiendo soportar su presencia; esto impone la *confrontación* con otras realidades, con otras formas de ver y entender (un espacio *plural*). La confrontación concebida, claro está, como el «cotejo de una cosa con otra», como el debate y el enfrentamiento del universo ideológico personal con el de los otros. La democracia se asienta firmemente en esa *confrontación* en el espacio público y plural que la constitución democrática crea y favorece, donde se acepta y tolera a los otros.⁵

El ciberespacio pone en grave crisis este axioma del Estado constitucional democrático de derecho porque late en él la pulsión del aislamiento y la soledad

3. En mi opinión, esa es la idea última que alienta, por ejemplo, la ya sólida doctrina del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) respecto de las funciones de las mesas parlamentarias en el filtrado de asuntos que deben admitirse a trámite y debatirse en la Cámara. El TC establece con claridad que no es este órgano técnico parlamentario el llamado en rigor a *filtrar* también los asuntos políticos que debe debatir públicamente la cámara legislativa, sustrayendo el debate al conocimiento de los ciudadanos (por todas, STC 38/1999).

4. Esta idea de los «otros» tiene su referente en la obra de Jürgen Habermas *La inclusión del otro: estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1998 (trad. de Velasco Arroyo/Vilar Roca), *passim*, pero muy particularmente las pp. 189 y ss., 196 y ss. y 255 y ss. Es importante no perder de vista la dimensión jurídico-constitucional de la *inclusión del otro*, para lo que es de cita y consulta obligada el libro de Benito Aláez Corral *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, *passim*; y algunas de las ideas de estas líneas tienen su fuente en el libro de T. Alexander Aleinikoff *Semblances of Sovereignty. The Constitution, the State, and the American Citizenship*, Harvard University Press, Massachusetts/Londres, 2002, sobre todo cap. 7 y 8. Consúltese también el de Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 105 y ss.

5. Consúltese Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 27 y ss., y pp. 200 y 212; el libro de Elkin-Koren/Salzberger *Law, Economics and Cyberspace*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2004, *passim*; y también el de Stefano Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bolonia, 1995; el trabajo de Nicola Pieraccini «La Costituzione e la rivoluzione informatica», *Rassegna Parlamentare*, núm. 1, 1997, pp. 13 y ss.; Ward/Vedel, «Introduction: The Potential of the Internet Revisited», *Parliamentary Affairs*, vol. 59, núm. 2, 2006, pp. 210 y ss.; Ernesto Grun, *Una visión sistemática y cibernética del derecho en el mundo organizado del siglo XXI*, Librarius, Buenos Aires, 2006; y de 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; y, finalmente, Santiago Muñoz Machado, *La regulación de la red*, Taurus, Madrid, 2000. No puede dejar de citarse el libro de Manuel Castells *La galaxia Internet*, Plaza & Janés, Barcelona, 2001, apretada síntesis de su monumental trilogía *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1997, 1998 y 2000.

individual reduciendo la autonomía pública del individuo-ciudadano a una expresión más de su autonomía privada de individuo sin otros atributos; aunque es innegable que el ciberespacio ofrece también infinitas oportunidades de ampliar el foro público.

El tránsito del ciudadano al *netizen*, antes que sosegar, crea desazón porque el ciberespacio en el que se produce esa transformación fragmenta el espacio público y puede disolver la democracia constitucional en *fragmentos de soberanía individual* que ya no están sólo formalizados simbólicamente en los derechos fundamentales, sino que se hacen realidad en una absoluta auto-determinación de la conducta en el secreto de la privacidad.⁶ Una privacidad que ya no es valladar de un espacio público con una gran potencia expansiva, sino una coartada para reducir a la mínima expresión, si no eliminar, ese espacio indispensable para el Estado constitucional democrático. El *netizen*, en realidad, es un consumidor de *productos democráticos*, de opiniones, ideas, votos, servicios, etc.; pero consumidor a fin de cuentas, que lo que desea es un mercado ilimitado de bienes y servicios donde elegir aquello y sólo aquello que es de su agrado, sin querer saber nada de lo que no le es satisfactorio. Y siempre, desde luego, con miras a su hedonismo personal, y no al interés general.⁷ El *netizen* muta al ciudadano y lo devuelve en remedo de súbdito del mercado de productos del ciberespacio.⁸

Estas consideraciones ponen en solfa la realidad efectiva de una «tecnodemocracia» a través de la que verdaderamente tenga lugar esa hipotética «democracia continua»⁹ que vendría a paliar los males del sistema de democracia representativa fagotizada por la estructura de partidos políticos. Las TIC podrían, se dice, realizar el ideal de un ciudadano en permanente uso de su condición de miembro de la comunidad soberana porque ponen a su disposición mecanismos que garantizan su efectiva y permanente participación en las deci-

6. Sobre los derechos fundamentales como expresión simbólica de «fragmentos de soberanía», consúltese Francisco Bastida, *La soberanía borrosa...*, *passim*, en especial pp. 423 y ss.

7. En este mismo sentido Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 192 y ss.; aunque matizada su opinión, matiz que también se comparte en este trabajo, pp. 205 y ss. En otra línea el de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 134 y ss.

8. La expresión es de Stefano Rodotà, véase su ya citado *Tecnopolítica...*, pp. 164 y ss.

9. Estas son expresiones tomadas del trabajo ya citado de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 81 y ss.; que retoma y analiza críticamente Francisco Bastida, *La soberanía borrosa...*, ob. cit., pp. 444 y ss.

siones relativas a la cosa pública. Así se regeneraría el tejido democrático, tan deficitario en los estados contemporáneos, al parecer de algunos.¹⁰

Sin embargo, en nuestra opinión, ese intento de que el *netizen* sustituya al ciudadano, lo es de inventar una democracia directa que, como bien califica Bastida, más bien es una democracia «en directo» que puede socavar la identidad del sistema democrático y ponerlo en manos de minorías y grupos de interés. Dice Bastida con sumo acierto que la idea fracasa, primero porque se alimenta de una irrealidad jurídica, la democracia verdadera y/o directa; en segundo lugar, por confundir la democracia deliberativa con la democracia de opinión y plebiscitaria, y en tercer lugar, porque confunde la utilidad técnica (aún por certificar) de ciertos instrumentos TIC con la cualidad y mayor valor del sistema democrático que los adopta (el que el voto se exprese técnica y materialmente de forma alternativa a la clásica del voto depositado en una urna no hace mejor la democracia). Por lo demás, la realidad de una profunda *brecha digital* pone en grave riesgo una pieza fundamental del sistema (si no la acrecienta): la igualdad de oportunidades en la participación política de todos los ciudadanos.¹¹

1. La fiabilidad de la democracia constitucional: los derechos fundamentales

La democracia organiza de tal forma el sistema jurídico que lo convierte en un instrumento, de un lado, para generar la mayor cantidad posible de expectativas jurídicas; y, de otro, para canalizarlas e integrarlas en el proceso de toma de decisiones colectivas para su posible transformación en voluntad normativa de los ciudadanos y, por ende, del pueblo soberano. Pero el sistema debe ser fiable y

10. Además del tantas veces citado libro de Rodotà, *Tecnopolítica...*, y el de Sunstein, *Republic...*, que, desde ópticas distintas y complementarias, abordan estas cuestiones, en España es de cita obligada el conjunto de trabajos que componen el capítulo dedicado a «Democracia, participación y transparencia electrónica» del libro colectivo coordinado por Lorenzo Cotino Hueso *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2006. De ellos destacaría ahora el de Miguel Presno Linera, «El voto electrónico y el mito de Prometeo», pp. 149 y ss., y el de Julio Fernández Rodríguez, «La aprehensión de la democracia y el gobierno electrónico», pp. 133 y ss. Interesantes también las consideraciones de Cotino en la «Presentación» de la obra. Crítico con las ideas de la «democracia continua», Bastida, *La soberanía borrosa...*, ob. cit., pp. 444 y ss.

11. Todas estas ideas pertenecen –y están mejor explicadas– al trabajo ya citado de Francisco Bastida *La soberanía borrosa...*, pp. 444 y ss.

transmitir un grado satisfactorio de seguridad, lo que se logra en muy buena medida con normas orgánico-procedimentales y sustantivas que crean instrumentos que dan fiabilidad al sistema en su conjunto.¹²

Entre las normas sustantivas que contribuyen a esa fiabilidad están los derechos fundamentales. La norma constitucional garantiza la identidad e intangibilidad de su contenido (*igualdad* en la pluralidad de su ejercicio) cuya finalidad es asegurar espacios de *libertad*; esto es, espacios de acción sustraídos al poder público: espacio de autonomía (poder jurídico para autonormarse) privada (como individuo) y pública (como ciudadano).¹³ Pero esos espacios de acción sirven para construir espacios públicos (y también reales) de encuentro mutuo, aunque sea para discrepar. Los derechos fundamentales socializan de este modo al individuo porque son condición indispensable para el correcto funcionamiento del sistema de canalización de expectativas jurídicas individuales hacia el proceso de formación de la voluntad normativa colectiva del conjunto de ciudadanos.¹⁴

De ahí también que en la constitución democrática, y en una interpretación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en ella contenidos, la autonomía privada y pública estén en recíproca interacción.¹⁵

12. Estas ideas están y pueden encontrarse desarrolladas con más tino en el trabajo de Francisco Bastida Freijedo «La Soberanía borrosa: la Democracia», *Fundamentos*, núm. 1, «Soberanía y Constitución», 1998, pp. 381 y ss., y 389 a 391. Son de cita imprescindible los trabajos 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), pp. 363 y ss.; Robert A. Dahl, *La Democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, en especial la tercera parte, pp. 103 y ss.; y el de Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia*, Alianza, Madrid, 1987, parte I, cap. V, pp. 116 y ss., y cap. XIII, pp. 444 y ss. La conexión entre espacios públicos de *confrontación* y democracia deliberativa puede verse en Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 37 y ss. Véase también, de Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 45 y ss. y en especial pp. 81 y ss.

13. Sobre el concepto de «derecho fundamental» véase Bastida y otros, *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, cap. I, pp. 17 y ss. Para un examen exhaustivo de la dimensión jurídico-estatal del «principio democrático» véase el trabajo de Albert Bleckmann *Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips. Ein Beitrag zur teleologischen Auslegung des Staatsorganisationsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, *passim*.

14. Consúltese el trabajo de Ernst-Wolfgang Böckenförde «Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtige Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, Hf. 2, Bd. 42, 2003, pp. 165 y ss.; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez...*, ob. cit., pp. 147 y ss.

15. No es posible negar que estas ideas son tributarias de una concepción procedimental y deliberativa de la democracia y de la denominada teoría democrático-procedimental de la interpretación

Y también a través suyo, a través de los derechos fundamentales, se da fiabilidad al sistema de generación de expectativas jurídicas y su transformación en voluntad normativa de la ciudadanía. Los derechos fundamentales sirven, pues, para respaldar y dar seguridad a la persona de que el sistema procesa y canaliza esas expectativas respetando y salvaguardado la libertad e igualdad de todos en ese proceso de toma de decisiones. Si los derechos fundamentales dejan de cumplir esa función, el sistema democrático se resiente gravemente y pierde credibilidad y, por ende, legitimidad.

2. Espacios de encuentro y derechos fundamentales

Los derechos fundamentales regulan, pues, estructuras complejas jurídicamente que sirven a varias funciones y una de ellas, y en eso se singularizan en las constituciones del Estado democrático de derecho, es la de posibilitar espacios. Pero espacios reales de encuentro con los *otros*.

En ese modelo constitucional el Estado se legitima en la existencia de procesos de toma de decisión donde todos los ciudadanos pueden participar. Tales procesos deben asegurar que el acceso y participación en ellos es libre (la intervención del ciudadano es fruto de la autodeterminación de su conducta, de su autonomía como persona) y en igualdad de condiciones. La apertura de esos procesos garantiza la pluralidad de expectativas que circulan en ellos, las cuales han accedido libremente y en condiciones de igualdad para que se confronten y, en esa confrontación, se realicen con la posibilidad de tener en cuenta todas ellas, las que desee la mayoría. La decisión mayoritaria sólo se legitima cualitativamente (es decir, no por ser sólo el mayor número), convirtiéndose entonces en voluntad general (y no de muchos), si el sistema jurídico garantiza la posibilidad de que los procesos de decisión estén abiertos al mayor número de expectativas y de que éstas accedan libremente, en condiciones de igualdad, y puedan ser conocidas y confrontadas por todo el que lo desee; aún más, incluso por

constitucionalmente conforme de los derechos fundamentales. Sobre ambas cuestiones véanse los siguientes trabajos y la bibliografía allí citada, además de Habermas, *La inclusión del otro...*, ob. cit., *ibidem*; Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», *Neue Juristische Wochenschrift*, Hf. 35, 1974, pp. 1529 y ss.; Bastida y otros, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 33 y ss., 67 y ss. y 77 y ss.; Ignacio Villaverde Menéndez, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 57 y ss.

quien no lo desea.¹⁶ Los derechos fundamentales aseguran en su conjunto esa estructura compleja procesal dándole fiabilidad porque garantizan desde un principio la libertad de acceso a los procesos (autonomía privada) y de participación y elección en ellos (autonomía pública).

Sucede que, para que así sea, el modelo sólo es posible en procesos que sean públicos.¹⁷ La publicidad del proceso, esto es, su accesibilidad a cualquier pretensión o expectativa, incluso las no deseadas, es condición indispensable para que la decisión que se tome no sea producto del número, sino de un proceso supuestamente racional de toma de decisión. La publicidad de los procesos no deriva, pues, de la decisión individual sobre qué pretensión o expectativas atender o apoyar en la decisión, sino de la accesibilidad de todas a ese proceso, incluso las que no son queridas, perturbadoras o molestas. La publicidad está en la pluralidad de las expectativas en circulación y su accesibilidad, y no en la participación de la persona y su decisión de hacerlo. Para ser accesibles, es necesario que las expectativas, todas, sean visibles. La publicidad estriba en la visibilidad del proceso y de lo que circula en él. Los derechos fundamentales garantizan de forma distinta este entramado. El derecho fundamental a la integridad física y moral, la libertad ideológica o el derecho a la intimidad aseguran esa autonomía privada que permite la autodeterminación individual en el proceso para acceder a él (activa o pasivamente); aseguran la *libertad* en el acceso. El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el derecho al honor o la protección de datos¹⁸ aseguran la igualdad de oportunidades en el acceso y participación en el proceso. Los derechos de participación política, de asociación, reunión y manifestación, la libertad de expresión e información y el derecho a ser informado aseguran a la persona diferentes modos de intervenir en el proceso para poner en circulación en él pretensiones o expectativas jurídicas o para acceder a las que circulan.

16. Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 35 y ss. Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pp. 165 y ss.; Francisco Bastida, *La soberanía borrosa...*, ob. cit., *passim*.

17. Véase también Jürgen Habermas, *Facticidad y validez...*, pp. 407 y ss.; Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 30 y ss., en relación con la doctrina de los «*public forum*». Consúltese también Stefano Rodotà, *Tecnopolitica...*, ob. cit., pp. 76 y ss.

18. La idea es que estos dos derechos aseguran que a través del tráfico ilegal de datos o la difusión de imágenes difamatorias o denigrantes de una persona se la coloque en condiciones desiguales que a otras para intervenir en ese proceso y que sus pretensiones y expectativas tengan menos valor que las de otros.

El ciberespacio no necesita de esa publicidad, es más, tiende a no ser *público* en sus procesos de participación. Permite la fragmentación de los accesos a unos procesos en los que circulan pretensiones y expectativas jurídicas a través de canales únicos, sólo visibles para unos y que pueden ser bloqueados a terceros. Asimismo, también se puede crear un proceso en el que se bloquee el acceso a pretensiones o expectativas no queridas, molestas o rechazadas por quienes intervienen y acceden a esos canales.¹⁹ Esa pluralidad fragmentada –una apertura disminuida en la que no hay garantías de igualdad de oportunidades en el acceso– y la falta de visibilidad de lo que circula en el proceso hacen que no sea fiable y, por tanto, democráticamente defectuoso, incluso si son muchos los que participan en él, porque –como se ha dicho– lo que hace del proceso un proceso público, un espacio público, no es la decisión de las personas de intervenir en él sino la accesibilidad general de las que circulan en el proceso.

III. Los derechos fundamentales como espacio de ciudadanía

Ser ciudadano es ser persona potencialmente capaz de participar en los procesos de toma de decisión del Estado.²⁰ La condición de persona exige libertad e igualdad para serlo dignamente en el sistema jurídico estatal constitucional-democrático de la actualidad. La condición de ciudadano se adquiere al ser capaz de contribuir a la selección de expectativas jurídicas para elevarlas a voluntad normativa colectiva a través de los procedimientos democráticos de creación normativa. Esa capacidad supone poder generar la propia persona sus expectativas jurídicas y verterlas en el proceso de comunicación pública para ser conocidas y confrontadas por *los otros*, así como conocer y confrontar las de éstos, incluso cuando son diametralmente opuestas a las suyas, molestas o hirientes. La aceptación (legitimación) de aquella expectativa que finalmente se erige en norma, aun resultando frontalmente opuesta a las propias, molesta o hiriente, estriba en la fiabilidad del sistema a través del cual se produce esa selección democrática de expectativas.

19. Consúltense Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 51 y ss.

20. Sobre todas estas cuestiones véase el libro ya citado de Benito Aláez Corral *Nacionalidad...*, pp. 195 y ss.

Esto sólo tiene lugar en el espacio público en el que potencialmente todos podemos ser ciudadanos y en el que se formulan, confrontan y seleccionan las expectativas ante los ojos de todo aquel que, en ejercicio de sus derechos fundamentales, lo desea. Los derechos fundamentales aseguran esas potencias ciudadanas definiendo en su objeto marcos vitales y normativos exentos de poder público; esto es, de libertad e igualdad.

Los derechos fundamentales definen y regulan el espacio de vida en común en la que se funda la comunidad de sujetos libres e iguales sobre la que descansa la constitución democrática de derecho contemporánea. Ese espacio común requiere la simultánea garantía de la autonomía privada que nos hace personas así como la autonomía pública que nos hace, además, ciudadanos. La constitución democrática crea y protege a los ciudadanos porque son personas, y para ser ambos es necesario garantizar un espacio público y plural que, por una parte, se distinga y separe de ese otro espacio donde debe realizarse la autonomía privada (el poder jurídico de autonormar mi conducta *frente* a otros y *distinguirme* de ellos); y, por otra, donde tenga lugar la formalización y procedimentalización, aun sociopolítica, de las distintas expectativas jurídicas mediante el ejercicio de aquella autonomía pública (poder jurídico de autonormar mi conducta *con otros* e interactuar recíprocamente con ellos).²¹

En el primer caso, los derechos fundamentales de la privacidad (intimidad, honor, libertad ideológica y de creencias, integridad física y moral, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio) aseguran al sujeto su poder de ser persona decidiendo sobre su propio espacio individual y aislado e ignoto al conocimiento de los otros. En el segundo caso, los derechos fundamentales aseguran al ciudadano el acceso a un espacio en el que confrontar sus expectativas jurídicas con los otros, y la participación de este modo en los procesos de decisión política (derechos a opinar, informar, saber, protección de datos, asociación y agrupamiento en cualquiera de sus formas, reunión y manifestación). La *fundamentalidad* de estos derechos también estriba en esa función democrática, y

21. Sobre esto véase Bastida y otros, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 33 y ss. La cuestión, como bien se sabe, no está en que sólo se protejan los ejercicios de aquellos derechos fundamentales que sirvan únicamente a esos objetivos (dogmática institucional o democrático-axiológica de los derechos); sino que, protegiendo el ejercicio de los derechos sea cual sea su finalidad, con el ejercicio mismo se contribuye ya a esa función de los derechos en el seno de una constitución democrática.

la perversión de esa función o su simple desviación hace perder a los derechos su *fundamentalidad*.²²

El ciberespacio puede contribuir de forma intensa a la creación de ese espacio de posibilidades, pero tiene el efecto perverso de mutar la autonomía pública en un remedo de encapsulamiento individual que aísla al individuo de su condición ciudadana y desnaturaliza, no el significado y sentido constitucional de los derechos de la autonomía privada, sino los de la autonomía pública al redirigirlos únicamente al espacio de la privacidad.²³ El ciudadano puede terminar disuelto en la persona reducida a un individuo atrapado en el ámbito de su privacidad, el *netizen*. Y este *netizen* es el titular de una serie de derechos que han perdido su *fundamentalidad* en el Estado constitucional democrático porque sólo sirven de garantía al anonimato y encapsulamiento individual, minando gravemente la fiabilidad del sistema democrático como un proceso de canalización pública de expectativas jurídicas que deben confrontarse con las de otros en condiciones de igualdad y libertad para aspirar a transformarse en voluntad normativa colectiva.

En efecto, la persona transita a la condición de ciudadano en los procesos públicos, en los espacios públicos, de decisión. El ciberespacio fragmenta los procesos públicos y los transforma en procesos cerrados, en un remedo de procesos privados de decisión que no son fiables democráticamente. Al ser la decisión de los partícipes en el proceso lo que determina su accesibilidad a los que se dan en el ciberespacio, la persona, que también lo es en ellos (y como tal, titular de derechos fundamentales), no deja de serlo; no se transforma en ciudadano.²⁴ El *netizen* es simplemente un individuo que navega en el ciberespacio; no es un *citizen*, es un consumidor.²⁵

La función democrática de los derechos fundamentales es la de posibilitar espacios para la ciudadanía a partir de una decidida protección de la autonomía

22. Véase, de Habermas, el citado *La inclusión del otro...*, pp. 232 y ss. y 255 y ss. Véase también de este mismo autor su 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), sobre todo cap. VII y VIII, y de los textos complementarios la secc. II. También su secc. III para lo referido a la ciudadanía, la identidad nacional (así se titula) y la redefinición democrática de la condición de *citizen*. Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 105 y ss.

23. Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 51 y ss. y 89 y ss.

24. Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 51 y ss., 89 y ss. y 105 y ss.

25. Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 164 y ss.

privada. Uno de sus principales propósitos es establecer lugares de encuentro mediante la creación de reglas sobre el funcionamiento de la vida pública donde la clave es soportar al *otro*, cuya presencia no puedo evitar o, desde luego, suprimir. Ese espacio me confronta con lo demás y en él me transformo en ciudadano. Pero los derechos, llamémosles de la *privacidad*, aquellos que aseguran la autonomía privada de la persona, no sirven para posibilitar esa confrontación sino para seleccionar justamente con quién me confronto. Estos derechos regulan el flujo de información que sale de la persona al exterior y la que del exterior llega a ella. La forma en la que se comporta el ciberespacio se asemeja más a la función de estos derechos, reguladores del flujo de información y datos sobre las personas, que a la propia de los derechos fundamentales de la autonomía pública. En estos últimos, la función de los derechos es posibilitar precisamente ese flujo, la visibilidad de lo que en él fluye abriendo el proceso de decisión para que en él circule esa información y que quien lo desee acceda a él para conocerla y participar si así lo quiere; pero ella no decide lo que fluye y circula en ese proceso. Allí soy persona, aquí soy ciudadano. El ciberespacio potencialmente permite e incluso favorece estos procesos públicos. Por el contrario, el riesgo del ciberespacio es que, por su factura espacio-temporal y modal, intensifica los unos y puede acallar éstos.

Todos los derechos fundamentales se han concebido siempre en un marco espacio-temporal-modal perceptible y de interacción social en definitiva. Los primeros, los de la privacidad, lo son en relación con otros, a quienes excluyo de ciertos ámbitos vitales; los segundos, los derechos de interacción en sentido estricto, lo son también respecto de otros porque crean espacios donde me encuentro y confronto con ellos.

¿Debiera haber un derecho fundamental al ciberespacio y su uso para paliar ese efecto perverso? Es evidente que una constitución puede convertir cualquier cosa en derecho fundamental. Ahora bien, la explicación metajurídica de la *fundamentalidad* de determinadas expectativas jurídicas para ser objeto de protección constitucional en el seno de un Estado democrático de derecho casa poco con semejante idea. Cuestión distinta es preguntarse sobre si el Estado debe proveer al público de accesos al ciberespacio que aseguren una igualdad de oportunidades en su empleo.

Otra cosa es que los poderes públicos, en su deber positivo de protección de los derechos fundamentales, deban adoptar las medidas oportunas que ase-

guren la igualdad de oportunidades en el empleo del ciberespacio, acortando la brecha digital y abriendo espacios públicos de participación. Argumentos similares a los esgrimidos para regular la libertad de antena pudieran traerse también aquí.²⁶

IV. El impacto del ciberespacio en el objeto de los derechos fundamentales

Esa función democrática de los derechos fundamentales, a través de cuyo ejercicio la persona es ciudadano y se confronta con otros, sucede en un mundo real delimitable físicamente (por ejemplo, el *domicilio* a los efectos del derecho a su inviolabilidad) hasta la irrupción del ciberespacio. El ciberespacio incorpora a ese mundo uno paralelo, intangible, virtual, y con un marco espacio-temporal-modal difuso.

El objeto de los derechos es aquello que regula.²⁷ El derecho fundamental asegura a su titular la realización de una determinada expectativa de conducta exenta de poder público. En unos casos el objeto de esa garantía es un comportamiento o una panoplia de comportamientos (expresarse, reunirse, asociarse, etcétera); en otros casos, el objeto del derecho fundamental no es una conducta sino una regla jurídica que prohíbe a alguien hacer algo en un determinado ámbito de la realidad (interceptar las comunicaciones privadas) o en un sector del ordenamiento jurídico (garantía del *ne bis in idem* en el ámbito de la legalidad sancionadora y disciplinaria). En el primer caso, el objeto de los derechos es una esfera vital; en el segundo, una prohibición del poder público. La consecuencia de uno y otro es la disposición que la persona puede hacer de su propia conducta en esa esfera vital o a resultas de que otro no pueda condicionar jurídicamente su elección.

El ciberespacio crea una nueva realidad en la que existen de forma peculiar las esferas vitales y también los ámbitos normativos, objeto tradicional de los

26. En este sentido resulta muy interesante el conjunto de propuestas que hace Cass Sunstein en su *Republic...*, ob. cit., pp. 167 y ss.

27. Para todo lo relativo al objeto y contenido de los derechos véase Bastida y otros, *Teoría general...*, ob. cit., cap. 5. Consúltese también, aportando ideas interesantes, el trabajo 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, pp. 305 y ss.

derechos, aunque con dimensiones espacio-temporales y modales inexistentes en el mundo físico que modifican sustancialmente la forma en la que los derechos fundamentales se ejercen.

Cuando la persona-ciudadano ejerce sus derechos lo hace en esferas vitales que necesariamente se delimitan respecto a las de otros o se superponen a ellas. Esa realidad física, real, del ejercicio de los derechos fundamentales, o nos retira de la esfera pública asegurándonos espacios de privacidad, o nos sitúa, querámoslo o no, en el espacio público. De ahí que el objeto de los derechos fundamentales suponga autodeterminar nuestro comportamiento en esa realidad de convivencia necesaria con los demás o hacer valer una norma que crea un espacio en esa realidad donde poder autodeterminarnos sin presencia de otros. En ambos casos, con el ejercicio de los derechos imponemos a los otros el deber de tolerar nuestra presencia y/o de abstenerse de hacer aquello que pueda restringir esa autodeterminación privada. Unas tolerancias y abstenciones que tienen pleno sentido cuando los parámetros físicos (de tiempo, modo y lugar) del ejercicio de los derechos son reales.

Lo curioso de esa nueva realidad que crea el ciberespacio es que en ella no se produce necesariamente una confrontación real, una interacción entre personas, no hay una socialización física de la persona. Los derechos fundamentales no se ejercen en un espacio físico, en un tiempo determinado o de una forma tangible; luego no se ejercen en presencia y con presencia de los otros.

Esa difuminación de los contornos físicos de los derechos fundamentales cuando se ejercen desenfoca también el sentido y razón de ser de su contenido en el Estado constitucional democrático de derecho contemporáneo. Y el impacto se extiende incluso a la determinación de la competencia sobre la regulación de ese ejercicio de los derechos. Desde luego, hasta el momento podía identificarse lo que era una regulación de ese ejercicio para así precisar la forma jurídica apta para hacerlo según el artículo 53, en relación con el artículo 81, ambos de la Constitución española de 1978, teniendo presente la dimensión física del tiempo, modo y lugar de los derechos. Era evidente que la norma que regulaba el tiempo, modo y lugar de ejercicio estaba «regulando el ejercicio de los derechos fundamentales» y no «desarrollando su contenido». Cuando no hay ni tiempo, ni modo ni lugar de ejercicio, quien regule el ciberespacio ¿está desa-

rollando los derechos en vez de regular su ejercicio? La pregunta no es baladí. La respuesta debe seguir siendo la misma: no.

Y ello porque el propio ciberespacio es un tiempo, un modo y un espacio de ejercicio de los derechos fundamentales. Lo que aporta el ciberespacio al objeto de los derechos fundamentales no es una panoplia infinita de tiempos, modos y lugares de ejercicio de los derechos sino una nueva forma de ejercicio que, de ser regulada, lo podrá ser por el legislador estatal o autonómico según *la materia* en la que el ciberespacio emerge como espacio de ejercicio de los derechos fundamentales.

Evidentemente es un espacio cuya característica principal es la ausencia (en buena parte, porque obviamente el ciberespacio existe en la medida en que hay un *hardware*, un *software* y una infraestructura que lo posibilitan) de dimensiones temporales, modales y espaciales físicas. Pero un espacio de ejercicio de los derechos fundamentales, en suma.

Es cierto, no obstante, que en el caso de ciertos derechos fundamentales, muy en particular en el universo de la libertad de expresión, el ciberespacio es un instrumento más en sí mismo de su ejercicio. Internet constituye un medio técnico a través del cual se ejerce la libertad de expresión, ofreciéndole un nuevo realce, o una «comunicación» a los efectos del derecho a su secreto, o el sustento material de una obra de arte objeto de la libertad de creación artística, o un medio para comerciar que puede ser objeto de la libertad de empresa o de libre elección de oficio o profesión. En estos casos, los problemas que pueda suscitar el ciberespacio no son distintos de los que plantea el empleo de ciertos medios técnicos para ejercer derechos fundamentales y su disponibilidad jurídica.

Cuestión diversa es la del caso en el que el ciberespacio es un lugar en sí mismo de ejercicio de los derechos fundamentales. Un lugar irreal en el que se agrupan las personas para asociarse, o para reunirse virtualmente y manifestarse (por ejemplo, cuando se bloquea una página web o un buzón de correo electrónico a través de la concurrencia masiva de usuarios en ellos provocando su colapso, o introduciéndose en ellos para efectuar una protesta o manifestar una queja o reclamación). En este caso, el ciberespacio ofrece al individuo un lugar impune en el que es fácil actuar en el anonimato, eludiendo así cualquier género de responsabilidad, o multiplicando hasta el infinito los riesgos que acompa-

ñan cierto ejercicio a través suyo de los derechos fundamentales al carecer de límites temporales, modales o espaciales. Algo de esto diremos a continuación.

V. Ciberespacio y responsabilidad: el impacto del ciberespacio en el contenido de los derechos fundamentales

Lo que añade este espacio virtual es justamente la inexistencia de espacio físico y de tiempo: la circulación de la información, de datos, la comunicación interpersonal, todo tiene lugar en un espacio inexistente y sin límites temporales. Un lugar donde el *netizen* no es *persona* en su sentido corpóreo y físico, sino datos e información que circulan de manera irrestricta en el espacio y el tiempo. Esta ausencia de barreras físicas para el ejercicio de los derechos fundamentales es relevante para ciertos derechos donde los límites de espacio y tiempo de su ejercicio constituyen factores que controlan y reducen los riesgos de daño a terceros.²⁸

El ciberespacio hace incontrolable, incluso para el propio individuo ejerciente de sus derechos, la dimensión espacial y temporal de ese ejercicio y de quienes soportan ese ejercicio, elevando el grado de riesgo de efectos dañosos y, en consecuencia, planteando frontalmente un debate aún por abordar, el relativo a la responsabilidad en el ejercicio de los derechos fundamentales: ¿se es responsable de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar el ejercicio de los derechos fundamentales?

En efecto, un coste social de los derechos estriba justamente en que, en principio, no se es responsable de los daños que su ejercicio pueda ocasionar.²⁹

28. Véase Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 65 y ss.

29. El ejemplo más evidente es la eximente de responsabilidad penal por ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber inexcusable. Ciertamente, este es el planteamiento habitual y que se refleja sutilmente en la STC 117/1995, en la que el TC deja a un lado los daños y perjuicios que a otro se le pueden ocasionar al ejercitar un derecho fundamental; en aquella ocasión era el derecho a la propia imagen y se trataba del daño que se le ocasiona a una editora si debe retirar una edición como consecuencia de la revocación del consentimiento para publicar unas fotos cuando la revista ya estaba en los puntos de venta. Sin embargo, no se hace cuestión del derecho del empresario a no pagar los sueldos a los huelguistas mientras dure la protesta; lo que no deja de ser una forma indirecta de resarcimiento y mitigación del daño económico que el conflicto le produce. En tercer lugar, otra manera no menos sutil de resolver la cuestión del daño es substraer de forma tajante la dimensión patrimonial del objeto de un derecho fundamental, como para el TC es el caso del derecho también a la propia imagen, donde lo protegido es la imagen física de la persona y no el valor patrimonial o de transacción económica de esa misma imagen (STC 81/2001).

Es el *otro* quien debe soportar ese coste porque se considera que el efecto disuasorio que supondría el riesgo de ser responsable de los efectos perjudiciales que tiene el ejercicio de un derecho desalentaría su uso, restringiendo indebidamente su disfrute por las personas. Todavía más, si el contenido de un derecho fundamental consiste en esencia en el poder jurídico de imponer a los demás el deber de soportar las conductas que son su objeto o el deber de abstenerse de restringirlas de forma alguna, incluso el deber de poner a disposición del ejerciente del derecho servicios y bienes ajenos para su efectiva realización, parece de suyo, en principio, excluir en ese entramado la posible exigencia de responsabilidades patrimoniales o contraprestaciones económicas.³⁰

Y decimos en principio, porque es cierto que no obstante lo dicho el coste económico del ejercicio de los derechos sí que puede repercutirse en quien lo ejerce. No en vano se cobra un precio por su producto en algunos casos (la prensa no es gratuita, por ejemplo); y en otros, los más, los daños derivados del ejercicio de un derecho se atienden a través de la declaración judicial de responsabilidades cuando ese ejercicio ha lesionado los derechos constitucionales de otros o un bien constitucionalmente protegido.³¹

Ocurre que no es difícil sostener la irresponsabilidad patrimonial por el ejercicio de los derechos fundamentales cuando éstos poseen límites temporales, modales y espaciales que nos permiten prever con cierto grado de certeza esos daños y tenerlos bajo control; o dicho de otro modo, cuando el riesgo para los *otros* derivado del ejercicio de derechos fundamentales es predecible y controlable.

Las cosas son distintas, justamente, cuando eso no es posible. Una imagen personal, un dato sensible relativo a una persona concreta, una información vejatoria o un libelo, una opinión injuriosa, un insulto, un bloqueo o una restricción permanente del acceso a una cuenta de correo o a una página web, etc.,

30. Véase, para una perspectiva complementaria, Gabriel Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

31. La cuestión es saber si también es posible exigir esa responsabilidad cuando el daño lo sufre un derecho legal o un bien jurídico infraconstitucional. Sería también interesante indagar cuánto del precio o tasa que se paga en ocasiones al hilo del ejercicio de un derecho fundamental (al comprar una revista) encierra un resarcimiento por el coste cierto o futuro de ese ejercicio. Igual de interesante sería saber si esa responsabilidad en el ejercicio de los derechos es exigible sólo cuando consiste en la lesión de un derecho constitucional o de un bien constitucional, y no si se reduce a un daño patrimonial o económico.

pueden circular y permanecer en el ciberespacio *sine die*, y multiplicada su difusión a la enésima potencia sin que sea prácticamente posible controlar su difusión. El ejercicio de los derechos se hace perenne, de manera que la revelación de un dato personal relativo a la salud de una persona o una opinión injuriosa sobre ella ya no puede atajarse en el tiempo y en el espacio, como en el caso del ejercicio de la libertad de expresión en el mundo real, y sus efectos dañosos pueden ser permanentes sin apenas forma eficaz de paliarlos.

La difuminación de los parámetros de tiempo y espacio físicos en el ciberespacio rompe el sutil y sobreentendido equilibrio entre el beneficio social del ejercicio de los derechos fundamentales y su coste.³² Que así sea debiera hacernos pensar si el caso del ejercicio de los derechos fundamentales en el mundo virtual no exige revisar la casi plena irresponsabilidad en su ejercicio.

Pero existe una segunda cuestión: si los derechos se ejercen sin presencia de los otros, sin interacción, su contenido también se reduce a ser meros derechos de reacción que reflejamente me permiten autodeterminarme en espacios concretos. En efecto, si no hay un espacio real de confrontación con otros, ¿qué sentido tiene que el derecho fundamental tenga por objeto el deber de los demás de tolerar mi comportamiento o de abstenerse de hacer algo que lo coaccione? En consecuencia, lo que necesita el *netizen* para ser libre es que la norma imponga la prohibición de interferir en mi comportamiento en el ciberespacio; pero no necesita, en principio, que los demás toleren su presencia o se abstengan de impedirlo. Ni siquiera sabe si es tolerado o no, o si *los otros* verdaderamente se abstienen de interferir, porque nadie conoce qué sucede en un ciberespacio al que todos acceden y transitan en él en un completo autismo. En fin, la reducción de todos los derechos fundamentales a derechos clásicos de reacción frente al Estado y a la privacidad. Una vuelta a la dogmática liberal de los derechos fundamentales.

Otro aspecto interesante es el que ofrecen los servicios de *hosting* y, en general, los portales, los servidores y los motores de búsqueda. Curiosamente, el ciberespacio ha ofrecido a la persona en el ejercicio de los derechos fundamentales la posibilidad de disponer de medios legalmente ajenos. El correo electrónico, las transacciones a través de empresas virtuales, los *blogs*, las páginas en Internet, los foros y los *chats*, entre otras modalidades ciberespaciales, son formas

32. En cierto modo, su *fundamentalidad* como derechos exige que sus costes sean absorbidos socialmente.

de ejercicio de derechos fundamentales que sólo son posibles porque terceros, que no son los ejercientes de los derechos fundamentales, ponen a disposición de quien lo desee (o pague) los medios técnicos para hacerlo posible y, además, gratuitamente, al menos, en apariencia (no es menor el problema que suscita la financiación de estos «lugares» a través de la publicidad comercial).

No debiera plantear mayor debate lo relativo a si el ejercicio de los derechos fundamentales en el ciberespacio supone la incorporación a su contenido de derechos de prestación. Parece evidente que, a pesar de que para ejercerlos en el ciberespacio resulta necesario que otros presten bienes y servicios que así lo permitan, no por ello su titular lo es de un derecho de prestación, ya que no se trata de bienes y servicios indispensables.³³

Otra cosa, y se trata de un debate de largo alcance, es saber si el Estado debe fomentar e incluso facilitar los medios para acceder al ciberespacio para asegurar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos fundamentales en él. Tampoco éste es un debate muy distinto del relativo al alcance de los deberes positivos de protección y de fomento del ejercicio de los derechos fundamentales a cargo del Estado.³⁴ Quizá para esta cuestión no sea la denominada «brecha digital» un asunto baladí. Como ya hemos dicho en otro lugar, cuando la prestación del bien o el servicio, como es el caso, no es indispensable para el disfrute de un derecho fundamental no existe un derecho integrado en el contenido constitucional del derecho fundamental en cuestión a exigir esa prestación.³⁵

No está de más señalar algo que suele olvidarse en los debates en torno al control legal del ciberespacio: que quienes prestan esos bienes y servicios no son los que ejercen los derechos fundamentales en cuestión. El propietario del servidor, o del dominio, o el prestador de servicios de *hosting* o correo electrónico, no ejerce otro derecho fundamental que a la libertad de empresa. Y, sin embargo, es la empresa que menos se sujeta a restricciones legales amparándose en ser instrumento del ejercicio de derechos fundamentales de otros.³⁶

33. Véase Bastida y otros, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 45 y ss.

34. Sobre este particular véase el trabajo citado de Bastida y otros, *Teoría general...*, pp. 112 y ss.

35. Son los que hemos dado en llamar «derechos de prestación contingentes». Véase Bastida y otros, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 112 y ss.

36. Sobre el debate acerca de la «regulación» del ciberespacio, Cass Sunstein, *Republic...*, ob. cit., pp. 125 y ss. También Stefano Rodotà, *Tecnopolítica...*, ob. cit., pp. 90 y ss.

RESUMEN**Revista catalana de dret públic**, 35, ISSN 1885-5709, 2007

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342.7:004.7

Ignacio Villaverde Menéndez, profesor titular de derecho constitucional del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo

es Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales

p. 19-42

El autor del artículo trata de advertir sobre los riesgos que plantea el ciberespacio, dadas sus especiales características, para el Estado constitucional democrático de derecho y para el propio ejercicio de los derechos fundamentales. Sin desdeñar las ventajas que el ciberespacio y las TIC suponen para la comunicación, la transmisión de información y la mejora del funcionamiento del Estado y la profundización de los canales de participación democrática de los ciudadanos, no obstante, en su opinión, Internet y las TIC suscitan serias incógnitas y retos jurídico-constitucionales de primer orden. En primer lugar, a su juicio, el ciberespacio tiene una perversa tendencia a mutar su vocación de ser un potente foro público en una agrega-

ción numérica de individuos aislados unos de otros. El *netizen*, usuario de las TIC, puede no ser un ciudadano cualitativamente mejor, sino un simple consumidor fragmentado y aislado de su entorno. En segundo lugar, las TIC y el ciberespacio nada añaden a la dogmática constitucional de los derechos fundamentales, a salvo que su indefinición espacial, temporal y modal aumenta los riesgos que el ejercicio de todos los derechos fundamentales conlleva de dañar a terceros. El autor apunta también la necesidad de una intervención estatal más intensa en el ciberespacio para garantizar la igualdad de oportunidades en su acceso y uso así como para paliar esos riesgos.

Palabras clave: Internet; TIC; ciberespacio; derecho constitucional; principio democrático; estado democrático; ciudadanía; derechos fundamentales.

RESUM**Revista catalana de dret públic**, 35, ISSN 1885-5709, 2007

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

342.7:004.7

Ignacio Villaverde Menéndez, professor titular de dret constitucional del Departament de Dret Públic de la Universitat d'Oviedo

es Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales

ca Ciberconstitucionalisme. Les TIC i els espais virtuals dels drets fonamentals p. 19-42

L'autor de l'article tracta d'advertir sobre els riscos que el ciberespai planteja, ateses les seves especials característiques, per a l'Estat constitucional democràtic de dret i per a l'exercici dels drets fonamentals. Sense desdenyar els avantatges que el ciberespai i les TIC suposen per a la comunicació, la transmissió d'informació i la millora del funcionament de l'Estat i l'aprofundiment dels canals de participació democràtica dels ciutadans, no obstant això, segons la seva opinió, Internet i les TIC susciten incògnites serioses i reptes jurídics i constitucionals de primer ordre. En primer lloc, segons el seu parer, el ciberespai té una tendència perversa a canviar la seva vocació de ser un potent fòrum públic en

una agregació numèrica d'individus aïllats els uns dels altres. El *netizen*, usuari de les TIC, pot no ser un ciutadà qualitativament millor, sinó un simple consumidor fragmentat i aïllat del seu entorn. En segon lloc, les TIC i el ciberespai no afegeixen res a la dogmàtica constitucional dels drets fonamentals, llevat que la seva indefinició espai, temporal i modal augmenta els riscos que l'exercici de tots els drets fonamentals comporta de danyar terceres persones. L'autor apunta també a la necessitat d'una intervenció estatal més intensa en el ciberespai per garantir la igualtat d'oportunitats en el seu accés i ús i per pal·liar aquests riscos.

Palabras clave: Internet; TIC; ciberespai; dret constitucional; principi democràtic; estat democràtic; ciutadania; drets fonamentals.

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 35, ISSN 1885-5709, 2007

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

342.7:004.7

Ignacio Villaverde Menéndez, tenured professor of Constitutional Law at the Department of Public Law at the University of Oviedo

es Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales

en Cyberconstitutionalism. Information and Communications Technologies (ICTs) and Virtual Spaces for Civil Rights

p. 19-42

The author of the article attempts to warn against the risks posed by cyberspace, with its special characteristics, for constitutional democracy and for the very exercise of civil rights. While fully recognizing the advantages that cyberspace and ICTs provide in terms of communication, information transmission and a better functioning of the State, as well as deepening of the channels of democratic participation for the citizenry, the author nevertheless believes that the Internet and the ICTs raise serious unexplored issues and major legal and constitutional challenges. First, in his opinion, cyberspace has a perverse tendency to undergo a mutation in its calling, from being a powerful public fo-

rum to a numeric aggregation of isolated individuals. It is possible for netizens, users of the ICTs, not to be qualitatively better citizens, but simple consumers, fragmented and isolated from their environment. Secondly, ICTs and cyberspace do not add anything to the constitutional body of dogma on civil rights, except that their lack of definition, in temporal, spatial and modal terms, heightens the risks entailed by the exercise of any civil right: harming third parties. The author also points to the need for more intense state intervention in cyberspace in order to guarantee equal opportunities in the access to and the use of cyberspace, as well as to mitigate those risks.

Key words: the Internet; ICTs; cyberspace; constitutional law; democratic principle; democratic state; the citizenry; civil rights.