INTERNET Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS¹

Manuel Rodríguez Puerto

Abstract: *The appearance of Internet has brought a substantial debate about the validity of the legal theory to explain his regulation. In this context, the concept of subjective right is one of the most controversial. Some scholars maintain that subjective right, based on the idea of individual exclusive power, is inaccurate to Internet, because this is a reality formed of information and this can not be possessed exclusively like a material thing. Notwithstanding these thesis are debatable. Subjective right can be conceived in a more flexible form. Furthermore, Internet is not so different: it is not an independent world in need of a new law. From these premises, we can argue that the diversity of rights typical of the legal orders appears in Internet too. Among these, the rights directly related with personality, like human rights, are particularly important. But his exercise (partial or total) through the Web does not change the exigibility of respect and fulfilment.*

Sumario: 1. Una hipótesis inicial, 2. Un poco de historia, 3. Las peculiaridades de Internet, 4. Un acercamiento prosaico a los derechos en la red, 5. Resumen final.

1. UNA HIPÓTESIS INICIAL

Thomas Dreier lamentaba recientemente la ausencia de una teoría jurídica clara aplicable a Internet, y citaba como muestra de esa carencia el concepto de derecho subjetivo. Según Dreier, éste supone la capacidad de disponer de algo de modo excluyente, de

1. Este artículo ha sido elaborado dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia *Libertad y nuevas tecnologías: regulación jurídica* (SEJ2004-06124).

tal manera que sólo puede recaer sobre objetos que permitan ese tipo de goce. Sin embargo, Internet se basa en la información, que no puede ser poseída en exclusividad. En consecuencia, resulta dudoso que el acceso a esa información digitalizada pueda ser juridificado acudiendo a la noción de derecho subjetivo². Esta opinión parece implicar que Internet es una nueva realidad necesitada de trato peculiar por parte de la teoría jurídica. Además parte de un concepto de derecho subjetivo un tanto estricto, identificado con el poder individual de apropiación. Ambas apreciaciones merecen un análisis detenido, porque está en juego la relación entre un concepto jurídico muy asentado y una tecnología novedosa.

La intención que anima esta reflexión no es una preocupación académica por las construcciones dogmáticas. El concepto de derecho subjetivo ha tenido un papel histórico fundamental en el desenvolvimiento del individualismo y, entre otras cosas, ha servido históricamente de molde teórico para diseñar los Derechos Humanos, tal y como han sido plasmados paradigmáticamente en la *Declaración Universal* de 1948. Si queremos saber como influyen en ellos las nuevas tecnologías de la información, es perentorio atender a esa pretendida incompatibilidad entre Internet y los derechos subjetivos.

2. UN POCO DE HISTORIA

Actualmente la acepción subjetiva de derecho presenta una diversidad considerable de manifestaciones, más allá de la idea de dominio excluyente. Esa variedad no es una novedad, porque está presente a lo largo de la historia de este concepto.

El triunfo de la versión más individualista tiene lugar con la Modernidad, gracias sobre todo a la Escuela de Derecho Natural

2. Cfr. DREIER, Th., "Law and Information Technology – An Uneasy Marriage, or Getting Along with Each Other?", *Information & Communications Technology Law*, 14 (2005), p. 213.

Moderno, que concibió al derecho como una cualidad estrictamente personal dimanante de la libertad natural del individuo. El derecho tiene un carácter previo a la ley, que aparece precisamente para conjugar el disfrute máximo de los derechos con el mínimo de conflictividad entre los individuos³.

Este planteamiento ha resultado algo chocante desde un punto de vista exclusivamente jurídico, porque la mentalidad usual del jurista rechaza la existencia de derechos sin regulación objetiva previa. La actitud de los juristas de formación romanista es ilustrativa de esa actitud desconfiada ante la variante más subjetiva del derecho. Ellos entendieron al derecho como orden regulador del entramado de relaciones sociales; por eso, el *ius* era determinado tanto desde las leyes como a partir de la existencia de necesidades, bienes, exigencias, deudas, poderes, etc., conformadores del tráfico social. Dentro de ese tejido de interacciones, suele ser lícito

3. Vid. CARPINTERO, F., *Historia breve del derecho natural*, Colex, Madrid, 2000, pp. 175 y ss. *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 32 y ss. Estos iusnaturalistas no inventaron la concepción del derecho como facultad. Ya en el siglo XII los canonistas emplearon la palabra *ius* para nombrar una facultad o potestad otorgadas por la ley. Más adelante, los escolásticos bajomedievales perfilaron teóricamente esa acepción y comenzaron ya a especular con la idea de un poder inserto en la propia naturaleza de la persona. Pero fueron los iusnaturalistas los que llevaron la idea a su manifestación extrema. Sobre este proceso vid. los estudios contenidos en CARPINTERO, F.; MEGÍAS, J.J.; DE MORA, E.; RODRÍGUEZ, M., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.

Sobre los rasgos específicos de la Escuela de Derecho Natural Moderno (individualismo, estado de naturaleza, contrato social, etc.), vid. CARPINTERO, F., "La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la 'persona jurídica'", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7 (1987), per totum. Del mismo autor, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 23-81; *Historia breve del Derecho Natural*, Colex, Madrid, 2000, cap. VI.

Conviene advertir que la Modernidad jurídica no es un bloque homogéneo. Algunas de sus vertientes, como el materialismo ilustrado francés, no tienen el cariz más liberal del iusnaturalismo moderno (al menos desde el punto de vista del concepto de derecho).

ejercer ciertos poderes, pero el poder no es en sí mismo derecho, sino una facultad para actuar que podía ser calificada de justa o injusta. Los civilistas aceptaron paulatinamente las expresiones *facultas* o *potestas* para nombrar los poderes regulados por el derecho, como la propiedad privada o la patria potestad, pero no las entendieron como derivadas directamente de la libertad individual sino al modo de capacidades establecidas por leyes orientadas al bien común⁴. Si tenemos en cuenta que durante siglos la única formación jurídica científica provenía del Derecho romano, no nos sorprenderá la pervivencia de esa actitud.

Ese recelo ha estado presente incluso durante el triunfo del Positivismo a lo largo del XIX. Buena parte de los juristas decimonónicos diseñaron sistemas normativos basados en códigos y legislaciones reguladoras de derechos ahormados según el molde de la propiedad privada. Es cierto que ellos concibieron el derecho subjetivo de una forma estrictamente moderna, como poder excluyente de disfrute, pero eliminaron la remisión al estado de naturaleza prelegal. Aunque modernos, estos juristas no quisieron desvincular los derechos de una legalidad anterior. Desde entonces, el concepto de derecho subjetivo ha experimentado toda clase de vaivenes teóricos, algo comprensible si tenemos en cuenta esa tensión ya viva desde el principio⁵.

4. Vid. mi estudio, "Jus commune y derecho subjetivo en el siglo XVI", en *El derecho subjetivo en su historia*, cit., per totum. En cierto modo existe continuidad entre la actitud de estos juristas bajomedievales y sus antecesores romanos. Ha habido muchas discusiones sobre el derecho subjetivo en la *iurisprudencia* de Roma. Los juristas romanos no elaboraron un concepto de derecho subjetivo, aunque sí reconocieron la existencia de ciertas facultades de actuar derivadas del *ius*, sobre todo en la época postclásica; a partir de esta época se hace más patente la atención hacia la faceta subjetiva del derecho. Vid. Sobre esta cuestión MEGÍAS, J.J., "El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos", en *El derecho subjetivo en su historia...*, per totum.

5. En ocasiones se ha llegado a negar su misma existencia. Desde posturas normativistas, como la adoptada por August Thon o Hans Kelsen, el derecho subjetivo no es más que un reflejo de la obligación jurídica prescrita

La verdad es que el planteamiento de los iusnaturalistas modernos resulta incomprensible desde el punto de vista romanista, porque para éstos el simple poder para actuar, anterior a todo derecho, era el plano del *fas*, es decir el de la libertad extrajurídica permitida sin más. En cambio, los iusnaturalistas veían el tejido de reglas del *ius commune* como un aherrojamiento del individuo en rígidos moldes sociales que impedían la expansión de la individualidad. Para transformar esa situación lanzaron la teoría de los derechos naturales entendidos al modo de recintos personales liberados del entramado social. Eran dos formas radicalmente diferentes de entender el derecho y, por supuesto, las facultades jurídicas. Para el romanista éstas debían depender de la existencia de bienes sociales objetivizados; para el iusnaturalista eran esferas de libertad en las que el titular del derecho era señor omnímodo⁶.

Ambos puntos de vista acogen dos tradiciones diferentes de nuestra cultura jurídica y conciliarlos es difícil⁷. Quizá la única

por la norma. Vid. una exposición de esos planteamientos en AICHER, J., *Das Eigentum als subjektives Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, per totum. Desde horizontes filosóficos muy diferentes, el realismo de corte tomista también ha otorgado un papel muy secundario a este concepto. Al identificar el derecho con la cosa justa, los derechos subjetivos sólo tienen existencia derivada: son facultades que un titular posee tras ser determinadas mediante la solución prudencial del problema jurídico. Vid. por ejemplo, HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, pp. 197-198. Del mismo autor, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1988, pp. 42-43.

6. Sin embargo, es una paradoja de la historia que el tópico fundamental del iusnaturalismo moderno, el estado de naturaleza, fuera transmitido a la cultura occidental principalmente por los romanistas. Y fue uno de ellos, Fernando Vázquez de Menchaca, el primero en esbozar las líneas directrices de ese iusnaturalismo.

7. Una muestra de las dificultades en la ambigüedad presente en el concepto de derecho expuesto por Savigny, al mezclar nociones personalistas de raíz kantiana con explicaciones organicistas. Vid. GUZMÁN, A., "La influencia de la filosofía del derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1995), pp. 155-157.

forma sea evitar las unilateralidades. Como advierte Francisco Carpintero, la cuestión de los derechos, poderes y facultades se resiste a un tratamiento unitario, porque son realidades distintas desde el punto de vista de su génesis; esas diferentes denominaciones obedecen a las variadas finalidades que tienen tales poderes⁸. Con esa precaución en mente, Carpintero ha estudiado las diferentes variantes que reviste la acepción subjetiva de derecho. Al lado de las manifestaciones más ceñidas a la protección directa de la personalidad, aparecen otras elaboradas a partir de la regulación de fines y bienes procedentes de la mediación proporcionada por las “cosas”; este término abarca las circunstancias y situaciones propias de un contexto social que plantean exigencias jurídicas concretas no derivables directamente desde la dignidad personal (aunque ésta siempre esté en el trasfondo). En este segundo supuesto sería mejor hablar de competencias, porque la facultad está concedida para la mejor consecución de un deber⁹.

Es cierto que hace ya tiempo que los juristas no conciben el derecho subjetivo tan sólo como la potestad exclusiva de un sujeto sobre una cosa¹⁰. Pero es frecuente que este tipo de análisis se li-

El debate posterior entre la teoría de la voluntad y la del interés también ilustra la disputa entre una idea de derecho más centrada en el arbitrio individual y otra más pendiente de bienes algo más objetivizados. Esta polémica continúa, como muestra la actual filosofía anglosajona en el libro de KRAMER, M.H.; SIMMONDS, N.E.; STEINER, H., *A Debate over Rights*, Oxford University Press, 2002, per totum.

8. Cfr. CARPINTERO, F., “La dimensión pública de las personas”, en APARISI, A. (ed.), *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*, Comares, Granada, 2007, p. 102.

9. Vid. CARPINTERO, F., “Libertad y derecho”, *Persona y Derecho*, 30 (1994), pp. 43 y ss. “Persona y officium: derechos y competencias”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXIII (1996), pp. 4 y ss.

10. El elenco de acepciones elaborado por Wesley N. Hohfeld es un buen ejemplo. La primera vertiente es la de la “mera libertad”: es decir tener derecho a actuar, sin más. La segunda es la del “claim right”, o facultad de exigir a otro una acción o abstención. La tercera es la competencia o poder para crear y cambiar situaciones jurídicas. Finalmente, la cuarta es la inmunidad al cambio de

mite a desglosar el concepto básico de potestad en un conjunto de especificaciones que van desde el derecho a exigir abstención al derecho a construir una situación jurídica nueva¹¹. Postular la existencia de un poder jurídico homogéneo que se fragmentara en diferentes concreciones desvirtuaría un tanto la imagen del derecho. Una observación más detenida indica que no se trata de facultades concretas que descienden de una potestad originaria. Ocurre más bien que las diferentes situaciones vitales de las personas demandan regulaciones distintas y a veces exigen respeto a la libertad incondicionada, mientras que otras imponen criterios objetivos al ejercicio de una facultad.

Debe quedar claro que ninguna de esas facetas puede dominar a las demás. Parece poco prudente, por ejemplo, renunciar a la protección de las parcelas íntimas de la personalidad conquistada por la Modernidad¹². En efecto, los derechos que protegen esas facetas de la vida humana representan un aspecto particularmente valioso. Son los que aparecen bajo las etiquetas de “derechos humanos”, “del hombre” o “de la persona”, para indicar su mayor independencia de contextos históricamente concretos. Pero incluso en ellos la exigencia de matices al individualismo que los sustenta también es importante. El respeto por la dignidad de toda persona no implica necesariamente convertir a la libertad arbitraria en la clave sistemática del derecho. Es cierto que hay ocasiones en que el mero arbitrio ha de ser amparado por el orden jurídico (sin causa justificada no se nos puede impedir dar un paseo, por ejemplo), pero en otras ha

una situación jurídica determinada. Jeremy Waldron nos informa de la difusión actual de esta clasificación en su *Introduction* a WALDRON, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, pp. 4 y ss.

11. Esta manera de proceder, en la que los derechos son poderes específicos derivados del poder omnímodo estatal, la encontramos, por ejemplo, en ADO-MEIT, K., *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, per totum.

12. Sobre este punto cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 55 y ss.

de ceder el paso a otro tipo de bienes. La dimensión más personal de los derechos no puede ser entendida sólo desde la perspectiva del libre arbitrio, tal y como lo entendieron los kantianos. Como ha señalado Andrés Ollero, los derechos humanos no son cotos de arbitrariedad, ni concesiones estatales. Comprender su papel requiere una teoría jurídica que corrija algunos aspectos del individualismo moderno. Para éste, la única misión del orden jurídico era asegurar coactivamente la libertad del arbitrio, porque lo único existente desde el punto de vista moral es el individuo aislado. Pero el derecho es algo más que una garantía de aislamiento; su misión es ajustar razonablemente la coexistencia humana, que supone acogida mutua y reconocimiento común. Los derechos son herramientas imprescindibles para realizar esa tarea; para ello han de abandonar la visión conflictivista de libertades rivales y abrir sus contenidos a bienes más comunes¹³. Una de las claves para realizar esta apertura la plantea Francesco Viola al defender una teoría de los derechos que supera el subjetivismo de corte patrimonialista y se abre a una concepción del yo atenta a las variadas antropologías receptoras de los planos diferentes del ser humano¹⁴.

13. Cfr. OLLERO, A., "Para una Teoría 'jurídica' de los derechos humanos", en *Derechos Humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 151 y ss.

14. Vid. VIOLA, F., *De la Naturaleza a los Derechos. Los lugares de la ética contemporánea* (trad. de V. Bellver), Comares, Granada, 1998, pp. 297 y ss.

Otra matización de una visión estrictamente individual de los derechos la ofrece Jeremy Waldron, siguiendo los pasos de Joseph Raz. Waldron desgrana una descripción de los derechos basada en la existencia de intereses moralmente valiosos y presentada expresamente como alternativa a los planteamientos radicalmente individualistas de Robert Nozick. Waldron considera que no tiene mucho sentido distinguir entre derechos negativos (sólo exigen abstención de los demás) y positivos, porque todos exigen acciones positivas de los demás y pueden generar deberes tanto negativos como positivos. Vid. WALDRON, J., *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993, pp. 212 y ss., 223 y ss. Por supuesto, Waldron no coincide con la mentalidad de los romanistas, pero expresa una inquietud relativamente parecida ante la idea individualista de derecho.

A partir de lo indicado hasta ahora, no parece aventurado afirmar que la noción de facultad o derecho subjetivo en sentido amplio es un concepto eficaz para responder a determinadas exigencias jurídicas. Al respecto, conviene tener presente la distinción entre subjetivismo jurídico y derecho subjetivo en sentido amplio. El primero supone que el derecho no es sino una emanación de la voluntad individual. Pero el segundo abarca las facultades de contenido diverso a las que he aludido más arriba, y no sólo las más estrictamente individuales. Esta noción es la que de forma explícita o implícita ha de estar recogida en los diferentes ordenamientos. En efecto, es difícil encontrar otro concepto para acoger al conjunto de facultades que los sujetos ejercen en un orden jurídico, aun reconociendo sus diferentes contenidos y alcances¹⁵.

En esa línea, la tipología tripartita de los derechos es objeto actualmente de críticas, motivadas por la imposibilidad de establecer una clasificación nítida. Recordemos que esta tipología diferencia entre derechos que exigen sólo la abstención, los que necesitan una protección efectiva por parte del Estado de ataques de terceros, y los que requieren la generación estatal de condiciones de ejercicio. Pero al final todos los derechos parecen exigir en mayor o en menor grado las tres actividades. Vid. KOCH, E., "Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?", *Human Rights Law Review*, 5 (2005), per totum. Este artículo cita las tesis que Waldron expone en *Liberal Rights*.

15. Alberto Montoro ha destacado que el derecho subjetivo es un elemento imprescindible en los órdenes jurídicos, si lo entendemos en un sentido amplio superador del individualismo estricto de los modernos. Cfr. MONTORO, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1983, pp. 97 y 101 y ss. Un ejemplo de teoría no individualista defensora del derecho subjetivo en DABIN, J., *El derecho subjetivo* (trad. de F.J. Ossset), EDERSA, Madrid, 1955, pp. 25 y ss., 41. IONESCU, O., *La notion du droit subjectif dans le Droit Privé*, E. Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 106 y ss. Ionescu critica las tesis de Duguit por sustituir la noción de derecho subjetivo por la de función social; ésta idea implica constricción excesiva (cit., p. 51). Lo cierto es que los partidarios de teorías menos individualistas de los derechos subjetivos siguen con bastante fidelidad, aunque de forma no expresa, la postura de los teólogos de la Segunda Escolástica que vinculan los derechos a una legislación previa basada en el bien común.

3. LAS PECULIARIDADES DE INTERNET

Parece, por tanto, que tener un derecho no es necesariamente sinónimo de poder absoluto de disposición. A la hora de comprobar el papel que los derechos desempeñan en Internet deberemos tener en cuenta esos matices. Pero su viabilidad depende también de su adecuación a la nueva tecnología. Para responder a esa cuestión, ya apuntada en la hipótesis inicial, es preciso aclarar si realmente existe un ciberespacio necesitado de teorías y regulaciones completamente novedosas.

Esta imagen fue bastante popular en los años noventa del pasado siglo. A principios de esa década se produjo la gran expansión de la Red, saludada como la llave para una libertad aparentemente sin límites. Esa impresión obedeció al hecho de que, originariamente, la tecnología que daría lugar a Internet fue diseñada para permitir el flujo de información de una manera rápida e incontrolada. Esta aspiración hizo creer a muchos programadores y usuarios que la Red permitiría la construcción de una sociedad nueva estanca a la intervención gubernamental, ya que su tecnología saltaba impunemente fronteras y obstáculos tanto geográficos como políticos¹⁶. El movimiento *libertarian* de los EE.UU. se sumó a esas aspiraciones y defendió el papel de Internet como herramienta para construir su sueño de sociedad sin Estado. Una consecuencia necesaria de

16. Esta visión aparece expresada con claridad en una serie de textos publicados a través de Internet. Vid. por ejemplo, BARLOW, J.P.; KAPOR, M., *Across the Electronic Frontier* (1990), <http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/eff.html> (consultada 2-12-07). BARLOW, J.P., *A Declaration of Independence of Cyberspace* (1996), <<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.htm>>; Barlow, J.P., *Is There a There in Cyberspace?*, <http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/utne_community.html> (consultadas 11-12-07); BARLOW, J.P., "The Economy of Ideas", *Wired* (1994), disponible en <http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html> (consultada 3-12-07). *Cyberspace and the American Dream: A Magna Carta for the Knowledge Age*, <<http://www.pff.org>> (consultada 11-12-07).

este planteamiento era la exigencia de autorregulación por parte de los propios internautas. Efectivamente, si el poder político es inútil en el ciberespacio, los mismos cibernautas serán los únicos legitimados para establecer sus propias normas. El derecho propio de la Red sólo podría surgir desde el consenso entre usuarios¹⁷.

Curiosamente, el concepto de derecho que sustenta sus reflexiones es parecido al del subjetivismo jurídico propugnado por los iusnaturalistas modernos. De hecho hay semejanzas entre la descripción del estado de naturaleza de esos iusnaturalistas y el ciberespacio¹⁸. Los ciberlibertarios lo describen como un lugar sin límites, en el que los individuos pueden navegar a placer, saltando de una página a otra y entablando relaciones con los habitantes de ese mundo que les resulten más atrayentes. Fueron las limitaciones del mundo físico las que llevaron a crear poderes políticos

17. Las posiciones de los ciberlibertarios sobre el derecho han sido expuestas sobre todo por David R. Johnson y David G. Post. Vid. JOHNSON, D.R.; POST, D.G., "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, 48 (1996). Disponible en <<http://www.cli.org>> (consultada 20-11-07), pp. 1 y ss. POST, D.G., "Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace", *Journal of Online Law* (1995), pp. 3 y ss. Disponible en <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>> (consultada el 20-12-07). JOHNSON, D.R.; POST, D.G., And How Shall the Net Be Governed? (1996), pp. 1 y 9, disponible en <<http://www.cli.org/emdraft.html>> (consultada 15-1-07). JOHNSON, D.R.; POST, D.R., The New 'Civic Virtue' of the Internet, 1998, pp. 11 y ss., disponible en <<http://www.cli.org>> (consultada 15-11-07).

18. Los modelos de la *Declaración de Independencia del Ciberespacio* de John Perry Barlow y la *Carta Magna de la Era del Conocimiento* proceden claramente de la época revolucionaria de fines del XVIII, muy influida por el iusnaturalismo modeno. Por otra parte, David Post ha relacionado al ciberespacio con un concepto tan popular en el pensamiento jurídico moderno como el estado de naturaleza. Cfr. POST, D.G., *The State of Nature and the First Internet War: Scientology, its Critics, Anarchy and Law in Cyberspace*, 1996, pp. 1-2, 5, <http://www.cli.org/DPost/X0003_ARTICLE4.html> (consultada 15-11-07), pp. 1-2. Antonio Enrique Pérez Luño también ha llamado la atención sobre las semejanzas entre estas actitudes actuales y el debate sobre el estado de naturaleza. Cfr. "Internet y los derechos humanos", en *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 103-104.

centralizados, encargados de asegurar los derechos. Esas limitaciones son inexistentes en Internet, así que los internautas pueden moverse sin problemas: si se sienten incómodos o agredidos en un entorno digital, simplemente lo abandonan y lo sustituyen por otro; también pueden librarse de tales ataques con procedimientos informáticos, tales como la encriptación. No es preciso imponer normas desde un Estado, porque los internautas crean y aplican sus propias normas. La autorregulación será el producto de las decisiones adoptadas por cada uno de los usuarios de Internet. Es preciso tener en cuenta, para entender cabalmente su teoría, que los ciberlibertarios piensan que el auténtico derecho de Internet está constituido por los protocolos informáticos que forman la Red. Al fin y al cabo, son esos programas los que permiten o impiden los comportamientos de los usuarios: de nada sirve una ley estatal que, de hecho, es inaplicable a la escurridiza Internet. Por tanto, las reglas verdaderamente eficaces son las aplicaciones informáticas creadas por usuarios y expertos mediante un proceso descentralizado de prueba y error continuos¹⁹. Los internautas aceptan o rechazan esos programas y de esa forma establecen una pluralidad de entornos normativos entre los que se desplazan los habitantes del ciberespacio. Éste se presenta como un estado de naturaleza más perfecto que el de los modernos, porque ya no precisa de controles estatales: permite una difusión máxima de la libertad individual. Efectivamente, el comportamiento de los usuarios de la Red no parece tener más fundamento que las aspiraciones y deseos del sujeto, y su contenido no puede ser más que el sentido cambiante de los arbitrios de los internautas. Desde este punto de vista, la noción de derecho adecuada al ciberespacio consiste en la

19. En este punto, los ciberlibertarios incurren en una confusión. Es innegable que los programas informáticos permiten o impiden hacer ciertas actividades. Pero eso no los convierte en reglas de la acción humana: sería tan extraño como considerar las características del motor de gasolina parte del código de la circulación.

afirmación de voluntad de sujetos libres e iguales; las voluntades constituirían derechos entendidos al modo de esferas de libertad kantianas que se expanden sin que sea necesaria la labor limitadora de una ley universal. Como vemos, lejos de resultar incompatible con el concepto de derecho subjetivo, Internet contribuiría a consolidarlo de manera particularmente radical²⁰.

Una versión extrema de tales pretensiones está plasmada en el autodenominado transhumanismo, que pretende aunar el individualismo más extremo con las nuevas tecnologías. Con independencia de la plausibilidad técnica de sus intentos, interesa destacar ahora que los transhumanistas se basan en la existencia de un sujeto lábil, abierto a una evolución permanente y capaz de adoptar cualquier

20. Llama la atención la postura de algunos ciberlibertarios que niegan la relevancia del derecho en el ciberespacio. Es el caso de John Perry Barlow cuando sostiene que el derecho, tal y como lo conocemos, nació para defender los intereses de sociedades basadas en la propiedad agrícola e industrial. Sin embargo, él opina que la nueva sociedad surgida gracias a Internet gira alrededor de la información y ésta no puede ser encerrada en moldes jurídicos. Barlow parece identificar sin más el derecho con la propiedad privada (una idea muy moderna) y por eso funda su desprecio por las instituciones jurídicas en la imposibilidad de aprehender y delimitar físicamente la propiedad intelectual. Recordemos que, según la descripción ciberlibertaria, Internet está formada exclusivamente por información digitalizada. Su protección no puede consistir en el empleo de cercas, ni en la vigilancia policial, sino en el uso de programas informáticos, como la encriptación antes mencionada. En consecuencia, el tradicional derecho de propiedad pierde su valor. Según Barlow, esta situación no es preocupante, porque la nueva economía digital habrá de basarse más en la cooperación y disfrute conjunto de la información que en la posesión, cuya protección sería la finalidad del antiguo derecho. Cfr. BARLOW, J.P., "The Economy of Ideas", cit. En realidad, Barlow adopta de forma inconsciente una tesis fundamental de la Modernidad jurídica: la identificación de lo jurídico con el ejercicio de una eficaz coacción pública. En esa línea, los iusnaturalistas modernos entendieron que el derecho natural no era verdadero derecho, porque no era susceptible de imposición efectiva; esa capacidad sólo existe en el Estado. Ellos diferenciaban entre la cualidad personal (*ius*) y la norma coactiva (*lex*). El primero existía en el estado de naturaleza y la segunda tras la aparición del poder político, motivado por los inconvenientes del choque entre derechos. Barlow y los ciberlibertarios eligen el *ius* y desdeñan la *lex* por innecesaria, pero siguen moviéndose en el mundo de las ideas jurídicas modernas.

identidad; pretenden utilizar como modelo la interpretación post-moderna de la filosofía de Nietzsche debido a su rechazo de cualquier idea objetiva de verdad²¹. Algunos sectores del transhumanismo consideran Internet como el espacio tecnológico adecuado para hacer posible un futuro posthumano. Imaginan la posibilidad de establecer redes de conexiones casi infinitas, de construir identidades diversas o de crear una inteligencia artificial que transforme las capacidades del cerebro humano. Rechazan al ser humano a causa de su existencia corpórea y limitada y aspiran a superar tales inconvenientes mediante la colaboración de la biotecnología y de la informática. Hay que recordar que tras este aparente optimismo se oculta un desprecio profundo por la dignidad personal, que ha de ser aceptada asumiendo la totalidad de lo humano, incluyendo sus aspectos más dolorosos. Desde luego, no parece que los protocolos de Internet tengan la capacidad de transformar la esencia humana, pero el rechazo que sienten los transhumanistas por ciertas características esenciales de la humanidad no deja de ser peligroso, en la medida en que olvida esa misma esencia y puede conducir al desprecio de los sujetos carentes de las dotes supuestamente transhumanas²². En todo caso, el triunfo de este tipo de teorías va más allá de cualquier consideración sobre el derecho subjetivo: supondría la destrucción de cualquier idea de derecho.

Sin embargo, la crítica básica a los planteamientos ciberlibertarios no está en la elección de un concepto u otro de derecho, sino en su distanciamiento de la realidad en un punto importante: no existe ningún ciberespacio. Internet es, en realidad, un conjunto muy complejo de programas informáticos destinado a la

21. Una descripción del transhumanismo en MOLINUEVO, J.L., *Humanismo y nuevas tecnologías*, Alianza, Madrid, 2004, pp. 100 y ss.

22. Vid. una crítica de las tesis transhumanistas en BALLESTEROS, J., “Biotecnología, Biolítica y Posthumanismo”, en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E. (coords.), *Biotecnología y Posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, per totum.

transmisión de información. Sus usuarios son personas normales que emplean los diferentes recursos que componen Internet para satisfacer sus intereses, aspiraciones y valores. Las consecuencias de esos actos recaen en el mundo cotidiano y no en una realidad virtual o paralela²³. Un ejemplo de la ingenuidad de las teorías ciberlibertarias es su actitud ante el Estado. Es cierto que éste no puede controlar completamente la Red (al igual que se le escapan muchos otros acontecimientos de la sociedad globalizada), pero es erróneo pensar que carece de influencia en el desarrollo de su tecnología. Sobre todo porque el mismo origen de Internet habría sido inviable sin las incitaciones y cuantiosos fondos del gobierno de los EE.UU. Resulta obvio, además, que sería imposible disfrutar de este medio de comunicación sin las infraestructuras y el orden público proporcionados por los Estados²⁴.

La posibilidad de esas actuaciones había quedado oscurecida por las características del diseño originario de la Red, destinado a dificultar el control de la información. Pero, como toda tecnología, la de Internet es modificable y puede evolucionar tanto para aumentar las cotas de libertad como para reducirlas²⁵. El sentido adoptado

23. Reflexiones apasionadas acerca de las comunidades virtuales creadas en la Red, como las de Howard Rheingold, acaban mostrando (de forma no intencionada) que Internet no es sino un poderoso medio de comunicación que conecta las personas con los mismos problemas e intereses en el mundo real. Vid. RHEINGOLD, H., *La comunidad virtual*, Gedisa, Barcelona, 1996, per totum.

24. Sobre la inexistencia del ciberespacio y la repercusión jurídica que ello conlleva vid. GOLDSMITH J.; WU, T., *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2006, per totum. Vid. también SHAPIRO, A.L., "The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code", *Seton Hall Constitutional Law* (1998) (disponible en <<http://cyber.law.harvard.edu/is99/Shapiro.htm>>, consultada 15/01/2008).

25. Países no democráticos han usado ya con bastante éxito filtros para impedir el acceso a los contenidos considerados "sensibles". Programas parecidos pueden ser empleados con fines menos ominosos, como la restricción del acceso de los menores a páginas peligrosas, o la determinación de la procedencia geográfica del usuario de una página comercial para atenderlo en su idioma.

por la arquitectura de Internet dependerá de las decisiones adoptadas para encauzar su desarrollo²⁶. La competencia para tomarlas no suele estar en manos de los internautas, sino en las de empresas y gobiernos, es decir entre los sujetos que poseen el poder del llamado por los ciberlibertarios mundo físico. Desde luego, la labor de ingenieros y programadores individuales que han creado y desarrollado programas mediante colaboración desinteresada no puede ser desdeñada (pensemos en la difusión del *software* libre), pero la idea de los cibernautas individuales que construyen una nueva comunidad de vida en Internet resulta ajena a la realidad. Sin embargo, posee un atractivo indudable, porque revitaliza la utopía moderna de un mundo sin reglas jurídicas, en la que sólo existen libertades que coexisten pacíficamente. Conviene no olvidar que una de las directrices del pensamiento jurídico moderno, que representaron los iusnaturalistas, fue desvincular a la persona de cualquier clase de regla jurídica objetiva y erigir un sistema de derecho derivado sólo a partir de la libertad individual. Este proyecto parece reverdecer a la luz de los nuevos avances tecnológicos. Como ha señalado Vincent Mosco, las imaginaciones centradas en el ciberespacio recogen buena parte de las aspiraciones y mitos pergeñados por la Ilustración sobre la liberación del individuo²⁷.

26. Sobre la influencia del poder político y del económico en las transformaciones de la tecnología de Internet, vid. LESSIG, L., "Reading the Constitution in Cyberspace", *Emory Law Journal*, 45 (1996), pp. 1-44. *El código y otras leyes del ciberespacio* (trad. de E. Alberola), Taurus, Madrid, 2001, per totum. Lessig comparte con los ciberlibertarios la consideración del código informático como normativa de Internet, ya que, al fin y al cabo, es el que posibilita o dificulta las actividades del usuario. Pero a diferencia de los ciberlibertarios, Lessig reconoce la influencia que los poderes políticos tienen en la configuración de ese código. El planteamiento de Lessig es más sutil: un programa es una herramienta técnica y no una norma jurídica, aunque influya en el comportamiento humano. Las normas jurídicas de Internet son las que dirigen el desarrollo de la informática; de esa forma indirecta pueden controlar el comportamiento de los usuarios de la Red.

27. Cfr. MOSCO, V., *The Digital Sublime. Myth, Power and Cyberspace*, MIT Press, Cambr. Mass., 2005, pp. 91 y ss.

Aunque esté lejos de exageraciones ciberlibertarias, la atracción por el potencial transformador de las nuevas tecnologías es patente en reflexiones como la de José Luis Molinuevo. Él propone un humanismo tecnológico que herede el papel emancipador de la Escuela de Frankfurt. Esta nueva “teoría crítica digital” emplea los recursos proporcionados por Internet para construir una sociedad ideal de individuos en la que el yo sea una subjetividad compartida, fruto de la interacción de comunidad ciberespaciales. Frente al sujeto rígido de los modernos, defiende un individualismo multi-forme en expansión perpetua²⁸. Molinuevo considera que la técnica –incluyendo la de Internet– no deshumaniza, sino que, al contrario, sirve para erigir una nueva forma de humanismo. Pero se apresura a subrayar que no está basado en “discursos idealistas sobre la dignidad”, ni en supuestas esencias humanas. Lo importante es la situación real de indignidad, la injusticia y la imposibilidad de ejercer derechos y obligaciones como individuo²⁹. Sin embargo, cabe preguntarse cómo es posible captar la existencia de situaciones indignas sin una idea acerca de la dignidad de la persona. De la misma forma resulta difícil percibir la injusticia y la lesión de los derechos, sin una concepción de las exigencias jurídicas mínimas que corresponden a toda persona. Molinuevo hace referencias a la noción de individuo basada en la idea de relación y no en la de esencia o substancia, pero no queda claro cuál es el estatus de ese ser que no tiene dignidad pero sí puede sufrir indignidades.

Y es que se exagera bastante sobre los posibles cambios de la subjetividad favorecidos por Internet. José M^a García Blanco presenta el hipertexto como un elemento transformador de la subjetividad. Al destruir la argumentación lineal y cerrada favorece la aparición de textos permanentemente abiertos, sometidos a variación constante mediante la participación de una multitud de

28. Cfr. MOLINUEVO, J.L., cit., pp. 216 y ss.

29. Cfr. MOLINUEVO, J.L., cit., pp. 173 y ss.

sujetos; esa implicación desdibuja la idea de autoría y con ella el concepto mismo de intersubjetividad³⁰. Sin embargo, esta apreciación tal vez sea algo apresurada. Hay que reconocer que algunos protocolos informáticos favorecen la creación de obras y textos participativos, pero no conducen a una nueva forma de subjetividad. Los que elaboran y reelaboran los textos son personas que vierten en ellos sus deseos, intereses y necesidades. Los productos de esa interrelación obedecen a la inevitable interdependencia que caracteriza la ontología humana. La nueva tecnología es otro campo más en el que se manifiesta dicha nota ontológica, y no el instrumento para cambiar la subjetividad³¹.

En cualquier caso, la inexistencia del ciberespacio tiene consecuencias claras para el derecho: si la Red no forma una realidad independiente no necesita un derecho propio. Son los ordenamientos existentes, con su pluralidad de reglas, institutos y conceptos, los encargados de resolver las cuestiones con relevancia jurídica que planteen el uso de Internet, con las matizaciones y modificaciones necesarias, pero sin crear un derecho *ex profeso*³². La pluralidad de

30. Cfr. GARCÍA BLANCO, J.M^a, “Apuntes para una Sociología de la World Wide Web”, en GARCÍA BLANCO, J.M^a; NAVARRO, P., *¿Más allá de la Modernidad? Las dimensiones de la información, la comunicación y sus nuevas tecnologías*, CIS, Madrid, 2002, p. 149.

31. En el libro citado en la nota anterior, Rodríguez Ibáñez se muestra escéptico ante la novedades supuestamente extraordinarias de Internet, a la que no considera una megaconciencia sino un megadepósito. Cfr. “Cultura y política en la era de la realidad virtual”, *Ibid.*, p. 365.

32. La discusión generada por este problema ha sido considerablemente vivaz. Como resumen puede decirse que no parecen necesarios los experimentos revolucionarios: parte de los problemas que presenta esta tecnología pueden ser resueltos desde la normativa ya existente; otra parte requerirá adaptaciones y reformas. Como en otras materias, la legislación estatal no es ya capaz de abarcarlo todo y ha de admitir cierto pluralismo jurídico en el que concurren otras instancias reguladoras. Vid. un resumen de las alternativas planteadas en RODRÍGUEZ PUERTO, M., “El debate sobre la regulación de Internet. Una recapitulación provisional”, *Revista de la Contratación Electrónica*, 79 (2007), per totum.

libertades, derechos, facultades y poderes que contienen esos ordenamientos reflejando la multiplicidad de las facetas subjetivas del derecho, están presentes también en esa comunicación digitalizada. Los derechos y facultades típicas de los sectores civiles, mercantiles, administrativos, etc., desempeñan un papel similar cuando sus instituciones se ven afectadas por esta tecnología informacional. Algunos ejemplos bastan para comprobar lo afirmado.

4. UN ACERCAMIENTO PROSAICO A LOS DERECHOS EN LA RED

La normativa española de asignación de nombres de dominio de segundo y tercer nivel confiere al titular derecho a su utilización para el direccionamiento en el sistema de nombres de dominio, a la continuidad y calidad del servicio y a transmitirlo sólo con ciertas limitaciones (casos de sucesión universal mortis causa o inter vivos o cesión de marca o nombre comercial asociado al nombre de dominio)³³. Por otra parte, la denominada Administración Electrónica introduce medios informáticos en el procedimiento administrativo, pero no supone una transformación de los principios básicos que regulan dicho procedimiento ni de las garantías y derechos que posee el ciudadano. Aunque sí aparecen algunos derechos nuevos derivados de los ya existentes, como el derecho de acceso a archivos y registros³⁴.

La propiedad privada es otro derecho subjetivo que ha experimentado el impacto de la nueva tecnología. Es algo exagerado afirmar que la única propiedad viable en Internet se ejerce sobre la

33. Cfr. PLAZA, J., "Propiedad intelectual y sociedad de la información (Directiva Comunitaria 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho español)", en GARCÍA MEXÍA, P. (ed.), *Principios de derecho de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 376 y ss.

34. Cfr. GUILLÉN, J., "La Administración electrónica", en GARCÍA MEXÍA, P. (ed.), *Principios de derecho de Internet*, cit., pp. 269 y ss.

información. La delincuencia informática que ataca el patrimonio de los usuarios de Internet (cuentas corrientes, por ejemplo) es otra muestra más de que los derechos tradicionales también pueden estar en juego a causa de esta tecnología. No obstante, hay que reconocer que el papel de la propiedad intelectual en Internet sí ha generado polémica considerable. Ésta no ha girado normalmente alrededor de su configuración dogmática, sino del establecimiento de una forma de protección eficaz. Son bien conocidas las discusiones y batallas jurídicas suscitadas entre usuarios, compañías discográficas, productoras de cine y sociedades gestoras de derechos a la hora de regular, permitir o sancionar la difusión de obras de creación intelectual a través de la Red. Un aspecto del problema hace referencia a las dificultades de las autoridades estatales para aplicar las leyes en un entorno escurridizo, tal y como ocurre con el copiado ilegal de CDs y DVDs, el contrabando de tabaco o el tráfico de drogas. Sin embargo, no todas las dificultades son de este tipo; algunas sí afectan al perfil conceptual del derecho. Según Karl-Heinz Ladeur, una concepción excesivamente exclusivista de esta forma de propiedad paralizaría la innovación científica, que requiere actualmente la colaboración y la puesta en común de la información; este carácter flexible resulta particularmente necesario para el desarrollo de Internet³⁵. Desde diferentes presupuestos teóricos, José Justo Megías también aboga por una concepción menos rígida de la propiedad intelectual sobre los contenidos transmitidos. Es preciso matizar la aplicación de concepciones modernas rigurosamente individualistas a este tipo de propiedad. Megías pone de manifiesto la dificultad de tratar jurídicamente todas las propiedades por igual: los bienes materiales no son como los inmateriales. En el caso de la propiedad intelectual,

35. Cfr. LADEUR, K.H., "Die Dynamik des Internet als Herausforderung der Stabilität des Rechts-, Virtuelles Eigentum, Copyright, Lauterkeitsrecht und Grundrechtsbindung im Internet als Exempel", <<http://www2.jura-hamburg.de/ceri/publ/start.htm>> (consultada, 20-1-08), p. 23.

ésta no debe satisfacer únicamente el interés egoísta del autor, ya que los objetos protegidos son igualmente bienes para la comunidad y será preciso equilibrar ambas exigencias. Precisamente la evolución de Internet como medio de desarrollo cultural hace deseable que, en ciertos casos, los no propietarios deban tener algunas libertades de uso³⁶. Esa parcial reconfiguración de los derechos de propiedad aparece claramente en los debates sobre el *software* libre y los límites del *copyright* en la Red. Pero esos matices no son indicios de la independencia de Internet. Las exigencias más comunitarias de la transmisión de ideas no son una seña exclusiva de esta tecnología, sino de la cultura en general. Las distinciones en la regulación de las propiedades sólo reflejan la diversidad de contenidos y alcances de las facultades jurídicas; y ello con independencia de que los contenidos de la propiedad intelectual se difundan por Internet o por otro medio. Desde este punto de vista, tiene razón Dreier cuando mantiene la inadecuación del derecho subjetivo estrictamente individualista para la información. Pero en este contexto (como en los demás) siguen siendo viables otras variantes subjetivas del concepto de derecho.

La ausencia de rupturas radicales también resalta cuando nos acercamos a los derechos de cariz más personalista. Aunque no tenga la posición absoluta y excluyente proclamada por los ciberlibertarios, sería absurdo ignorar la importancia fundamental que tiene la libertad individual para Internet.

De hecho, muchos juristas y usuarios norteamericanos que no piensan en un ciberespacio independiente, siguen defendiendo la capacidad de Internet para generar una sociedad exclusivamente individualista. Fieles a ese principio, minimizan la intervención gubernamental, justificando su pretensión en el amparo concedido por la Constitución de los EE.UU. a la libertad de expresión; al ser

36. Cfr. MEGÍAS, J.J., “Hacia una propiedad intelectual comunitarista”, en MEGÍAS, J.J. (coord.), *Sociedad de la información: derecho, libertad, comunidad*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 188 y ss.

Internet un medio de comunicación, está protegida por la Primera Enmienda. Salvo la prohibición de los usos especialmente lesivos, todo intento gubernamental de trabar o regular la circulación de información por la Red sería una vulneración de la Constitución. Un decidido defensor de estas tesis es Mike Godwin, abogado *libertarian* vinculado a la *Fundación para la Frontera Electrónica*, fundada por Barlow y sus correligionarios. A pesar de esa filiación, Godwin defiende que la escueta regulación necesitada por Internet no exige un nuevo derecho ni la introducción de grandes innovaciones en el ya existente: las leyes y principios vigentes son suficientes³⁷. Desde luego resulta irónica la llamada de ayuda al Estado norteamericano, porque esta solicitud contraviene las premisas de los ciberlibertarios. Pero lo que interesa destacar ahora es la conclusión a la que éstos inevitablemente han de llegar: el ejercicio “digital” de la libertad debe gozar de la misma protección existente en otros ámbitos de actividad humana³⁸.

37. Cfr. GODWIN, M., *Cyber Rights. Defending Free Speech in the Digital Age*, MIT Press, Cambridge Mass., 2003, pp. 360 y ss. De hecho, Godwin participa de una mentalidad jurídica ya existente acerca de la relación entre libertad de expresión y nuevas tecnologías de información en general. Vid. ERMORD, J.W., *Freedom, Technology, and the First Amendment*, Pacific Research Institute for Public Policy, San Francisco, 1991, per totum.

38. La insuficiencia de planteamientos como el de Godwin estriba en su reducción del derecho aplicable a los usuarios de Internet a la protección de la libertad de expresión. Es, sin duda, un bien básico, pero esa relevancia no puede ocultar que esa tecnología no sólo sirve para expresar ideas, sino también para comerciar, plantear solicitudes a la Administración, controlar depósitos bancarios, etc. Todos esos intereses generan normas y derechos que exigen tratamientos diferentes. La mentalidad ciberlibertaria no tiene en cuenta esa pluralidad.

Paulina Borsook califica a los ciberlibertarios de ciberegoístas: la expansión de California y su industria informática se habría producido sobre todo gracias a las inversiones estatales. Los libertarios se han aprovechado de ello y sin embargo pretenden una independencia del Estado que sólo obedecería al egoísmo. Cfr. BOORSOK, P., *Cyberselfish* (1996) (Disponible en <<http://www.motherjones.com>>, consultada el 28/03/2008).

Las propuestas de una Carta de Derechos Humanos del Ciberespacio sólo tienen sentido si consideramos Internet un lugar peculiar menesteroso de tratamiento jurídico especial³⁹. Pero, como he indicado ya, esa imagen está un tanto desenfocada. Si la libertad de expresión, por ejemplo, es un bien humano de tal calibre que merece ser conformado como un derecho, resulta claro que también ha de gozar de esa protección cuando la expresión se manifiesta por las vías digitalizadas. De la misma forma, si el derecho a la educación es fundamental para un despliegue mínimamente digno de la persona, es evidente que la Red ha de desempeñar un papel muy destacado en el ejercicio de ese derecho. En un plano más general, hay que destacar que Internet es un instrumento tecnológico muy propicio para el desarrollo personal, tanto económico como cultural. Me parece que llevan razón W.J. Drake y R.K. Jorgensen cuando escriben que la aparición de Internet no exige introducir nuevos derechos o modificar sustancialmente el contenido básico de los ya existentes, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El verdadero reto es procurar que los derechos, tal y como están plasmados en los textos ya vigentes, sean respetados y potenciados también cuando las actividades en cuestión se desenvuelvan mediante las herramientas digitales⁴⁰.

Esa conclusión también es válida en el plano de los derechos acogidos en los textos constitucionales, tal y como recordaba Mike Godwin. En el caso español, como señala Vera Santos, resultan particularmente valiosos los derechos contenidos en el artículo 18

39. Cfr. por ejemplo, DOBRZENIECKI, K., "How Should We Deal with Human Rights in Cyberspace? Some Remarks", *International Review of Law Computers & Technology*, 19 (2005), pp. 253 y 257.

40. Vid. DRAKE, W.J., JORGENSEN, R.F. (ed.), "Introduction", en *Human Rights in the Global Information Society*, MIT Press, Cambr. Mass., 2006, per totum. En el mismo sentido, vid. RUNDLE, M., "Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World", *The Berkman Center for Internet and Social Research Publication Series*, 1 (2005), pp. 1 y 15. (Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/publications>. Consultada el 20-01-08).

de la Constitución (derechos al honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, secreto de las comunicaciones y limitaciones al uso de la informática), los recogidos en el 20 (libertad de expresión, información o creación de medios) y los referentes a la participación política del 23⁴¹. Especialmente importante resulta el 18.4, en el que se fundamenta más específicamente el derecho fundamental a la protección de datos. El Tribunal Constitucional (STC 292/2000) ha perfilado su contenido esencial incluyendo los derechos a ser informado de la identidad del recolector y poseedor de los datos y del contenido de los mismos; a consentir las operaciones a que pueda ser sometida esa información y a rectificarla, cancelarla u oponerse a su existencia⁴². La facilidad que ofrece Internet para espiar los comportamientos de sus usuarios es motivo suficiente para defender la presencia ineludible de este derecho fundamental.

Desde luego, pueden nacer nuevos derechos a la luz de los avances técnicos, porque el de los derechos no es catálogo cerrado; Díaz Pinto, por ejemplo, ha defendido la existencia de un derecho fundamental de acceso a Internet⁴³. Es fácil advertir su importancia, porque la facilidad para conseguir una conexión a la

41. Vid. VERA SANTOS, J.M., "Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación", en GARCÍA MEXÍA, P. (ed.), *Principios de derecho de Internet*, cit., pp. 189 y ss.

42. Vid. SERRANO PÉREZ, M^aM., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas/APDCM, Madrid, 2003, pp. 179 y ss. entre otras. La autora recuerda la existencia de Directivas comunitarias y convenios internacionales que regulan estas cuestiones, además de la *Ley Orgánica de Protección de Datos*. De este derecho deriva el de autodeterminación informativa, es decir, el derecho de cada ciudadano a disponer de los datos que afectan a su intimidad. Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Civitas/APDCM, Madrid, 2004, per totum. Vid. también MEGÍAS, J.J., "Vida privada y nuevas tecnologías", *Revista de la Contratación Electrónica*, 17 (2001), pp. 15 y ss.

43. Vid. DÍAZ PINTOS, G., "En favor de un derecho fundamental de acceso a la Red", *Persona y Derecho*, 45 (2001**), per totum.

Red abre grandes posibilidades de despliegue personal. Pero ha de quedar claro que no se trata de un derecho a viajar por el ciberespacio, sino de una manifestación más de la exigencia de disfrutar de una vida social digna. Es preciso recordar una vez más que Internet no es simplemente un espacio diseñado para el goce solipartista de individuos independientes. Como nos recuerda José Justo Megías, es una tecnología particularmente relevante para la interacción social; de ahí que, más allá de las visiones estrictamente individualistas, sea un medio de cohesión y participación social, en el que la perspectiva ética ha de estar siempre presente⁴⁴.

La necesidad de adoptar esta perspectiva a la hora de ordenar la comunicación digital es ineludible. Agata Amato Mangiameli ha destacado que, más allá de las fantasías del *cyberpunk*, Internet es hoy un medio imprescindible para el crecimiento tanto de la dimensión individual como de la colectiva. Por eso debemos estar alerta ante los peligros de la tecnoexclusión, es decir la diferenciación y la separación basadas en la desigualdad en el desarrollo de las tecnologías informacionales, ya que la supuesta libertad omnimoda para todos que traería Internet sólo existe en el imaginario colectivo⁴⁵. Precisamente, a juicio de esta autora, en ese imaginario mítico se esconde parte del peligro, porque al concebir al ciudadano *on-line* como un sujeto individual, portador de intereses exclusivamente egoístas, es tentador desarrollar una teoría política del ciberespacio que destruya cualquier posibilidad de una auténtica convivencia social⁴⁶. Es cierto que ese individualismo libertario resulta alejado de la realidad, pero a pesar de ello la advertencia de Mangiameli es pertinente: bajo la capa de la sedicente libertad absoluta pueden

44. Cfr. MEGÍAS, J.J., "De la polis griega a la ciudad virtual", en APARISI, A. (coord.), *Ciudadanía y persona...*, cit., pp. 38-41.

45. Cfr. AMATO MANGIAMELI, A.C., *Diritto e Cyberspace. Appunti di informativa giuridica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 209 y 243 y ss.

46. Cfr. AMATO MANGIAMELI, A.C., *Diritto e Cyberspace...*, cit., pp. 221.

escondese nuevas variantes de exclusión social. Conviene precisar aquí que Internet, como medio de comunicación, sirve para que el ciudadano tenga un mejor conocimiento de su entorno y eso ha de potenciar su formación política. Pero parece menos factible su uso para crear una especie de teledemocracia en el que todo se decidiera a golpe de ratón. Como señala Pérez Luño, la posibilidad de abusos y perversiones del sistema obligan a ser muy cautos en este asunto⁴⁷.

Si tenemos en cuenta estas consideraciones, no parece preciso aventurar un catálogo de derechos del ciberespacio, sino perfilar los derechos de la persona ya presentes en los diversos textos, pactos y declaraciones, para atender a las peculiaridades de la nueva tecnología. Tampoco es necesario crear una nueva noción teórica de derecho subjetivo, si aceptamos los matices a los que aludí al comenzar este estudio. En realidad, los problemas más graves aparecen en el momento de hacer efectivos esos derechos, pero, una vez más, ésta no es una peculiaridad de Internet. Efectivamente, la fragmentación y complejidad crecientes de la sociedad globalizada obligan a buscar nuevos sistemas de protección que complementen los estatales. El problema que supone Internet no es sino un ejemplo más.

Una de las facetas de esa complejidad es el cada vez más frecuente origen privado del ataque al derecho. Para afrontar desde el Derecho constitucional tales agresiones ha sido traída a colación la doctrina de la protección horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) elaborada para superar las negativas a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Los opositores a esa doctrina alegaban el principio de autonomía de la voluntad como obstáculo principal para admitir tal aplicación. Frente a esos argumentos, los defensores de la

47. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 61 y ss.

Drittwirkung mantienen que la autonomía de la voluntad no puede ser omnímoda y situarse por encima de los principios constitucionales básicos⁴⁸. La realidad de Internet, en la que empresas, corporaciones y grupos diversos pueden permitir o limitar derechos básicos, como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, parece particularmente indicada para aplicar esta teoría constitucionalista⁴⁹.

48. Al respecto, la Jurisprudencia alemana ha defendido la existencia de una doble dimensión en los derechos fundamentales. Para la primera, de carácter subjetivo, se comportan como derechos subjetivos garantes de ciertos ámbitos individuales de libertad; para la segunda, de tipo objetivo, son valores esenciales del ordenamiento jurídico que no deben ser desconocidos en las relaciones jurídico-privadas. Las tesis que forman la *Drittwirkung* son, claro está, mucho más complejas; entre ellas, la presencia de diferentes grados para la admisibilidad de los derechos fundamentales entre particulares. Cfr. VENEGAS GRAU, M^a, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía privada*, Marcial Pons/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2004, pp. 23, 173, entre otras.

49. Esa es la propuesta que hace, desde la óptica particular del derecho norteamericano, Paul Schiff Bermann. En los EE.UU. esa solución resulta complicada a causa de la doctrina de la *state action*: los *civil rights* sólo pueden ser alegados en casos de intervención estatal. Pero Bermann considera que las actividades de los particulares difuminan bastante las distinciones tradicionales entre actividad privada y pública. Este autor continúa la batalla iniciada por el Realismo Jurídico Americano contra la dicotomía público/privado en el derecho. Lo supuestamente privado (propiedad, contratos...) depende del régimen jurídico creado y aplicado por el Estado. Esta teoría pretendía defender el papel intervencionista del Estado en la época del *New Deal* y Bermann la trae a colación para criticar la ausencia estatal de la Red. A su juicio, lo importante no es disputar sobre el carácter público o privado de una actividad, sino debatir acerca de los valores fundamentales contenidos en la Constitución. Cfr. "Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to Private Regulation", *University of Connecticut School of Law Working Paper Series*, 9 (2000), per totum. (disponible en <<http://lsr.nellco.org/uconn/ucwps/papers/9>> consultada el 10-10-07). Una defensa española de la *Drittwirkung* para Internet en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Thomson-Civitas/APDCM, Madrid, 2004, pp. 62 y ss.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina sólo puede solucionar parcialmente las dificultades, ya que por ahora hace referencia tan sólo a las Constituciones estatales. Aunque no exista el ciberespacio, Internet sirve también para establecer relaciones jurídicas transnacionales; en esos casos la protección de los derechos resulta aún más problemática. El punto de partida para responder a la cuestión ha de ser el ya mencionado pluralismo jurídico que domina la regulación de Internet. En esa línea, Muñoz Machado sostiene que la defensa de los derechos no necesita un gobierno centralizado para Internet. Basta la autorregulación, ayudada por la colaboración interestatal encargada de establecer unas garantías mínimas⁵⁰. La propuesta resulta más fácil de enunciar que de llevar a cabo, porque esas garantías presuponen la existencia de principios y reglas de carácter universal, asunto en el que los acuerdos resultan hoy un tanto difíciles⁵¹. En todo caso, la protección actual de los derechos humanos requiere un despliegue en niveles múl-

50. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 154. No cabe duda de que la defensa de la libertad de expresión en la Red, por ejemplo, ha de contar con la colaboración de instancias muy diversas: Estados, organizaciones internacionales, empresas, etc. La forma de armonizar estas protecciones es aún poco clara. Wolfgang Hoffmann-Riem recuerda la imposibilidad de regular la libertad de expresión ejercida a través de la Red mediante decisiones jerárquicas, ya sean nacionales o europeas. Internet no surgió de una decisión unitaria y centralizada, así que la libertad de comunicación tampoco puede ser protegida de esa forma. Él aboga por la creación de un ámbito regulatorio en la que participen diversas instancias, pero sin la intervención de ninguna autoridad suprema. Resume su propuesta en la existencia de una "autorregulación regulada". Cfr. "Gesetzliche Gewährleistung der Freiheit der Kommunikation im Internet?", en LADEUR, K.-H., *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 66 y ss.

51. No obstante, hay actualmente cierta tendencia hacia el reconocimiento de los derechos humanos por parte de los tribunales internos, alegando que forman parte del orden público internacional. Vid. BIANCHI, A., "Globalization of Human Rights", en TEUBNER, G. (ed.), *Global law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, per totum.

tiples más allá de la, por otra parte necesaria, actuación de los Estados nacionales⁵².

Cabe preguntar, no obstante, si esa regulación mediante niveles múltiples no provocará modificaciones en la noción misma de

52. Es bien conocida la diferencia entre derecho fundamental (el recogido en una Constitución estatal) y derecho humano (recogido en un texto internacional o defendido doctrinalmente). Sin embargo, el carácter complejo y globalizado característico de la situación actual obliga a replantear algunos aspectos de esta distinción. Aunque, desde luego, no su desaparición.

La protección plural de los derechos en ese entorno es, desde luego, un asunto difícil y las propuestas de solución no pueden ser simples. Sin entrar ahora en un análisis del problema, sí quiero mencionar la existencia de dos corrientes básicas sobre el modo de afrontar este aspecto de la globalización. La primera busca construir una sociedad cosmopolita basada en la universalidad de los derechos humanos, en la que una federación global de Estados proteja eficazmente los derechos gracias a un conjunto de estándares comunes. La paz perpetua kantiana proporciona los modelos básicos de esta forma de pensar. Una exposición de estas tesis la ofrece DE JULIOS CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2004, per totum. Desde este punto de vista, Pérez Luño ve en Internet un medio para facilitar la elaboración de una ética de corte universalista basada en la libertad, gracias a la interacción entre usuarios de distintos países. Cfr. "Internet y los derechos humanos", cit., pp. 115-117.

La segunda tendencia niega el universalismo y remite a los Estados la protección exclusiva de sus comunidades políticas. Como ejemplo de esta postura vid. el planteamiento de ZOLO, D., *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona, 2000. *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 1998. Zolo considera los derechos humanos un mero producto de la mentalidad occidental, que en ningún caso debe servir para homogeneizar culturalmente el mundo. En todo caso niega la existencia de objetividad en la moral: tal idea sólo puede basarse en la fe irracional en los principios occidentales. Cfr. *Cosmópolis...*, cit., pp. 101 y ss., 208. Desde esta orilla el problema de defender los derechos humanos en el mundo globalizado se desvanece, ya que no existen esos derechos.

En cualquier caso, no podemos olvidar que en el momento presente existe una pluralidad compleja de instancias de poder, en la que los Estados siguen actuando con ímpetu. Vid. CASTELLS, M., *La era de la información*, vol. 2: *El poder de la identidad*, Alianza, Madrid, 2003, pp. 390 y ss. La protección de los derechos en Internet debe contar con esa complejidad.

derecho como facultad. Tal parece la actitud de pensadores como Günther Teubner y Karl-Heinz Ladeur, que desarrollan los planteamientos sistémicos de Niklas Luhmann desde un punto de vista postmoderno. Ellos insertan su análisis de Internet en la transformación de los órdenes jurídicos provocada por la globalización. Esa fragmentación jurídica obedecería a la actual pluralidad de racionalidades; cada una de ellas está erigida en torno a un tipo concreto de actividad y genera su propio derecho, acorde con las características de esa actividad. Internet es un ejemplo de sistema dotado de derecho especial (aunque no motivado por la aparición del ciberespacio, tal y como defendían los ciberlibertarios). Dentro de esa regulación, los derechos fundamentales (Teubner y Ladeur emplean esa denominación) desempeñan un papel destacado. De manera más concreta, Teubner sostiene que los derechos fundamentales en Internet serán positivados de formas diferentes, que incluyen las típicamente estatales y las procedentes de la actuación de organismos privados o híbridos como el ICANN o los tribunales de arbitraje. Éstos mencionan los derechos para fundar algunas de sus decisiones, alegando su pertenencia a los “principios jurídicos fundamentales de las naciones civilizadas”. Pero Teubner aclara que esa argumentación se sustenta en una ficción, porque no hay ninguna filosofía del derecho, sea universalista o relativista, que sea capaz de justificarlos objetivamente⁵³.

53. TEUBNER, G.; KARAVAS, V., “<http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Privaten im autonomen Recht des Internet?” en LADEUR, K.-H., *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, cit., pp. 270-272. Sobre el pluralismo fragmentado y la forma en la que afecta a Internet, vid. TEUBNER, G., “Globalización y Constitucionalismo social: Alternativas a la Teoría constitucional centrada en el Estado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9 (2005), pp. 205 y ss. Teubner demanda la elaboración de “Constituciones sociales”, situadas más allá de las Constituciones estatales, con la finalidad de aclarar las fuentes y procedimientos de aplicación del derecho de cada sistema comunicativo global. Sobre la pluralidad de órdenes jurídicos vid. también TEUBNER, G., “Des Königs viele Leiber. Die Selbstdonstruktion der Hierarchie des Rechts”, *Soziale Systeme*, 2 (1996), per totum.

Por su parte, Karl-Heinz Ladeur explica que Internet posee una estructura abierta y una multiplicidad de vinculaciones que sólo pueden ser organizadas mediante formas de cooperación híbridas, que aúnen la autoorganización y la supervisión estatal⁵⁴. Garantizar el desarrollo libre de esa regulación compleja será tarea de los derechos fundamentales. Es una manifestación de su doctrina más general sobre los derechos, basada en la defensa de la noción negativa de libertad: los derechos no están destinados a proteger fines concretos, porque no pueden ser establecidos con certidumbre a partir de la complejidad actual. Tampoco protegen los intereses de un individuo egoísta, sino un campo de experimentación lo más amplio posible⁵⁵. En el caso de Internet, los derechos no

En un sentido más tradicional, Teubner había pretendido superar la visión que sólo considera a los derechos fundamentales como defensa de un recinto individual frente al Estado. Es preciso ampliar esa concepción para recoger otras expresiones sociales de libertad no individual. Según Teubner, existen tres esferas resguardadas por los derechos constitucionales: la más estrictamente individual; la que tiene una doble dimensión individual y social (como la libertad de opinión, de educación, de expresión artística); finalmente, la esfera autónoma de acción social (propiedad, familia, política). Hasta ahora, los derechos constitucionales han defendido estos ámbitos de la agresión estatal, pero los cambios y fragmentaciones propios de la globalización requieren extender estos medios protectores frente a la intervención de entidades no estatales que lesionan los derechos. Cfr. GRABER, CH.B.; TEUBNER, G., "Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1998), pp. 72-73. No hay referencias a Internet en el artículo. La distinción entre diferentes derechos podría ser leída desde el punto de vista de los varios bienes humanos protegidos, pero esa interpretación contraviene la perspectiva general que Teubner ha adoptado en su obra. Hay que concluir que el abanico de los derechos depende sólo del sistema comunicativo en el que se integren.

54. LADEUR, K.H., "Die Dynamik des Internet...", cit., pp. 21-23.

55. Cfr. LADEUR, K.-H., *Postmoderne Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin 1995, pp. 183 y ss. Una exposición amplia de su postura en LADEUR, K.H., *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2000, per totum. Cfr. también LADEUR, K.-H., "Offenheitspflege im Internet...", cit., p. 128. Desde ese punto de vista, los derechos están relacionados con la idea de la experimentación de opciones diferentes en un

protegen las decisiones meramente individuales, porque la Red no es un conjunto de individuos que interactúan y se autoorganizan en el modo descrito por los ciberlibertarios. Lo cierto es que esas decisiones producen efectos colectivos más allá de la esfera individual. La libertad de expresión en Internet, por ejemplo, posee tanta relevancia, porque crea un conocimiento con efectos supra-individuales; no puede ser concebida ya como simple despliegue de voluntad individual exento de escrutinio estatal, sino como el marco jurídico eficaz para construir modelos colectivos de comunicación. En consecuencia, la misión de los derechos en Internet es responder a la complejidad garantizando ámbitos para el establecimiento de estructuras organizativas supraindividuales⁵⁶.

La filiación de estas doctrinas es clara, porque Niklas Luhmann había explicado ya que los derechos fundamentales operan como mecanismos protectores de la diferenciación entre los sistemas funcionales que integran la sociedad. Los derechos llamados humanos protegen esferas de acción individual claves para el buen desarrollo de la sociedad moderna⁵⁷. Ollero nos recuerda al

horizonte desligado de cualquier idea de verdad rígida y dogmática: sólo existen opiniones infinitas sometidas a un permanente proceso de prueba y error al modo popperiano. Mediante esos procesos interactúan las racionalidades fragmentarias y en ellas existen derechos que atribuyen disponibilidades, garantizadas por entes públicos y privados. Tales derechos no tendrían límites completamente nítidos, porque no están destinados a proteger el mero arbitrio de una voluntad individual claramente delimitada, sino la autopoiesis de los subsistemas, que también carecen de contornos estrictos. Cfr. LADEUR, K.-H., "The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law", *EUI Working Paper*, 99/3 (1999), pp. 22 y ss. y 44.

56. Cfr. LADEUR, K.-H., "Offenheitspflege im Internet -eine neue Funktion für die objektiv-rechtliche Dimension der Medienfreiheit", en LADEUR, K.-H., *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, cit., pp. 114 y ss.

57. Las tesis básicas de Luhmann sobre estas cuestiones están en su estudio *Grundrechte als Institution*. Vid. un resumen de sus explicaciones sobre los derechos en VERSCHRAEGEN, G., "Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory", *Journal of Law and Society*, 29 (2002), per totum.

respecto, que para Luhmann la persona (“el hombre existencial concreto”, precisa Ollero) queda fuera del sistema. Los derechos no están al servicio de la dignidad de la persona, sino del sistema social, para garantizar la reducción de la complejidad. Al fin y al cabo, para la sociología sistémica de Luhmann, los valores no están referidos a la verdad, sino a la disponibilidad de más alternativas de juego⁵⁸. Acorde con este núcleo doctrinal, Ladeur afirma que su defensa de las libertades no está fundada en la existencia de un sujeto dotado de dignidad esencial que exija respeto para sus decisiones últimas⁵⁹. Una imagen de la subjetividad acorde con las teorías postmodernas que rechazan cualquier sustrato “fuerte” de verdad. Desde este punto de vista, la personalidad se disuelve en las diferentes racionalidades parciales, sin que exista ningún suelo teórico firme para fundamentar nada⁶⁰. La complejidad globalizada

58. Cfr. OLLERO, A., “La querencia ‘normativa’ de la descripción sociológica”, en *Derechos Humanos y Metodología...*, cit., pp. 76 y 81 y ss.

59. Cfr. LADEUR, K.-H., *Negative Freiheitsrechte...*, cit., pp. 94, 118, 127. Ladeur señala que sus tesis no tienen nada que ver con la idea de un derecho natural preestatal. Sostiene que la clave “sin fundamento” del liberalismo está en la existencia de la propiedad no dependiente del Estado. Cfr. *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübinga 2006, p. 344. Sin embargo, según Ladeur, esto no supone pérdida de la individualidad, sino todo lo contrario. El reconocimiento de la diversidad caótica de las racionalidades múltiples y variables que componen la sociedad permite una concepción del individuo flexible y enriquecedora, al estar abierta a la experimentación constante. Cfr. Ladeur, K.-H., *Postmoderne Rechtstheorie*, cit., pp. 80 y ss.

60. Günther Teubner se ha percatado de la ausencia de la persona en su discurso sobre los derechos, y ha indicado que los derechos fundamentales guardianes de la libertad individual son construcciones propias de un sistema comunicativo específico, pero no son los auténticos derechos del hombre (*Menschenrechte*). Éstos sólo pueden ser los derechos del sujeto al margen de los diferentes subsistemas, y su función es proteger su cuerpo y conciencia de los daños procedentes de todos los subsistemas, ya sean políticos, económicos o científicos. El estatus de ese individuo es un tanto oscuro ya que Teubner niega cualquier rastro de ontología objetiva sobre la que basar el orden jurídico. Vid. TEUBNER, G., “Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private Akteure”, *Der Staat*, 44 (2006), per totum.

impide hablar de una razón objetiva y fundante para los derechos. Ésta sería una de las conclusiones de estas teorías acerca de la relación entre Internet como ejemplo de globalización fragmentada y derechos de la persona: la imposibilidad de fundamentación.

Desde luego, sería injusto no reconocer la precisión de buena parte de las observaciones de Teubner y Ladeur sobre la complejidad actual y la imposibilidad de un control social jerarquizado. Una situación que es particularmente perceptible en la estructura compleja de Internet. Pero al final parece que todas esas críticas y apreciaciones sólo sirven para que siga funcionando la maquinaria de sistemas. Además, la inexistencia de todo fundamento sólido para una teoría, como parece pensar Teubner, debería conducir al abandono de toda reflexión, si queremos ser coherentes. De hecho no sucede así.

A pesar del esfuerzo teórico desenvuelto por estos postmodernos sistémicos, me parece un resultado algo pobre concluir que los derechos en Internet son derechos de un subsistema. Porque, en realidad, a los usuarios lo que les importa es la protección de su privacidad, de su patrimonio, de su libertad de expresión, de su derecho a recibir una formación adecuada, etc. Afirmar que estas pretensiones carecen de un fundamento serio puede ser aceptable en el plano exquisitamente teórico en el que se desenvuelven ciertas filosofías, pero la práctica muestra que las lesiones de tales derechos son sentidas como daños graves a la dignidad de la persona. Una solución plausible para esta cuestión es volver la mirada a la existencia de ciertos bienes específicamente humanos que proporcionan las causas justificadoras de la regulación jurídica⁶¹. Esos bienes humanos que han suscitado tales regulaciones también están presentes en la Red y deben ser atendidos de la misma forma. Precisamente la pluralidad de regulaciones de los derechos, que es correctamente identificada por Teubner y Ladeur, no

61. Vid. sobre esta cuestión CARPINTERO, F., "La dimensión pública de las personas", cit., *passim*.

se debe al juego permanente de racionalidades sin sustento, sino a la complejidad de las manifestaciones concretas de la dignidad humana y sus necesidades. La apuesta por la libertad en sentido negativo que hace Ladeur parece describir una vida humana que carece de asideros racionales fijos y está abandonada al juego permanente y arbitrario de los sistemas: según esa teoría no habría fines verdaderamente humanos que cumplir⁶².

Sin embargo, los derechos y facultades jurídicas que acogen las actividades realizadas mediante Internet muestran su relación estrecha con bienes y fines que no tienen mucho de arbitrarios. Precisamente esa característica presupone el carácter universal de los derechos más ceñidos a la esfera estrictamente personal, a pesar de toda la complejidad y fragmentación de la sociedad globalizada⁶³. El hecho de que el propio funcionamiento de la Red requiera ese respeto, puede ser una prueba de tal universalidad. Efectivamente, las actividades que Internet posibilita total o parcialmente constituyen prácticas sociales que, a su vez, están sustentadas por determinados bienes humanos⁶⁴. La justificación de esos bienes

62. Ladeur sí parece advertir que la racionalidad abierta ha de sustentarse en un trasfondo social de valores compartidos: no puede ser completamente arbitraria. Pero el contenido de esos valores es meramente coyuntural y no obedece a ningún criterio objetivo de verdad. Cfr. LADEUR, K.H., *Der Staat gegen die Gesellschaft*, cit., pp. 24, 81-82, entre otras.

63. Caridad Velarde plantea las dificultades teóricas generadas por la universalidad de los derechos humanos, pero percibe la necesidad de contar con principios jurídicos universales y reconoce que esa función pueden desempeñarla muy bien esos derechos. Cfr. *Universalismo de derechos humanos*, Thomson-Civitas/Garrigues Cátedra, Madrid, 2003, pp. 120 y ss.

64. Sobre esta idea del derecho como práctica social, cfr. VIOLA, F.; ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 116-117, 125-127. Cfr. igualmente, VIOLA, F., *Il Diritto come pratica sociale*, Jaca, Milano 1990, pp. 165-166. ZACCARIA, G., "Dimensiones de la Hermenéutica e interpretación jurídica", en *Razón jurídica e interpretación* (trad. de A. Messuti y G. Robles), Thomson-Civitas/Universidad de Padua, Madrid, 2004, pp. 79 y ss.

no procede directamente de la voluntad estatal ni de la existencia fáctica de un consenso puntual y arbitrario entre cibernautas, sino en su relación estrecha con necesidades humanas perentorias, y, por tanto, predicables de la humanidad en su conjunto⁶⁵. Ésa es la fundamentación profunda que poseen los derechos en Internet: forman parte de la justificación que hace inteligibles las acciones de los usuarios. La comunicación digitalizada será un fraude si no son respetadas la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el derecho a la educación. Y es esa relación con el despliegue de una vida auténticamente humana la que les confiere juridicidad, aunque haya dificultades para su efectividad. Tengamos presente, como nos recuerda Ollero, que el derecho no es una realidad establecida de manera rígida en un momento dado, sino un proceso de positivación constante mediante principios prepositivos, leyes, sentencias, etc. En ese proceso, los derechos ocupan una posición inicial marcando una serie de puntos que deben ser respetados de manera inexcusable para que una actividad sea auténticamente jurídica⁶⁶. Desde este punto de vista teórico importa menos cuál sea la potestad pública que acoja al derecho, que la delimitación de éste dentro de una práctica jurídica concreta.

5. RESUMEN FINAL

Sin duda es más atractivo escribir acerca del ciberespacio, la apertura de nuevas fronteras electrónicas y la creación de comunidades virtuales. Pero al final, siempre aparecen las necesidades, problemas, exigencias y principios típicamente jurídicos

65. Esto no debe ocultar, por supuesto, que la protección que garantiza la voluntad política no sea muchas veces imprescindible para la efectividad de los derechos.

66. Cfr. OLLERO, A., "Para una teoría 'jurídica' de los derechos humanos", cit., pp. 163 y ss. Del mismo autor, *¿Tiene razón el derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 420-421.

que suponen un aspecto irrenunciable de la trama de relaciones humanas. Tal vez sean más prosaicos, pero sin ellos no hay vida verdaderamente razonable: el desprecio utópico de las exigencias de la cotidianidad humana suele conducir a tiranías especialmente salvajes. La aparición de las redes de comunicación digitalizadas no ha aportado motivos para cambiar esta apreciación. Si los derechos de la persona han mostrado ser elementos ineludibles del orden jurídico, no parece sensato hacer con ellos experimentos extraños, aunque se ejerzan a través de Internet.