

CONSTITUCIONALISMO TECNOLÓGICO

Tommaso Edoardo Frosini

Catedrático de Derecho Público Comparado de la Università degli Studi «Suor Orsola Benincasa», Nápoles.

Constitucionalismo tecnológico

Resumo: Há décadas o direito tem entrado na sociedade tecnológica, com todos os temas e problemas derivados da aplicação das técnicas jurídicas – substantivas e processuais – no vasto mundo da tecnologia e seus derivados, em particular, a *internet*. Com efeito, emergem da consciência social, e como resultado do desenvolvimento tecnológico, “novos direitos”, que, mesmo não gozando de reconhecimento normativo explícito, possuem um forte e claro “tom constitucional”, que os coloca implicitamente no interior da Constituição, reservando ao intérprete a tarefa de extrapolá-los dela; um exercício hermenêutico em virtude do qual os tradicionais direitos de liberdade constitucional se aplicam a fenômenos da tecnologia da informática. As liberdades cresceram notadamente e se expandiram em direção a novas fronteiras da ação humana, precisamente graças ao progresso tecnológico. Esta é a tarefa, ou melhor o desafio, que enfrenta o constitucionalismo no século XXI: fazer com que as liberdades do indivíduo coexistam com a tecnologia em perfeita harmonia.

Palavras-chave: Constitucionalismo digital. Direitos fundamentais. Redes sociais. Direitos de liberdade.

Sumário: **1** O Direito e os direitos na sociedade tecnológica – **2** O constitucionalismo no século XXI – **3** Os novos direitos constitucionais na era da internet: o direito ao acesso – **4** O direito à liberdade de expressão – **5** O direito à privacidade – **6** O direito ao esquecimento – **7** A democracia e a sociedade tecnológica – **8** Internet; a liberdade e a lei – **9** Conclusões – Referências

1 El derecho y los derechos en la sociedad tecnológica

Desde hace décadas el derecho ha entrado en la sociedad tecnológica,¹ con todos los temas y problemas derivados de la aplicación de las técnicas jurídicas –sustantivas y procesales– en el vasto mundo de la tecnología y sus derivados, en particular, la red *Internet*. Por lo tanto, se podría reformular el antiguo brocardo latín con *ubi societas technologica, ibi ius*.

Se asiste, tras la afirmación de la tecnología, a una nueva forma de ser del derecho y, en consecuencia, a un proceso de metamorfosis de la figura del jurista como humanista a la del jurista tecnológico (Frosini, V., 1998: 293). Su tarea,

¹ Un análisis exhaustivo de la función del derecho en la sociedad tecnológica puede realizarse en los estudios del precursor de la materia Frosini, V. (1980; 1982); véase también Pérez Luño A. E. (2012).

ahora, es la de interpretar las transformaciones que se están verificando en la sociedad sobre la base del desarrollo de la tecnología y del impacto que está produciendo en el derecho, en los derechos.

En efecto, emergen de la conciencia social, y como resultado del desarrollo tecnológico, «nuevos derechos» que, si bien no gozan de un reconocimiento normativo explícito, tienen un fuerte y claro «tono constitucional», que los coloca implícitamente al interior de la Constitución, reservando al intérprete la tarea de extrapolarlos de ella; un ejercicio hermenéutico en virtud del cual los tradicionales derechos de libertad constitucional se aplican a los fenómenos de la tecnología informática, que es el tema que abordaré en el presente documento.²

Creo que las tecnologías han representado y continúan representando un desarrollo de las libertades; es más, las libertades han crecido notablemente y se han expandido hacia nuevas fronteras del actuar humano, precisamente gracias al progreso tecnológico (Frosini, T. E., 2004: 129; 2019: 41). Ciertamente, las tecnologías no solo producen libertad, por decirlo de algún modo: la tecnología puede estar al servicio del hombre bueno o malo, del gobernante ilustrado o del déspota, en un Estado constitucional liberal, sin embargo, la dirección política debería estar siempre dirigida hacia intervenciones que den valor y hagan crecer las libertades del individuo, y el uso de las tecnologías no puede más que ser instrumental a este objetivo. Esta es la tarea, o más bien el desafío que enfrenta el constitucionalismo en el siglo XXI: hacer que las libertades del individuo coexistan con la tecnología en perfecta armonía.³

2 El constitucionalismo en el Siglo XXI

El constitucionalismo no es doctrina, método, ni técnica del pasado o anclada en el pasado (Frosini, T. E., 2011). Es más bien como un plebiscito que se renueva

² Permítanme aclarar lo que quiero decir con «tecnología»: la fecunda unión de ciencia y técnica, que se ha producido con el estímulo de la investigación científica hacia objetivos prácticos y con la revaloración de la técnica, unida y sometida a la investigación científica; por tanto, la tecnología es el producto de la ciencia que se ha hecho operativa.

³ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, mediante la sentencia STC 254/1993, evidencia las limitaciones de la arquitectura original del derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución, el cual ha sido concebido con características negativas tendientes a excluir o limitar las intromisiones ilegítimas en la esfera íntima de los individuos. En ella además se afirma, por primera vez, que el contenido negativo debe ser complementado con uno positivo, en forma de derecho a controlar el uso de los datos que conciernen a la propia persona, insertos en ficheros automatizados, es decir, la llamada libertad informática. Tal instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor es calificado por el Tribunal como un derecho fundamental. La incipiente doctrina de la libertad informática se reitera en las sucesivas SSTC 143/1994, 11/1998, 94/1998 y 202/1999.

cada día, en cuanto desarrolla nuevas formas de apreciación y tutela de la libertad del individuo. El reto que en el siglo XXI tiene que enfrentar el constitucionalismo es –fundamentalmente– el de la tecnología, es decir, la forma en que debe darse fuerza y protección a los derechos de libertad del individuo, en un contexto social profundamente modificado por la innovación tecnológica y sus derivados en el ámbito jurídico.

También se ha hablado de un «[...] nuevo constitucionalismo, que lleva al primer plano la materialidad de las situaciones y de las necesidades, que identifica nuevas formas de relación entre las personas y las proyecta hacia una escala diferente a aquellas que hemos conocido hasta ahora» (Rodotà, 2012: 7).

Si bien el constitucionalismo no es sinónimo de constitución, en cuanto éstas pueden ser, como las hay, antitéticas a los principios del constitucionalismo, es necesario, en todo caso, plantearse un problema, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿desde el punto de vista del derecho constitucional, las tecnologías determinan nuevas formas de derechos de libertad o, pueden ser incardinadas y, por tanto, reconocidas en el alvéolo de las libertades constitucionales tradicionales? En otras palabras, ¿es necesario reescribir nuevas normas constitucionales para definir las libertades que surgieron después del advenimiento de la tecnología, o pueden interpretarse las normas constitucionales vigentes deduciendo de ellas las nuevas figuras jurídicas de los nuevos derechos de libertad?

Ante tales interrogantes es necesario afirmar que todavía no puede considerarse completamente superado el ejercicio hermenéutico de querer aplicar las libertades constitucionales estatales a los fenómenos de la tecnología informática.⁴ Por consiguiente, hoy en día aún conserva su validez releer la libertad de información – como derecho a estar informados, así como a informar–, la libertad de comunicación, la libertad de asociación, la libertad de reunión, la libertad de iniciativa económica privada y las libertades políticas, a la luz de los avances tecnológicos, con el fin de identificar las formas de tutela de las nuevas situaciones jurídicas subjetivas.

Así, se verifica la epifanía de una nueva forma de libertad, que si bien es fruto de una conceptualización doctrinaria, se ha establecido con el advenimiento de la sociedad tecnológica: se trata de la llamada «libertad informática», que, sobre todo con Internet, se ha convertido en una exigencia de libertad en sentido activo, no libertad *de*, sino de libertad *para*, que es aquella *para* valerse de los instrumentos informáticos a fin de proveer y obtener información de cualquier naturaleza.⁵ Es el derecho de participación en la sociedad virtual, que ha sido

⁴ Problema examinado con rasgos claros por P. Costanzo, *et al.* (2017: 3).

⁵ La doctrina de la *libertad informática* fue elaborada por V. Frosini (1981: 37; 1992: 173); véase Rallo Lombarte A. (2017: 640).

generada con el advenimiento de las computadoras en la sociedad tecnológica: una sociedad de componentes móviles y relaciones dinámicas, en la que cada individuo participante es soberano en sus decisiones.

Esta nueva forma de libertad implica de un lado, la libertad de comunicarse con quien se quiere, difundiendo nuestras opiniones, pensamientos y materiales y, de otro, la libertad de recibir tales informaciones. Libertad de comunicar, por lo tanto, como libertad de transmitir y recibir. Ya no se trata solo del ejercicio de la libre manifestación del pensamiento del individuo, sino más bien de la facultad que este tiene de constituir una relación, de transmitir y requerir informaciones, de poder disponer sin límites del nuevo poder de conocimiento conferido por la telemática.⁶ De esta manera se pone plenamente en práctica el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, que ha precisado de manera clara el alcance del derecho de libertad de manifestación del pensamiento, es decir, el derecho a: «investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Una formulación perfecta también, sobre todo, en la era de Internet.

Así, la libertad constitucional de manifestación del pensamiento consiste hoy en aquello que el artículo 19 citado anteriormente prevé y prescribe, incluso cuando la información que viaja *online* en Internet puede agitar a los gobiernos nacionales, perturbar las relaciones diplomáticas entre Estados y, especialmente, desvelar los *arcana imperii*. Podrá no gustar y, sobre todo, se podrá redimensionar su alcance y efecto y, aun, negar su validez jurídica, pero lo cierto es que, incluso a través de esta acción de *investigar, recibir y difundir* adquiere un papel central el derecho de saber y la libertad de informar, que representan además una nueva forma de ser de la separación de poderes, en una renovada concepción del constitucionalismo.

Una vez eran los gobernantes quienes controlaban a los ciudadanos mediante el análisis y supervisión de la información; ahora se ha vuelto más difícil inspeccionar lo que el ciudadano «lee-ve-siente» y «busca-recibe-difunde». Internet, está generando, pues, como se ha escrito, «una conciencia constitucionalista global, animada por los *media* internacionales y por los *social networks*, como estructuras críticas de una esfera pública supranacional, con efectos de «apertura» en contextos sociales

⁶ Es de suma importancia observar la sensibilidad demostrada por algunos Tribunales Constitucionales, como el español, frente a los riesgos y peligros que el progreso de la ciencia y tecnología podría generar. Desde la conocida sentencia STC 254/1993, el Tribunal se ha interrogado, en múltiples ocasiones, sobre cuál debería ser el contenido mínimo y la naturaleza de la libertad informática. Las sentencias SSTC 290/2000 y 292/2000 lo demuestran; en ellas el Tribunal, argumentando su decisión en los diferentes textos internacionales, afirma la existencia de un régimen jurídico para la tutela y el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales garantizando a la persona, «un poder de control y disposición sobre sus datos personales», específicamente en cuanto concierne la recogida de tales datos, la información sobre los motivos y fines de la recogida, el archivo, la rectificación, la cancelación y el consentimiento necesario para su uso y/o cesión.

bloqueados e incluso obrando como catalizador de revoluciones culturales y políticas» (Costanzo, 2012: 839).

¿Cuáles son los (nuevos) derechos que deben tomarse en serio en el constitucionalismo de la sociedad tecnológica? A continuación, trataré de hacer un listado con reflexiones sintéticas, en el ámbito de aplicación y tutela. El objetivo no es realizar una apología del constitucionalismo tecnológico, sino más bien repensar y reelaborar las categorías del constitucionalismo, para poner «vino nuevo en odres nuevas». Declinar el constitucionalismo a la luz de los cambios producidos por la irrupción de la tecnología en nuestras vidas y en nuestras comunidades, en lo que se ha definido como «la nueva civilización digital» (Ghidini *et al.*, 2020).

3 Los nuevos derechos constitucionales en la era de internet: el derecho de acceso

En el siglo XXI, destaca claramente el horizonte jurídico de Internet (Frosini, V. 2000: 271), que es también el nuevo paradigma del *constitucionalismo contemporáneo*, como ha quedado claramente demostrado, en particular, por las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos, primero, y por el *Conseil Constitutionnel* francés, después, quienes reconocieron⁷ y afirmaron el derecho de acceso a Internet como declinación de la libertad de expresión. Es significativo que justamente en los dos países en donde surgió el constitucionalismo, si bien inicialmente partiendo por dos senderos opuestos, se registra un nuevo método interpretativo común de relectura y aplicación de dos normas antiguas –la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (1787) y el art. 11 de la Declaración de 1789– pensadas, escritas y aprobadas hace más de dos siglos para afirmar y tutelar la libertad de información: aquella de ayer, de hoy y mañana; un hecho que seguramente se tiene que resaltar.

En efecto, a partir de esas normas, de esos horizontes claros y límpidos del constitucionalismo que se abrían a la modernidad, hoy se busca y se encuentra el núcleo fundante constitucional para reconocer y garantizar las nuevas formas de comunicación electrónica, con particular referencia a Internet. Se está formando, a nivel jurisprudencial y gracias a un sensato trabajo de interpretación constitucional,⁸ un *derecho constitucional de acceso a Internet*: porque en el

⁷ Véase, respecto a la jurisprudencia estadounidense: *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996]; con desarrollos en la sentencia de la Suprema Corte 521 US 844 (1997). Para la jurisprudencia francesa: *Conseil Constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 de junio de 2009.

⁸ En el ámbito de América Latina, se pueden observar tendencias similares: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica afirma, en la sentencia n. 12790-2010 que «el acceso a estas

contexto de una difusión generalizada de Internet, la libertad de comunicación y de expresión presupone necesariamente la libertad de acceder a esos servicios de comunicación en línea. Y es tarea de los Estados remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de este servicio universal a todos los ciudadanos, que en cambio debe ser garantizado a través de inversiones estatales, políticas sociales y educativas, así como de determinaciones del gasto público.

Por lo tanto, el derecho de acceso a Internet, entendido como libertad informática, debe ser considerado como una *pretensión subjetiva de prestaciones públicas* (Frosini, T. E., 2019: 51). En efecto: siempre en mayor medida el acceso a Internet y el desarrollo de actividades en ella, constituye la manera en que el sujeto se relaciona con los poderes públicos y, en consecuencia, ejerce sus derechos de ciudadanía. Además, porque «el desarrollo de Internet y el aumento de la exigencia de transparencia [administrativa] representan, en las sociedades occidentales, dos fenómenos concomitantes» (Lepage, 2002: 61; Pulvirenti, 2013).

El derecho de acceso es prerequisite para el ejercicio de otros derechos y libertades constitucionales: no solo la libertad de manifestación del pensamiento, sino también el derecho al pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país, o bien la libertad de empresa. Hoy, en la sociedad de la información o, si se prefiere, en la era del acceso (Rifkin, 2000), no tener la posibilidad de acceder a Internet significa verse excluido del ejercicio de la mayor parte de los derechos de ciudadanía, especialmente en las relaciones con la administración pública.

El derecho de acceso se declina bajo dos perfiles diferentes pero relacionados: a) *el derecho de acceso al contenido*, y por lo tanto como instrumento necesario para la realización de la libertad de manifestación del pensamiento. Si esta libertad, digamos *en línea*, es ejercitable si –y en la medida en que– se accede a la red, el acceso no solo es un instrumento indispensable sino que se convierte en un momento indefectible del ejercicio de la libertad, sin el cual se desnaturalizaría, o cancelaría; b) el segundo perfil, en cambio, se refiere al *derecho de acceso a Internet como derecho social*, o más bien, como se anotó previamente, *una pretensión subjetiva de prestaciones públicas*, a la par de la educación, la salud y la seguridad social.

tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes». Cfr. Corte Constitucional colombiana, sentencia T-030/20, del 29 de enero de 2020.

Una vez más: el derecho de acceso, como se ha sostenido, «[...] se presenta como síntesis entre una situación instrumental y la indicación de una serie abierta de poderes que la persona puede ejercer en la red» (Rodotà, 2012: 384; Frosini, T. E. *et al.*, 2017: 41; Cotino Hueso L., 2020). Es decir, no tanto y no solo como un derecho a estar técnicamente conectado a la red Internet, sino más bien como una forma diferente de ser de la persona en el mundo, y como efecto de una nueva y diferente distribución del poder social. Ciertamente, bajo esta perspectiva, un acceso a una Internet abierta para acceder a todos los contenidos, aplicaciones y servicios, así como para utilizarlos, se vuelve necesaria: como ha argumentado el Tribunal de Justicia de la UE, con una reciente sentencia⁹ respecto a peticiones de decisión prejudicial (causas reunidas), que tenían por objeto la interpretación del artículo 3 del Reglamento UE 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015.

4 El derecho a la libertad de expresión

¿Cómo ha cambiado el significado y la importancia de la libertad de manifestación del pensamiento en la era de Internet? Ha cambiado de manera muy significativa, entre otras cosas porque ha permitido recuperar la noción de la manifestación del pensamiento como libertad individual, es decir, sin «filtros», sin mediaciones de ningún tipo, una *open network*. De hecho: basta crear un sitio Internet, o entrar en un sitio: sin vínculos administrativos y con una difusión planetaria, accesible a todos (a condición de disponer de un *computer* o de un *tablet* y de una conexión), inmediato en la ejecución, capaz de encerrar en sí audio, texto y vídeo, con un espacio de memoria ilimitado y con el uso (pleno y variado) de instrumentos automáticos, para encontrar aquello que se busca.

Así, con Internet, todos pueden hacer públicas ideas y opiniones a través de la creación y gestión de su propio *server*, o bien a través de la apertura de su propio sitio *web*. De esta manera, cualquiera puede ser impresor, director y editor de sí mismo, difundiendo noticias en la red sin pertenecer a algún colegio profesional. Toda una acción individual, en suma; un uso concreto y efectivo por parte de millones de personas. Entonces, para decirlo con palabras de la jurisprudencia estadounidense: es «[...] *Internet*, la forma de comunicación masiva más participativa que se ha realizado hasta ahora». Por ello –gracias a Internet–, hoy todos pueden ser al mismo tiempo comunicadores y difusores. Y esto será así

⁹ TJUE, 15.09.2020, C807/18 e 39/19, *Telenor Magyarország Zrt c. Nemzet Media-és Hírközlési Hatóság Elnöke*

siempre en mayor medida a partir de la próxima generación, que está creciendo y formándose alimentada por *Facebook*, *Twitter*, *YouTube*, *web communities*, *sms*, *skype*, *blogs* y sus continuas evoluciones. Todo esto determinará una concepción absolutamente nueva y diferente de la identidad, que se articulará en forma mutable según los lugares, contextos, interlocutores, y las elecciones identitarias que se tomen.

La identidad digital, por lo tanto, se articula sobre la base de un flujo continuo de información, que va en las más variadas direcciones y se confía a una multiplicidad de sujetos, que construye, modifica y hace circular imágenes de las identidades de otros, o incluso genera una segunda vida en la red, una *Second Life* virtual (Bassoli, 2009: 165). En suma, una situación de progreso seguro en términos de libertad individual, pero también de iniciativa económica privada. Se ha dicho ingeniosamente que:

[...] solo quien se ha quedado en la prehistoria del derecho y todavía vaga armado con un garrote tratando de inventar la rueda, no se da cuenta del paso de época que ha tenido lugar en las sociedades que evolucionaron en estos años: la posibilidad de tener acceso siempre, en cualquier lugar, a todo el conocimiento contenido en los textos digitales; la posibilidad de comunicar siempre, en todas partes y con todos, a un costo mínimo; la posibilidad de difundir siempre y por doquier el pensamiento propio al mundo entero. Solamente los cavernícolas no se dan cuenta del circuito incesante entre el acceso a las fuentes de conocimiento, la creación de formas de intercambio de experiencias, la difusión de nuevas ideas y la creación de nuevos conocimientos (Zeno-Zencovich, 2010: 71).

5 El derecho a la *privacy*

Otro derecho que debe tomarse en serio, en el constitucionalismo de la sociedad tecnológica, es el de la *privacy*. Un derecho que nace como una nueva exigencia de libertad personal. Es bien conocido, pero vale la pena recordar el origen del *right to privacy*, que se teorizó por primera vez en un artículo así titulado, escrito por dos juristas estadounidenses: Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, y publicado en la *Harvad Law Review* en 1891. En el se teorizaba el «derecho a ser dejados solos (*right to be alone*)»: un derecho individual de libertad que debe ejercerse y tutelarse especialmente contra la intrusión –en ese entonces– de la prensa cuando reportara al público hechos o elementos estrechamente personales, cuyo conocimiento implicara descrédito y vergüenza en la persona interesada.

El «Derecho a ser dejados solos», se consideraba violado por la prensa de la época al dar noticia, con gran detalle, de las suntuosas fiestas que se llevaban a cabo en la villa bostoniana de Warren. No se pedía, sin embargo, exaltar la defensa de la soledad física, sino reconducir la *privacy* a la tutela de los valores de autonomía y dignidad del individuo, lo que también incluía la protección de su círculo familiar e incluso del círculo social en el que él había elegido colocarse.

El concepto de la *privacy* ha ido evolucionando con el tiempo, ya no tanto como un «derecho a ser dejados solos», y por lo tanto una forma pasiva de tutela, sino más bien como un «derecho a disponer de los datos propios», asumiendo así una forma activa de participación informativa.¹⁰

De hecho, sobre todo con la llegada de las computadoras primero y de Internet después, la problemática no se refiere tanto al control de las informaciones individuales en defensa de un derecho del sujeto a la *privacidad*, sino más bien al método adoptado para la recolección de los datos, es decir, la posibilidad de recoger información en una «base de datos» electrónica. De ahí la nueva necesidad de proteger la privacidad de los datos personales, es decir, de impedir que noticias relativas a la esfera íntima de la persona puedan ser divulgadas y conocidas por terceros, con el riesgo de que ello pueda dar lugar a formas de discriminación. Piénsese en los datos sanitarios o sexuales y, por consiguiente, en la posibilidad de que el conocimiento de estos conduzca o permita un trato discriminatorio contra quienes padecen una determinada enfermedad o tienen preferencias sexuales diversificadas.

El derecho a la *privacy* tiene hoy una conformación particular, precisamente con referencia a las exigencias de tutela que pueden producirse a través de Internet. Intento dar ejemplos sobre *provider* o motores de búsqueda conocidos por todos nosotros: *Amazon* monitorea nuestras preferencias de compra; *Google* registra nuestros hábitos en línea; *Facebook* conoce nuestras relaciones sociales y lo que *I like*; los operadores de telefonía móvil saben no solo con quién hablamos, sino también quién se encuentra en las cercanías. Dejamos huellas electrónicas por todas partes: de hecho, a partir de ellas, se puede saber qué hemos comprado, en qué localidad estuvimos, dónde y qué comimos, y así sucesivamente.

Sobre el derecho a la *privacy*, entonces, hay un antes y un después. La frontera está demarcada por el advenimiento de Internet, que se remonta al siglo XXI.¹¹ Al respecto es menester recordar que una cosa es el conjunto de datos personales recogidos y custodiados en bases de datos específicas de las que, sin embargo, hay al menos formalmente una persona responsable de su gestión, aunque el

¹⁰ Sobre el tema del derecho a la *privacy*, con referencia a las problemáticas presentes y futuras, véase Faro *et al.*, (2020: 25).

¹¹ Entre los primeros en plantear la cuestión jurídica de *Internet*, véase P. Costanzo (2000).

problema sea el flujo de datos de un banco a otro, y otra cosa es Internet, en donde se presenta una gran capacidad para difundir, de forma inmediata y en todo el mundo, datos relativos a una sola persona o a empresas públicas y privadas. Es evidente que Internet permite un flujo incalculable de datos cuyo control parece difícil de regular.

La cuestión se ha vuelto hoy aún más compleja con los llamados *big data*:¹² se trata de una enorme acumulación de datos nunca antes vista, tales como para inundar el mundo entero de información, con un crecimiento continuo e irrefrenable. El cambio de dimensión ha producido un cambio de estado; el cambio cuantitativo ha producido un cambio cualitativo. Fueron la astronomía y la genómica, las primeras en experimentar la explosión de datos y quienes acuñaron la expresión «big data». El concepto ahora se está expandiendo a todas las áreas de la vida humana y, por tanto, designa cosas que se pueden hacer sólo a gran escala, para extrapolar nuevas indicaciones o crear nuevas formas de valor, con modalidades que van a modificar los mercados, las organizaciones, las relaciones entre ciudadanos y gobierno, entre otros.

Doy un ejemplo refiriéndome a Internet: *Google* procesa más de 24 *petabytes* de datos al día, un volumen equivalente a mil veces la cantidad de todo el material impreso que contiene la biblioteca del Congreso de Estados Unidos. En *Facebook*, una compañía que hasta hace unos quince años ni siquiera existía, se suben más de diez millones de fotografías nuevas cada hora. Los suscriptores de *Facebook* hacen clic en el botón *I like* o dejan un comentario casi tres mil millones de veces al día, creando un rastro digital que la compañía puede analizar para individuar las preferencias de los usuarios. Este es el punto: la posibilidad de que las grandes empresas de Internet elaboren una identidad digital de los usuarios para ser utilizada con fines comerciales o políticos.

Es bien conocido el reciente caso que involucró a *Facebook* por haber cedido a una sociedad de investigación, *Cambridge Analytica*, los datos de sus usuarios para consentir un tratamiento dirigido a identificar categorías de electores. Esto dependería de los *I like* que damos en las redes sociales, como por ejemplo *Facebook* o *Twitter*. Todo ello, en cuanto cada *like* que dejemos en *las redes sociales* representaría, en efecto, una pieza de una especie de censo voluntario de masas, que terminaría por ofrecer oportunidades y poderes a quien quiere orientar las opiniones públicas.

Estudios conducidos por psicólogos, además, sostienen que bastan sesenta y ocho *I like* de un usuario de *Facebook* para identificar el color de su piel (con una

¹² Los estudios más recientes en doctrina han sido elaborados por V. Zeno-Zencovich (2020) y A. Stazi (2020).

precisión del 95%), la orientación sexual (88%) y su orientación política (85%). De esta forma, las opiniones políticas son conocidas por *Facebook* y, por tanto, el voto pierde su carácter de secreto. Es evidente que este aspecto vulnera o lesiona un derecho constitucional como el derecho al voto. De igual manera, afecta a la intimidad del ciudadano cuando se identifica su orientación política, lo cual es un dato sensible que debería estar tutelado con el más alto nivel.¹³ Es una nueva forma de poder, aquel de los *provider*, de complacer los gustos de cada individuo con base en lo que saben de nosotros.

Además, y siempre respecto el tema del derecho a la *privacy* e Internet, piénsese en los recientes escándalos internacionales, que se han suscitado con relación a la capacidad de un Estado de gestionar los datos personales de miles de personas influyentes, que pertenecen y representan a las instituciones europeas. O bien la indisponibilidad personal de los datos que viajan en el *cloud computing*, donde todo nuestro patrimonio informativo termina por sustraerse a nuestra indisponibilidad y residir en *server* ubicados fuera de nuestro control directo y, por tanto, potencialmente expuestos a violar nuestra *privacy*.

El problema, por otra parte, no solo se refiere a los datos personales, sino sobre todo a las grandes bases de datos de operadores telefónicos, empresas, institutos de crédito y ahorro, que tienen un indudable valor estratégico.

6 El derecho al olvido

El constitucionalismo en la sociedad tecnológica también debe enfrentar otra situación jurídica que se manifiesta en *Internet*: el *derecho al olvido* (*right to be forgotten*). Este debe ser entendido como reviviscencia del viejo derecho a ser dejado solo (*right to be alone*), es decir, como la «pretensión de volver a apropiarse de la historia personal» (Chiola, 2010: 39) y, por lo tanto, una especie de derecho a la autodeterminación informativa, o como medio para reconstruir la dimensión social del individuo, evitando que la vida pasada pueda constituir un obstáculo para la vida presente;¹⁴ y así salvaguardar el derecho del sujeto al reconocimiento y goce de su actual identidad personal o moral, a través del derecho de prohibir una distorsión de la imagen social de un sujeto, o bien de la personalidad individual, para evitar que se difunda *false light in the public eye*. Es, entonces, el derecho a gobernar la propia memoria.

¹³ Sobre este tema, véase T. E. Frosini (2018) y T. E. Frosini (2019).

¹⁴ Para más detalles, puede consultarse T. E. Frosini (2018: 497).

Derecho al olvido y derecho a la *privacy* bien pueden representar dos caras de una misma medalla, que ahondan en la dignidad de la persona su relevancia constitucional. El derecho al olvido, generado por la jurisprudencia y consolidado por la legislación, ha tenido que enfrentarse a *Internet*, la «red de redes», donde todo lo que se inserta en la *web* permanece como una memoria ilimitada y sin tiempo, es decir, un depósito de datos de dimensiones globales.¹⁵

Ciertamente, la noticia publicada en la *web* no dura de la misma forma que las noticias en papel impreso, como la rosa de Ronsard, el *espace d'un matin*, sino que adquieren una forma duradera e imborrable; todos pueden leerlas y releerlas, en cualquier parte del mundo en que se encuentren, y pueden utilizarlas como fuente de información. Pero la noticia no es un dato abstracto a la merced de todos, porque concierne a la persona y a su imagen en un momento histórico determinado; los datos personales, vale la pena recordarlo, constituyen una parte de la expresión de la personalidad del individuo. Como recientemente ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la llamada decisión *Google Spain* (2014) y luego reiterado y confirmado en la sentencia sobre el caso *Safe Harbor*, o, diversamente, el llamado caso *Schrems 1* (2015) y *Schrems 2* (2020).¹⁶

Se trata, palmariamente, de decisiones jurisdiccionales que no se limitan únicamente a afirmar el derecho al olvido sino también, entre otras cuestiones, el derecho a la *privacy* que se debe aplicar de conformidad con el derecho europeo, también en lo que respecta al mercado transnacional de datos, especialmente con los Estados Unidos.¹⁷

Asimismo, es –sin lugar a dudas– pertinente mencionar, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-507/17), conocida como *Google vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), en la que, siempre

¹⁵ Sobre este particular, la sentencia STC 58/2018, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional español, ha considerado el derecho al olvido bajo dos puntos de vista: el primero, como una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática y, el segundo, como un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo. La reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2ª, del Tribunal Supremo español, del cuatro de diciembre de 2020 (Recurso nº 429/2019), confirma la doctrina del derecho fundamental y autónomo de la protección de datos personales, manifestando, además, que el derecho fundamental a la protección de datos atribuye a su titular un «haz de facultades» o poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, entre ellos: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos, y el derecho a acceder, rectificar y cancelar los mismos (fund. de der. cuarto).

¹⁶ TJUE, 6.10.2015, C362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner* y TJUE, 16.7.2020, C311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Ltd e Maximilian Schrems*.

¹⁷ Sobre las sentencias del Tribunal de la Unión Europea, ver los números monográficos de *Dir. Inf.* No 4/5, 2014 (sobre el caso de *Google España*) y *Dir. Inf.* n. 4/5, 2015 (sobre el caso *Safe Harbour*), ambos albergan una colección de contribuciones que analizan las diferentes problemáticas que se derivan de los pronunciamientos jurisprudenciales. Con referencia a la primera sentencia, véase Rallo (2014).

en materia de derecho al olvido, se puede detectar una especie de retroceso en la tutela del mismo y un paso adelante para el motor de búsqueda *Google*. En efecto, el derecho al olvido se ve delimitado territorialmente al circunscribir la obligación de desindexación solamente a las versiones del motor de búsqueda correspondientes a los Estados miembros de la Unión Europea, sin que la desindexación se produzca en todas las versiones del motor de búsqueda a nivel mundial.¹⁸

Ahora bien, la más reciente, por el momento, es la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con *Facebook (C-18/18)*, relativa a la publicación, en una página personal, de fotos y comentarios que se consideraban lesivos del derecho de la personalidad, la cual merece por lo menos ser mencionada aquí, entre otras cosas porque presenta aspectos de significativa relevancia en ámbito de privacidad y derecho al olvido.¹⁹

Por último, realizo una referencia a la codificación del derecho al olvido en el Reglamento europeo n. 2016/679, de 27 de abril de 2016 (*General Data Protection Regulation: GDPR*).²⁰ El art. 17 prevé la posibilidad de solicitar la cancelación de datos, ejerciendo así el derecho al olvido, en los casos en que los datos personales ya no sean necesarios respecto a la finalidad por la cual se trataron originalmente, o cuando se hayan tratado ilícitamente, o cuando el interesado haya revocado su consentimiento o se haya opuesto a su tratamiento. De igual modo, existe la hipótesis por la cual la cancelación de datos constituya una obligación jurídica que proviene del derecho de la Unión Europea o bien de los Estados miembros.

Se prevén casos en los que el titular del tratamiento de datos puede oponerse a la cancelación, como en el caso del respeto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.²¹ Cierto, la reglamentación europea es una significativa reafirmación del derecho al olvido, que de ser una creación jurisprudencial transmuta a la codificación normativa. Es casi una especie de pasaje del *common law* al *civil law*. Demostrándose, una vez más, cómo el ordenamiento de la UE se desarrolla en torno al uso combinado de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales.

Una breve reflexión conclusiva sobre el derecho al olvido, más allá de las oscilantes decisiones jurisprudenciales y de la normativización que todavía hay que «testar» en el punto de efectividad, es que debe permitirse a la persona, con el fin de tutelar su identidad, ejercer su derecho de libertad informática, que consiste

¹⁸ Sobre la cuestión de la llamada territorialidad del derecho al olvido, consúltese Bevilacqua (2019).

¹⁹ Respecto a la sentencia *Facebook*, así como a la anterior, véase el trabajo realizado por Pollicino (2019).

²⁰ Sobre este tema, véase Rallo Lombarte A. (2019).

²¹ Para un primer análisis, consúltese Zanini (2018).

en poder disponer de los datos propios, es decir, de las noticias que le conciernen, y por ende, solicitar y obtener tanto el derecho al *olvido* respecto a lo que ya no forma parte de su identidad personal, como el derecho a la *contextualización* del dato, y por lo tanto de la noticia, toda vez que, una verdad desactualizada no es una verdad.

Así pues, es entre los principios fundamentales que se debe buscar el punto arquimédico del derecho al olvido y sus derivados: en particular, en la fórmula constitucional innegociable de la dignidad humana, codificada y hecha intangible por las constituciones de democracia liberal (por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana, art. 1). En efecto, el principio fundamental de la dignidad constituye el cimiento constitucional de todos los derechos estrechamente conectados con el desarrollo de la persona: las particulares declinaciones de la personalidad humana, si bien son autónomamente justiciables, pueden reconducirse a la más general expresión de la dignidad humana.

No puede existir, por consiguiente, tutela de la identidad personal sin tutela de la dignidad, lo que se traduce en el derecho del individuo a ver, en todo caso, respetada su reputación, su buen nombre, y a no ser discriminado a causa de sus orientaciones y de sus estilos de vida. Es en la *privacy-dignity* que adquiere relevancia el respeto a la identidad de toda persona, que no puede y no debe ser tratada como si fuese un objeto.

La tutela de la dignidad del hombre pasa (también) a través del derecho al olvido, es decir el derecho a cancelar o bien a contextualizar, los datos personales para prohibir, como ya se ha dicho, la distorsión de la imagen social de un sujeto, para evitar que la vida pasada pueda constituir un obstáculo para la vida presente y pueda lesionar la propia dignidad humana (Frosini, T. E., 2019: 103).

Es necesario realizar un rápido apunte de lo que podríamos llamar «el reverso de la medalla del olvido», esto es, el derecho a ser recordado, o bien, a no ser olvidado. Me refiero al problema de la llamada «herencia *digital*» (*digital inheritance*), es decir, el destino de los datos poseídos y memorizados en soportes físicos y *online*.²² Así, por una parte, memorias *usb*, *tablet*, *smartphone*, discos, *notebook*; por otra, documentos, vídeo, foto, *blog*, *email*, *tweet*, diversas *social network*, cuentas corrientes, que las grandes empresas de la red gestionan para un número verdaderamente incalculable de usuarios.

El interrogante que surge es: ¿toda esta identidad digital es hereditaria? En otras palabras, ¿nuestra vida digital puede y debe tener un futuro después de nosotros? El tema es seguramente relevante y no puede abordarse aquí, me limito solamente a evidenciar que no existen todavía reglas que desarrollen y vigilen la

²² El tema y sus aspectos críticos son tratados por Resta (2014: 891) y Ziccardi (2017).

cuestión de la «herencia digital»: incluso en los Estados Unidos, solo unos pocos Estados han estipulado una primera reglamentación, aunque no muy clara. Por ejemplo, podría no bastar la exhibición del certificado de defunción del familiar a los grandes *provider* de la *web* para tener acceso a las informaciones.

Una solución, todavía por estudiar, es aquella del «mandato *post mortem*»: confiando claves de acceso e instrucciones claras al fiduciario, posiblemente por escrito, sobre qué hacer en caso de deceso: destruir los datos en todo o en parte, o entregarlos a sujetos elegidos previamente. En suma, el problema es complejo y merece ser estudiado y analizado en el ámbito del derecho. Ciertamente, se trata de un desarrollo ulterior del derecho de libertad informática, que es el de valerse de los instrumentos informáticos para suministrar y obtener informaciones de cualquier género. Es el derecho de participación en la sociedad virtual: para olvidar, contextualizar o recordar.

7 La democracia y la sociedad tecnológica

La compleja y complicada relación entre Internet, es decir, lo que se manifiesta a través de la red —en particular en las llamadas *redes sociales*— y la democracia, o bien, la forma y el método con el cual se organiza la sociedad contemporánea, es ya tema que suscita gran atención y reflexión por parte de los estudiosos de las ciencias sociales. Se encuentran divididos entre los que sostienen cómo y por qué Internet puede fortalecer la democracia y, los opositores, que ven a Internet como una amenaza a la estabilidad democrática de los Estados (Coleman, 2017). Por lo demás, ha habido incluso quien ha imputado a Internet, la responsabilidad de desestabilizar el sistema representativo y de promover el advenimiento del populismo (digital).²³

Nos guste o no, estamos en presencia de una nueva forma de democracia, que ya ha recibido varias denominaciones: democracia «electrónica» (pero este término define el instrumento y no el agente); «virtual» (pero de esta manera, la indicación en política resulta debilitada); «continua» (por su carácter de *referéndum* perenne); o bien, «nueva democracia de masas» (con referencia a la antigua democracia directa).²⁴

La cuestión de fondo puede formularse en los siguientes términos: ¿el impacto político de las tecnologías informáticas sobre los frágiles sistemas

²³ Recientemente Barberis (2020: 37) afirma, entre otras cosas que «[...] *internet* multiplica los prejuicios hasta el punto del paroxismo, pero la revolución digital es la causa principal, aunque no la única, del populismo actual».

²⁴ Las diferentes definiciones citadas en el texto pueden verse en Frosini, V. (1997), (2010).

complejos que son las democracias contemporáneas, favorecería la construcción de un *ágora* o de un totalitarismo electrónico? La dialéctica de los juicios sobre la nueva forma de democracia está, sin embargo, fundada en una premisa común de discusión: la superación, o más bien, la actualización de la vigente democracia representativo-parlamentaria (Budge, 1996).

Personalmente, creo que Internet representa una oportunidad que puede aprovecharse para mejorar las formas de la democracia, especialmente en términos de participación política (Frosini, T. E., 2018). Desde luego, no creo que este enfoque deba pasar a través de modos de exaltación acríticos y, por tanto, ignorar algunas dudas sobre la aplicación de Internet respecto a algunos procedimientos relacionados con el funcionamiento de la democracia.

Al respecto, se pueden utilizar *ursos* y *recursos* históricos. Ayer era el video poder el que amenazaba de minar los cimientos de la democracia, según una opinión muy difusa en aquel entonces, hoy las mismas críticas y reservas se dirigen al llamado *Internet power*. Por ello, creo que incluso el temor de una posible «dictadura de la *web*» es excesivo, y se reduce, como en el caso de la televisión, en un miedo poco fundado. Y que, cuando más, la política o de manera más general, las formas en que se aplican los procedimientos democráticos, podrían en cambio salir reforzadas, revitalizadas, relanzadas.

La revolución tecnológica ha operado de manera incisiva en la organización política de la sociedad occidental, y lo hará aún más en los años por venir. Ha creado las condiciones para la formación de una nueva democracia de masas, como claramente fue definida (Frosini, V., 2010), distinta y distante de los regímenes de masas de la primera mitad del siglo XX, en la que el individuo permanecía en una sujeción psicológica, receptiva y pasiva con una total obnubilación de las libertades personales. Esas mismas libertades que, en cambio, se exaltan y valorizan en la nueva democracia de masas. Que

[...] no es, sin embargo, un destino fatal e irreversible de la sociedad actual. Esta es sólo una directriz de marcha de la humanidad, marcada por la huella de la civilización tecnológica que le imprime el procedimiento. [...] En ella se realiza con aparente paradoja, una nueva forma de libertad individual, un acrecimiento de la sociabilidad humana que se ha extendido en el amplio horizonte del nuevo circuito de las informaciones, una potenciación, por lo tanto, de la energía intelectual y operativa del individuo que vive en la comunidad (Frosini, V., 2010: 34).

Por medio de la tecnología mutan, siempre en mayor medida, las estructuras institucionales conocidas y se evidencia cómo el proceso democrático está

profundamente influenciado por el modo en que circulan las informaciones, en donde la disponibilidad de éstas por parte de todos los ciudadanos se presenta como un prerrequisito de tal proceso.

Es precisamente este el *quid* de la cuestión, en mi concepto: la libre circulación de las informaciones puede producir la formación de una conciencia civil y política, más percibida aún con un reclamo que ya no sea episódico a los intereses y a la capacidad de juicio de cada ciudadano, el cual se convertiría, sobre todo, en participante de un circuito comunitario de informaciones y de responsabilidad.

La democracia, y su forma, se prospecta en una forma diferente a la de los siglos precedentes: mutan los significados de representación y de soberanía, avanza una nueva democracia de masas que rompe los círculos cerrados de las *élites* en el poder, obligando, por así decirlo, a los representantes de la voluntad popular a tomarse la plaza telemática y a confrontarse directamente con los representados, en las nuevas formas asumidas por la tecnopolítica.²⁵

De esta manera, se inicia un proceso de «horizontalización de la política» y, por lo tanto, no una mera subordinación a las decisiones impuestas desde arriba, por así decirlo, sino una forma de concurrir –horizontalmente– a las determinaciones en interés de la nación y del bien común (*common good*), cual principio de libertad.

Hoy en día, aunque con cierta incertidumbre, estamos siendo testigos de las transformaciones de la llamada democracia electoral –aquella fundada en el mecanismo del voto– a raíz del desarrollo tecnológico de las sociedades contemporáneas. Por ahora, las transformaciones se circunscriben esencialmente a las técnicas de votación, es decir, a cómo votar. La papeleta o boleta electoral de votación de papel sobre la cual se señala la propia preferencia política está próxima a ser dejada de lado.

Se encuentra ya en fase de utilización, en diferentes partes del mundo,²⁶ el llamado voto electrónico, que prevé la emisión del voto a través de computadoras. En lugar de poner una marca, con un bolígrafo o lápiz especial, sobre la papeleta de votación, se puede pulsar la tecla de una computadora en cuyo vídeo se reproduciría la papeleta de votación electrónica, y así expresar el propio voto y la preferencia política. Esta técnica de votación – que es simple de utilizar en el caso de la votación para un *referéndum*, teniendo que elegir entre un *sí* o un *no*– permitiría disponer de los resultados electorales en un brevísimo tiempo una vez

²⁵ Sobre la cuestión, véase Rodotà (1997). Por otro lado, consúltense los Actos del congreso organizado por el Garante para la protección de datos personales en Italia, en donde Rodotà (1998: 12), haciendo referencia a Internet, la define como «[...] una forma que la democracia puede asumir, y una oportunidad para reforzar la declinante participación política. Es un modo para modificar los procesos de decisión democrática».

²⁶ Para un análisis exhaustivo sobre la difusión del *voto* electrónico en el mundo, véase Trucco *et al.*, (2017: 427).

que se hayan cerrado las votaciones, evitando los agotadores cálculos y escrutinios que, por otro lado, siempre están sujetos al riesgo de fraudes electorales.

La votación *online* podría también ser utilizada, con simplificación y racionalización, para las primarias con las que se seleccionan a los candidatos a cargos de elección popular. En lugar de mesas dispersas por todo el territorio para la emisión del voto, con riesgos cada vez más difundidos de fraudes o líos en el cómputo final, bastaría una organización en la *web*, donde pudieran convocarse los electores a expresar su preferencia por las diferentes candidaturas, emitir el voto y seguidamente recoger y contar *online* dichas preferencias.

Pero los escenarios futuros de la democracia electoral no se detienen con el voto electrónico. De hecho, también se podría prever la posibilidad de votar a través de la propia computadora de casa (*home computer*), o incluso a través del televisor con la ayuda del control remoto. Ciertamente, esta técnica de votación *casera* si bien por un lado podría reducir el abstencionismo (así como los gastos electorales), por otro lado, impondría la fijación de toda una serie de garantías (incluso de carácter técnico) para proteger la libertad de voto. Que también –y quizá, sobre todo en la época de la política «tecnologizada» y «globalizada»– sigue siendo siempre un valor constitucional que se debe custodiar celosamente.²⁷

Sin embargo, frente al futuro debemos ser optimistas y concurrir a un renovado progreso de la civilización. Entonces, sea bienvenida la nueva democracia tecnológica del siglo XXI, que se funda en la libre iniciativa individual, en la responsabilidad del ciudadano como persona y en su facultad de elección y de decisión.

El voto individual se protege y potencia en su disposición telemática, ya que elimina las manipulaciones, los errores y los fraudes que pueden presentarse en los sistemas en papel, permitiendo una posibilidad de elección con el voto *panachage*, o voto alternativo, o de reserva, que puede ser controlado y calculado con la ayuda de la computadora. Se trata de una democracia –no delegante sino participativa–, que manifiesta una nueva forma de libertad marcada por la participación del ciudadano en la vida de la colectividad como forma de participación en el poder político. Nace así una «[...] República libre de la información automatizada [que] equivale, por su funcionalidad de comunicación y por tanto también de sugerencias, revelaciones, acuerdos y delegaciones, a una nueva forma democrática de sociedad que instaura las condiciones técnicas para la puesta en práctica de un régimen político de la democracia de masa» (Frosini, V., 2010: 33).

²⁷ Entre los estudios relativos a este argumento, consúltese Marchese (2019).

8 Internet, la libertad y la ley

Se ha desarrollado, *around the World*, todo un activismo parlamentario encaminado a reglamentar Internet, esto es, a codificar una *Internet Bill of Rights*. Ha comenzado Brasil con la Ley n. 12.965 del 23 de abril de 2014, llamada *Marco Civil*, con el objetivo de garantizar la neutralidad de la web «[...] que es fundamental para mantener la naturaleza libre y abierta de Internet», como tuvo la oportunidad de expresarlo la ex Presidenta Dilma Rousseff.

Una ley de 32 artículos con una densa lista de «principios, garantías, derechos y deberes para el uso de *Internet* en Brasil» y con muchas *perlas*, una de las cuales es lo establecido en el art. 6, que señala: «Al interpretar la presente Ley se considerarán, además de sus fundamentos, principios y objetivos contemplados, la naturaleza de *Internet*, sus particulares usos y costumbres y su importancia para la promoción del desarrollo humano, económico, social y cultural». Un buen rompecabezas para el intérprete (y para el control de constitucionalidad).

Evidentemente tomado por la furia del método comparativo por *analogía*, también el Parlamento italiano, o más bien la Cámara de Diputados y su ex Presidente, quiso intentar emular al legislador brasileño. Una comisión mixta (parlamentarios y no) redactó la Declaración de derechos en *Internet*, de cuya fuerza jurídica es lícito dudar.

Por caridad, muchos bellos principios declinados en 14 puntos, y un «Preámbulo» con bellas intenciones que se cierra con la afirmación perentoria: «Una Declaración de derechos en Internet es un instrumento indispensable para dar fundamento constitucional a principios y derechos en la dimensión supranacional». Surge una duda, que germina a partir de la doctrina del liberalismo: ¿es de verdad oportuno que el Estado legisle con la presunción de querer reglamentar el espacio abierto y libre de Internet?, ¿incluso fijando derechos y garantías, que de cualquier manera ya existen, o bien pueden deducirse hermenéuticamente de la Constitución o los Tratados europeos? Internet, es decir, el *cyberspace*, debe valorarse como un ordenamiento jurídico autónomo: «[...] *cyberspace is a distinct place for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between cyberspace and the real world*». Además, el ciberespacio se convierte en «[...] *an important fórum for the development of new connections between individuals and mechanism of self-governance*»; por tanto es un derecho espontáneo. Un derecho similar al de la *lex mercatoria*, con la cual se regulaban las relaciones comerciales en el medievo. Una *lex informática*, por tanto, que puede hacer uso de una *co-regulation*, en la cual las pocas leyes esenciales estatales y europeas se integrarían con una política de *self-regulation* por parte de los usuarios de Internet. Una especie de aplicación del principio de subsidiariedad, en la que la *co-regulation* del Estado

puede dar auxilio a la *self-regulation* de los usuarios, cuando éstos la evocan, o bien, cuando la necesitan.

En todo caso, si debiera redactarse una ley, sería aquella que garantizara el *wi-fi* disponible y gratuito para todos, en modo tal que se permita el derecho de acceso a Internet, precondition para el ejercicio de la ciudadanía digital.

Por último, es necesario referirse a un debate que ha cobrado vida en la prensa internacional, vale a decir, aquel relacionado con la posibilidad de adoptar una *Carta Magna* para la era digital: una especie de Código único sobre la inteligencia artificial, que regule la *privacy*, la equidad y el bien común. La idea es reunir a los *leader* políticos en una cumbre mundial, con la finalidad de elaborar un marco común para el desarrollo ético de la inteligencia artificial en todo el mundo y para regular el poder de los gigantes de la *web*. Tal propuesta me parece demasiado ambiciosa y difícil de realizar. Continuo a creer que Internet tenga que desarrollarse como un derecho espontáneo. Se ha escrito que «Internet es el más grande experimento de anarquía de la historia» (Schmidt y Cohen, 2013) y por lo tanto, un desorden ordenado. Que no parezca un oxímoron; la *self-regulation* actúa precisamente en función de un ordenamiento en el desorden de la red, donde cada usuario está en condiciones de poder regular sus situaciones de acuerdo con las exigencias y peculiaridades.

Cierto, estamos en los inicios; y por lo tanto la estructura jurídica de Internet presenta dificultades, incluso en su elaboración teórica. Porque todavía estamos privados no tanto y no solo de certezas, admitiendo que puedan existir, sino de trayectorias seguras dentro de las cuales esbozar un sistema jurídico. Se procede por intuiciones, excavando en la interpretación de los conceptos jurídicos e intentando de esta forma atribuir nuevas lecturas, nuevos modelos. Como escribiría ya en aquella época, Tullio Ascarelli (1952: 344): «[...] en la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas sobre todo nuevas ideas más que sutiles interpretaciones». *Legal problem solving*: la misión del jurista, ya sea productor de leyes o aplicador/intérprete de ellas o bien exégeta de las normas, es resolver problemas.

Y, en efecto, uno de los nuevos problemas en torno al cual el jurista se ha cuestionado en los últimos años, es el de la tecnología y su recaída en el punto del derecho, en el escenario de un nuevo liberalismo jurídico y por tanto de un renovado constitucionalismo.

Vale la pena dar cuenta, aunque sea fugazmente, de la hipótesis en la que la Unión Europea está trabajando con el objetivo de poner en marcha una disposición normativa (directiva o reglamento) que debería ser aprobada dentro del año 2021. Se trata del *Digital Service Act* (DSA), que entraría a establecer normas destinadas a modernizar el actual marco jurídico en el que se prestan los servicios digitales en

la UE. Reglas que irían a incidir en las grandes plataformas online que hoy en día actúan como *Gatekeepers*. El objetivo es mejorar el funcionamiento del mercado único, protegiendo a los consumidores que deberán confiar en los proveedores de servicios online, así como adaptar las normas de derecho comercial y civil para los sujetos comerciales que operan en línea, con el objetivo de volver a los usuarios menos dependientes de los algoritmos. Una brevísima reflexión al margen: una regulación ligera, que solamente se limite a perfeccionar algunas distorsiones del sistema de comercio online, puede estar bien. Sin embargo, manifiesto mi contrariedad a una legislación que restrinja en sobre medida las plataformas online, que son –como quiera que se mire– un espacio de libertad, crecimiento y desarrollo económico y social. Así que, regular sí, pero sabiamente.

9 Conclusiones

Es necesario hacer referencia, al menos sumariamente, al tema de las *fake news*, que son como una calumnia en el *aire rossiniano*: «un vientecillo [...] toma fuerza poco a poco, vuela ya de un lugar a otro». Se trata, pues, de las noticias falsas y tendenciosas que circulan en la red y que podrían engañar al consumidor o informar al ciudadano de manera incorrecta y mendaz. Incluso se han invocado riesgos para la democracia y se esperaba que Internet se sometiera a reglas que garantizaran la calidad de las noticias, tal vez certificadas por una autoridad independiente.

Siempre ha habido (y siempre habrá) noticias falsas en todos los sectores de la comunicación, pública y privada, en la prensa y en la red. En esta última, además, teniendo en consideración que se viene a ampliar la libertad de expresión, la cual permite mayor transparencia y, por lo tanto, consiente descubrir en mayor medida la verdad contra toda censura. En la red existe competencia y pluralismo en punto de oferta de información.²⁸ Al respecto, son pertinentes las palabras del juez Oliver W. Holmes, en la famosa *dissenting opinion* sobre el caso *Abrams vs. Estados Unidos* (1919): «[...] el bien supremo se alcanza mejor a través del libre comercio de ideas, que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la cual nuestros deseos pueden ser llevados a cabo de manera segura» (Holmes, 1975: 105). Una voz fuerte y clara del constitucionalismo de ayer, que vale todavía, sobre todo, para el constitucionalismo de hoy, es decir, aquel de la sociedad tecnológica.

²⁸ Sobre la relevancia de este punto puede profundizarse en T. E. Frosini (2017: V).

Cierro con una nota de actualidad. En la época de la Ilustración, era «la filosofía quien daba socorro a los gobiernos» –para citar a Gaetano Filangieri (1984)–, en la época de la contemporaneidad es la tecnología quien socorre a los gobiernos, así como a los gobernados. Ante ello, quienes han siempre creído en los aspectos, predominantemente beneficiosos de la tecnología, no se sorprenden; quienes, por el contrario, han considerado que la innovación tecnológica es una especie de epidemia, capaz de acabar con las relaciones humanas y destruir los cimientos de la democracia, deberían reconsiderarlo.

Con la tecnología es posible ejercer los derechos y libertades constitucionales, también y sobre todo, durante una situación de emergencia (sanitaria) que restringe y comprime los espacios individuales y colectivos.²⁹

Technological Constitutionalism

Abstract: For decades the law has entered the technological society, with all the themes and problems derived from the application of legal techniques – substantive and procedural – in the vast world of technology and its consequences, particularly the internet. Indeed, from the social conscience “new rights” emerge as a result of technological development which, even though not endowed by formal legal acknowledgment, possess a strong and clear “constitutional tone” that places them implicitly in the interior of the Constitution, reserving the interpreter the task of extrapolating them from it; a hermeneutic exercise in light of which the traditional constitutional freedom rights apply to technological informatics phenomena. The liberties notably grew and expanded in the direction of new frontier of human action, precisely thanks to technological progress. This is the task, or rather the challenge, that faces constitutionalism in the 21st century: ensure that individual liberties coexist with technology in perfect harmony.

Keywords: Digital constitutionalism. Fundamental rights. Social networks. Freedom rights.

Summary: **1** The law and the rights in the technological society – **2** Constitutionalism in the 21st century – **3** The new constitutional rights in the age of the internet: the right to access – **4** The right to freedom of expression – **5** The right to privacy – **6** The right to be forgotten – **7** Democracy and the technological society – **8** Internet, the liberty and the law – **9** Concluding remarks – References

Referencias

- Ascarelli, T. (1952). *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Barberis, M. (2020). *Come internet sta uccidendo la democrazia*. Milano: Chiarelettere.
- Bassoli, E. (2009). La disciplina giuridica della seconda vita in Internet: l'esperienza *Second Life. Informatica e diritto*, n. 1, 165-189.

²⁹ Se trata de la pandemia Covid-19, sobre la cual véase T. E. Frosini (2020: 3) y L. Cotino Hueso (2020: 1).

- Bevilacqua, G. La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universal. *Federalismi.it*, n. 23. Disponibile en: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40774>.
- Budge, I. (1996). *The new Challenge of Direct Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Chiola, C. (2010). Appunti sul c.d. diritto all' oblio e la tutela dei dati personali. *Percorsi Costituzionali*, n. 1, 39-47.
- Coleman, S. (2017). *Can The Internet Strengthen Democracy?*. Cambridge: Polity Press.
- Costanzo, P. (2000). Internet (diritto pubblico). *Digesto delle discipline pubblicistiche, IV ed., Appendice*. Turín: UTET.
- Costanzo, P. (2017). Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali. En T. E. Frosini et al. (comp.). *Diritti e libertà in internet* (pp. 3 ss). Milán: Mondadori.
- Cotino Hueso, L. (2020). La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus: *Revista de Educación y Derecho*, n. 21, 2020, 1 ss.
- Cotino Hueso, L. (2020). *Online-offline*. Las garantías para el acceso a internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la ley y sus contenidos: *Revista de Derecho Político*, n. 108, 2020, 13-39.
- Filangieri, G. (1984). *La Scienza della Legislazione (1780-1788)*, V., 2 tomi. Frosini, V. (comp.). Roma: Poligrafico dello Stato.
- Frosini, T. E. (2004). Nuevas tecnologías y constitucionalismo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 124, 129 ss.
- Frosini, T. E. (2011). *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Frosini, T. E. (2017). Il diritto di accesso a Internet. en Frosini T.E et al. (comp.). *Diritti e libertà in internet* (pp. 41 ss). Milán: Mondadori.
- Frosini, T. E. (2017). No news is fake news, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4.
- Frosini, T. E. (2018). Internet y democracia. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 30.
- Frosini, T. E. (2018). La tutela dei dati e il diritto all'oblio, *Rassegna parlamentare*, n. 4, 497 ss.
- Frosini, T. E. (2019). *Libertad, Igualdad, Internet*. México: Tirant lo Blanch.
- Frosini, T. E. (2020). Internet ai tempi del coronavirus, *Diritto di Internet*, n. 2, 3 ss. Disponibile en: <https://dirittodiinternet.it/fascicolo-22020/>.
- Frosini, T. E. (2020). Le sfide attuali del diritto ai dati personali. En Faro, S et al., (comp.). *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale* (pp. 25 ss). Bologna: Il Mulino.
- Frosini, V. (1980). *Il diritto nella società tecnologica*. Milán: Giuffrè.
- Frosini, V. (1982). *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos.
- Frosini, V. (1992). *Informatica, diritto e società*, 2a. ed., Milán. Giuffrè.
- Frosini, V. (1998). The Lawyer in technological society. *European journal of law, philosophy and computer science*, vols. III.
- Frosini, V. (2010). *La democrazia nel XXI secolo*. Macerata: Liberilibri.

- Frosini, V. (1981). La protezione della riservatezza nella società informatica. En Matteucci, N. *ed al.* (comp.). *Privacy e banche dei dati* (pp. 37 ss). Bologna: Il Mulino.
- Frosini, V. (2000): L'orizzonte giuridico dell'Internet. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 271-280.
- Ghidini, G. *et al.* (2020). *La nuova civiltà digitale. L'anima doppia della tecnologia*. Milano: Rizzoli.
- Holmes, O. W. (1975): *Opinioni dissenzienti*, Geraci, C. (comp.). Milán: Giuffrè.
- Lepage, A. (2002). *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*. París: Litec.
- Marchese, C. (2019). *Il diritto di voto e la partecipazione politica. Studio di diritto comparato*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Perez Luño A. E. (2012): *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid.
- Pulvirenti, O. D. (2013). *Derechos Humanos e Internet*. Buenos Aires: Errepar.
- Rallo Lombarte, A. (2014). El derecho al olvido en Internet. Google vs España. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rallo Lombarte, A. (2017). De la "libertad informática" a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Estudios Políticos*, n.100, 639-669
- Rallo Lombarte, A. (2019). El nuevo derecho de protección de datos. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, n. 116, 45-74.
- Rallo Lombarte, A. (2020). Una nueva generacion de derechos digitales. *Revista de Estudios Políticos*, n.187, 101-135.
- Resta, G. (2014). La «morte» digitale. *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 891 ss.
- Rifkin, J. (2000). *The Age of Access*. London: Penguin.
- Rodotà, S. (1997). *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. Roma: Laterza.
- Rodotà, S. (1998). *Actas del congresso Garante per la protezione dei dati personali*. Libertà, opportunità, democrazia e informazione, in Internet e Privacy: *quali regole*, Roma. Disponibile en: <https://www.privacy.it/archivio/garanterelrod.html>.
- Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Schmidt, E. y Cohen, J. (2013). *La nuova era digitale*. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni, tr. it. Milán: Rizzoli Etas.
- Stazi, A. (2020). Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica, En S. Faro *et al.* (comp.). *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale* (pp. 77 ss). Bologna: Il Mulino.
- Trucco, L. (2017). Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale. En T. E. Frosini *et al.* (comp.). *Diritti e libertà in internet* (pp. 427 ss). Milán: Mondadori.
- Zanini, S. (2018). Il diritto all'oblio nel regolamento europeo 679/2016: quid novi? *Federalismi.it*, n. 15. Disponibile en: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=36774>.
- Zeno-Zencovich V. (2020). Big data e epistemologia giuridica. En S. Faro *et al.* (comp.). *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale* (pp. 13 ss). Bologna: Il Mulino.

Zeno-Zencovich V. (2010). Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero. *Percorsi Costituzionali*, n. 1, 71.

Ziccardi, G. (2017). *Il libro digitale dei morti*. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network. Torino: UTET.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FROSINI, Tommaso Edoardo. Constitucionalismo tecnológico. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 65-89, jul./dez. 2022.

Recebido em: 02.01.2023

Aprovado em: 02.01.2023

Cota convite