

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CONSTITUCIONALISMO

Por TOMMASO EDOARDO FROSINI (*)

SUMARIO

1. ALGUNAS CUESTIONES METODOLÓGICAS.—2. LA LIBERTAD INFORMÁTICA, AYER Y HOY.—
3. LA LIBERTAD INFORMÁTICA EN ALGUNAS CONSTITUCIONES RECIENTES.— 4. INTERNET Y
LIBERTAD (INFORMÁTICA) CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE
LOS EE.UU. DE 1997.—5. LA LIBERTAD INFORMÁTICA: SE CONSTITUCIONALIZA O SE DEDU-
CE CONSTITUCIONALMENTE.—6. TECNOPOLÍTICA Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES.

1. ALGUNAS CUESTIONES METODOLÓGICAS

Antes de examinar la relación entre las nuevas tecnologías y el constitucionalismo, con particular atención a las libertades constitucionales, considero necesario precisar algunas cuestiones de orden metodológico con el fin de esclarecer mejor los términos de la misma.

Primera cuestión: entiendo por «tecnología» el *fecondo connubio* de ciencia y técnica, que se ha constatado con el fomento de la investigación científica hacia objetivos prácticos y con el progreso de la ciencia, en la medida en que se encuentra vinculada y sometida a la investigación científica; por tanto, la tecnología sería el producto de la ciencia. Segunda cuestión: en mi informe daré preferencia al análisis de las libertades con referencia a la tecnología informática, más que a otras formas de expresión de la tecnología, como por ejemplo las relativas a los problemas derivados de la biogenética (1). Tercera cuestión: aclaro rápidamente cuál es mi convicción respecto

(*) Traducido del italiano por Yolanda Gómez Lugo.

(1) Sobre esta problemática se remite, para las cuestiones de teoría general, a V. FROSINI: «Bioética», en *Enciclopedia Italiana, Appendice 2000*, vol. I, Roma, 2000, págs. 209 y ss.; para los aspectos constitucionales, v. G. F. FERRARI: «Biotecnologie e diritto costituzionale», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2002, págs. 1563 y ss.

a la relación entre tecnologías y libertades; en mi opinión, las tecnologías representan un desarrollo de las libertades, esto es, las libertades han podido desarrollarse y expandirse notablemente a través de nuevas fronteras del actuar humano gracias precisamente al progreso tecnológico.

Existe una cuarta cuestión de orden metodológico, cuyo punto de partida se sitúa en el siguiente interrogante: desde el punto de vista del derecho constitucional, las tecnologías ¿determinan nuevas formas de derechos de libertad o se fundamentan, y por consiguiente, pueden ser reconocidas en el ámbito de las libertades constitucionales tradicionales? O bien ¿es necesario redactar nuevas normas constitucionales para definir las libertades que han sido creadas con el progreso de la tecnología, o más bien, pueden interpretarse las normas constitucionales vigentes recabando de ellas nuevas figuras jurídicas de los nuevos derechos de libertad? Esta cuestión presupone, sin embargo, otra más general: si las Constituciones representan el reflejo y la síntesis de la sociedades ¿cómo surge y se manifiesta en las Constituciones contemporáneas la actual sociedad tecnológica?

Intentar dar respuesta a estos dos interrogantes, en particular al segundo, me llevaría a desarrollar un razonamiento largo y complejo, que no es posible realizar aquí. Valga solamente este *flash*: en el período en que vivimos, marcado por la globalización, las sociedades de individuos no pueden adaptarse tanto al ámbito de las Constituciones estatales, dado que responden a una serie de reglas supraconstitucionales, de carácter global y no local (2). Los problemas jurídicos planteados por la tecnología informática, tanto en la esfera del derecho constitucional, como en la del derecho privado, no logra encontrar en la dimensión estatal la sede más idónea para solucionarlos. He aquí por qué, y llego así a la quinta y última cuestión metodológica, el análisis de la relación entre tecnologías (informáticas) y libertades constitucionales no puede desarrollarse en el prisma del derecho comparado, en la medida en que se trata de una temática que escapa siempre a la dimensión estatal por estar comprometida con los procesos de globalización. Basta pensar en Internet, y en su vocación natural a la extraterritorialidad, en cuanto ésta traspasa los confines de los Estados nacionales, supera las barreras aduaneras, elimina las diferencias culturales entre los pueblos.

Dicho esto, añadido sin embargo que no puede considerarse superado completamente el ejercicio hermenéutico de querer aplicar las libertades constitucionales estatales a los fenómenos de las tecnologías informáticas. Por tanto, en la actualidad sigue siendo útil releer la libertad de información,

(2) Sobre estas cuestiones, v. M. R. FERRARESE: *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2003, págs. 105 y ss.

como derecho a ser informado, 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; todo ello, a la luz del desarrollo de la tecnología informática y con el fin de determinar así las formas de protección de las nuevas situaciones jurídicas subjetivas. Sobre este punto regresaré más adelante con mayores atenciones, tomando como punto de partida las decisiones del Tribunal Supremo americano sobre el caso de Internet. Antes, sin embargo, creo inexcusable redefinir un nuevo derecho de libertad, que aun siendo fruto únicamente de la reflexión doctrinal, sea expresivo de las nuevas formas de libertad originadas con la llegada de la sociedad tecnológica.

2. LA LIBERTAD INFORMÁTICA, AYER Y HOY

Permítaseme, por tanto, retomar aquí una doctrina muy querida para mí, que es la doctrina de la libertad informática. Esta doctrina nació en el ya lejano año 1981 con la intención de dar un respiro teórico al problema que entonces preocupaba mayormente al jurista comprometido con la temática del derecho de la informática, que era el de la protección de la *riservatezza* con referencia a los bancos de datos. En primer lugar, se subraya como la doctrina de la libertad informática tenía su matriz ideológica en la concepción de un nuevo liberalismo, entendido como perturbación transformadora de una sociedad liberal impulsada por la revolución tecnológica; y se desarrollaba sobre la base de una dimensión nueva del derecho de libertad personal, en una fase histórica de la sociedad industrial caracterizada por la aparición de los aparatos electrónicos. Típico derecho nuevo instituido por la evolución de la sociedad tecnológica, el derecho de libertad informática manifiesta un aspecto nuevo de la vieja idea de la libertad personal y constituye el avance de una frontera nueva de la libertad humana a través de la sociedad futura.

En su versión original, expuesta en 1981, la libertad informática venía configurada —de igual modo que la política— en su vertiente *positiva* y *negativa*. La libertad informática negativa, expresa «el derecho a no difundir ciertas informaciones de carácter personal, privado, reservado» (calificativos estos, que podrían, en determinados casos, no coincidir entre ellos); en cambio, la libertad informática positiva expresa la facultad «de ejercitar un derecho de control sobre los datos concernientes a la propia persona que están fuera del marco de la *privacy* por haberse convertido en elementos de *input* de un programa electrónico, y por tanto, libertad informática positiva, o

derecho subjetivo de reconocimiento, de conocimiento, de corrección, de recopilación o añadidura de datos en una tarjeta electrónica personal» (3).

De este modo el derecho de libertad informática asume una forma nueva del tradicional derecho de libertad personal, como derecho a controlar las informaciones sobre la propia persona, como derecho del *habeas data*. La evolución jurisprudencial ha reconocido y afirmado este nuevo derecho de libertad en los términos de protección de la autonomía individual, como exigencia pasiva en relación con los detentadores del poder informático, de los particulares o de las autoridades públicas. Con la legislación nueva sobre protección de las personas respecto al tratamiento de datos personales (en Italia, la ley n.675 de 1996) enriquecida por la normativa europea, la noción del derecho de libertad informática ha encontrado reconocimiento en el derecho positivo, pero mientras ha sufrido cierta transformación, ya que el derecho de protección de datos personales tiene lugar con relación a cualquier tratamiento de éstos, aunque no el electrónico; y ha tenido otra mutación de su carácter, antes inspirado en el principio de la defensa ante el poder informático, ahora considerado como un derecho activo de participación del ciudadano en el circuito de la información. Emerge así el problema del reconocimiento de un derecho a la identidad personal como nuevo derecho a la personalidad, constituido por la proyección social de la personalidad del individuo, que se asimila a un interés del sujeto a ser representado en la vida social con su verdadera identidad. La libertad de custodiar la privacidad informática individual se ha convertido también en libertad de comunicar a los demás las informaciones transmisibles por vía telemática, para ejercitar así la libertad de expresión de la propia personalidad sirviéndose de los sistemas de comunicación automatizados.

El derecho a la libertad informática adquiere hoy otro significado como consecuencia de la aparición de Internet, lo que permite mostrar su actualidad teórica. En efecto, con Internet el derecho de libertad informática «se ha transformado en una exigencia de libertad en sentido activo, no libertad *desde* sino libertad *de*, que es la de valerse de los instrumentos informáticos para dotarse de y obtener información de todo género. Es el derecho de participación en la sociedad virtual, creada, generada, originada, con la llegada de los instrumentos electrónicos en la sociedad tecnológica: es una sociedad de componentes variables y de relaciones dinámicas, en la cual cada indivi-

(3) Cfr. el informe de V. FROSINI: «La protezione della riservatezza nella società informatica», en el vol. *Privacy e banche dei dati*, a cargo de N. MATERUCCI, Bologna, 1981, págs. 37 y ss. (después incluido en el vol. *id. Informatica, diritto e società*, 2.ª ed., Milano, 1992, págs. 173 y ss.)

duo participante es soberano en sus decisiones» (4). Nos encontramos, indudablemente, frente a una nueva forma de libertad, que es la de comunicar con quien se quiere difundiendo opiniones propias, pensamientos propios y materiales propios, y la libertad de recibir. Por tanto, libertad de comunicar como libertad para transmitir y recibir. No es solamente el ejercicio de la libre manifestación de pensamiento del individuo (5), sino más bien la facultad de éste de constituir una relación de transmisión y solicitud de información, de poder disponer sin limitaciones del nuevo poder de conocimiento conferido por la telemática; en resumen, de poder ejercitar el derecho individual de libertad informática. Queda claro, pues, como en esta nueva concepción *tecnologicizzata* de la libertad de comunicación resulta forzado sostener los contenidos de las libertades constitucionales tradicionales, en particular la de comunicación y la de manifestación de pensamiento (6). Por tanto, es la libertad informática la que representa la nueva libertad constitucional de la sociedad tecnológica, como demuestran algunas experiencias de Constituciones recientes y como puede recabarse, sin duda, a través de una interpretación evolutiva de las Constituciones menos recientes.

3. LA LIBERTAD INFORMÁTICA EN ALGUNAS CONSTITUCIONES RECIENTES

En el análisis de la libertad informática bajo el prisma del derecho constitucional, y volviendo la mirada a través de algunas Cartas constitucionales recientes, se puede observar como la elaboración de la normativa constitucional ha tenido en cuenta el desarrollo tecnológico informático, y por tanto, se ha procedido a redactar normas constitucionales de las cuales puede deducirse el principio de libertad informática en sentido activo y pasivo. Me limito solamente a citar algunos ejemplos, entre los más significativos. Ahora bien, no pueden olvidarse dos Constituciones europeas que han introducido

(4) V. FROSINI: «L'orizzonte giuridico dell'Internet», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2000, pág. 275.

(5) Sobre este punto se puede recordar la posición de L. PALADIN: *Diritto costituzionale*, 2.ª ed., Padova, 1995, pág. 610, quien sostiene que en la libertad de comunicación, más que en la libertad de manifestación de pensamiento, estaría el nexo con la libertad personal (v. «Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali», en *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1987, pág. 5 y ss.).

(6) Sobre esta problemática, véase la monografía de A. VALASTRO: *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, en la voz pionera de la enciclopedia de P. COSTANZO: «Internet (diritto pubblico)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., Torino, 2000, págs. 347 y ss. (también, «Aspetti problematico del regime giuspubblicistico di Internet», en *Problemi dell'informazione*, n. 2, 1996, págs. 183 y ss.).

el principio de libertad informática (aunque aún no sea en la versión activa y pasiva); se trata de las Constituciones española y la portuguesa, ambas de finales de los setenta (7).

Pero pasemos a examinar algunas Constituciones recientes. La Constitución de la República de Sudáfrica (8) de 1993 prevé tres artículos que interpretándolos conjuntamente hacen emerger el derecho de la libertad informática. El artículo 13 titulado *Privacy* dice: «Cada persona tendrá derecho a la propia *privacy*, que incluirá el derecho a no ser sometido a persecuciones de la propia persona, casa o propiedad, a no sufrir el secuestro de bienes privados o la violación de las comunicaciones privadas». El artículo 15 dedicado a la *libertad de expresión*, en particular el primer apartado afirma: «Cada persona tendrá derecho a la libertad de palabra y de expresión, comprendiendo la libertad de prensa y el uso de otros *media* y la libertad de creatividad artística y de investigación científica». Y finalmente el artículo 23 sobre el *acceso a la información* dispone: «Cada persona tendrá derecho de tener conocimiento de las informaciones disponibles por el Estado o cualquiera de sus órganos a cada nivel de Gobierno, en cuanto tales informaciones sean requeridas para la el ejercicio o protección de los derechos individuales».

Igualmente interesantes resultan las normas constitucionales para la protección del derecho de libertad informática prevista en la Constitución de la Federación Rusa de 1993 (9). El artículo 23 prevé que «Cada uno tiene derecho a la inviolabilidad de la vida privada, al secreto personal y familiar, a la defensa del honor propio y del nombre propio. Cada uno tiene derecho al secreto de la correspondencia, de las conversaciones telefónicas, de las comunicaciones postales, telegráficas y de cualquier otro tipo. Las limitaciones de este derecho podrán realizarse exclusivamente por decisión judicial»; el si-

(7) Me refiero al artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976 y al artículo 18.4 de la Constitución española de 1978. Sobre esta última, en particular, v. A. E. PÉREZ LUÑO: «Informática y Libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, 1981, págs. 46 y ss.; y con especial referencia a la Ley Orgánica que ha desarrollado la norma constitucional, v. «La LORTAD y los derechos fundamentales», en *Derecho y Libertades*, n. 1, 1993, págs. 405 y ss. Más recientemente puede consultarse la Ley Orgánica 15/1999, sobre la cual, permítaseme me remita a T. E. FROSINI: «La nuova legge spagnola sulla protezione dei dati personali», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 2000, págs. 769 y ss.

(8) Léase en el volumen *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. II: *Le Costituzioni di sette Stati di recente ristrutturazione*, a cargo de P. BISCARETTI DI RUFFIA con la colaboración de M. GANINO, VI ed. enteramente reestructurada, Milano, 1996, págs. 25 y ss. Sobre la Constitución Sudafricana, v. el reciente estudio de R. SPITZ-M. CHASKALSON: *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Oxford, 2000.

(9) Léase en el volumen *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. II: *Le Costituzioni di sette Stati di recente ristrutturazione*, op. cit., págs. 255 y ss.

guiente artículo 24, en su primer párrafo, afirma que «no está admitida la conservación, utilización y difusión de informaciones sobre la vida privada de una persona sin su consentimiento»; por último, el cuarto párrafo del artículo 29 establece: «Cada uno tiene el derecho de buscar, recibir, transmitir, producir y difundir libremente con medios legítimos. Un elenco de las informaciones que constituyen secreto de Estado está establecido por la Ley federal».

Debe recordarse, sin duda, la Constitución federal de la Confederación suiza, profundamente modificada en 1993 (10). Varios artículos dan sentido, de forma clara, al derecho de libertad informática. El artículo 13, relativo a la *protección de la esfera privada*, afirma que «Cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, de su correspondencia, así como de sus relaciones vía postal y telecomunicaciones. Cada uno tiene derecho a ser protegido de un empleo abusivo de sus datos personales». En el artículo 16, párrafo tercero, después del reconocimiento de la libertad de opinión y de información, se señala que «Cada uno tiene derecho a recibir libremente información, así como de facilitárselas a través de fuentes accesibles a todos y de difundirlas». El artículo 17, que disciplina la libertad de los *media*, sostiene que «La libertad de prensa, de radio y de televisiones, así como de otras formas de teledifusión pública de producción e información está garantizada».

Para tener una mejor comprensión de la constitucionalización del principio de libertad informática se requiere, sin duda, volver la mirada hacia el continente de América Latina, que representa un interesante laboratorio constitucional de nuevos derechos, y donde la doctrina de la libertad informática ha sido más influyente (11), hasta el punto de haber sido recibida e incluso constitucionalizada en muchos ordenamientos de aquel continente.

En muchas Constituciones Latinoamericanas, encontramos diversas normas que hacen referencia clara y explícita a la protección de situaciones subjetivas derivadas de la tecnología informática. De este modo, se ha confirmado el *Habeas data costituzionale*, como nueva garantía jurisdiccional del derecho público latinoamericano; el fin del *habeas data costituzionale* con-

(10) Véase el texto de la Constitución federal de la Confederación Suiza en *La revisione della Costituzione federale svizzera*, a cargo de A. REPOSO, Torino, 2000 (con una serie de contribuciones comentando la revisión constitucional).

(11) Para la doctrina de las libertad informática en la cultura jurídica latinoamericana, V. FROSINI: *Informática y Derecho*, Bogotá, 1988; v. E. SÁNCHEZ JIMÉNEZ: «Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática» (comunicación presentada ante el III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho), en *Informática y Derecho*, n. 3, 1992, págs. 85 y ss. Véase la monografía de C. CASTILLO JIMÉNEZ: *Las nuevas tecnologías de la información y el derecho. De Vittorio Frosini a Internet*, Sevilla, 2003.

siste, como sostiene Eduardo Rozo Acuna en un reciente estudio dedicado a este tema, en asegurar entre otros «la libertad informática como garantía personal para conocer y acceder a las informaciones personales existentes en los bancos de datos, para controlar su contenido y poder, por tanto, modificarlos en caso de inexactitud y archivo o tratamiento indebido, así como decidir sobre su circulación» (12).

Las diversas experiencias sobre el *habeas data constitucional* en América Latina se pueden dividir en tres categorías: a) países donde la Constitución ha previsto de forma directa, completa y precisa el *habeas data* (Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina, Venezuela); b) países que prevén la garantía a través de la legislación o de forma indirecta mediante el recurso de amparo constitucional (Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Honduras); c) el resto de experiencias que prevén una tutela indirecta del *habeas data* (Panamá, México, Uruguay y Salvador).

Entre las Constituciones latinoamericanas que consagran el principio de la libertad informática, me limito a recordar aquí la Constitución de la República Federal de Brasil (13) de 1999, cuyo artículo 5 apartado LXXII afirma que «se admite la acción del *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de información relativa a la persona del solicitante, resultando de registros o bancos de datos de entes gubernativos o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo mediante procedimiento secreto, judicial o administrativo». Así, merece la pena recordar el artículo 30 párrafo segundo de la Constitución de la República de Paraguay (14) (1992), que establece: «La ley asegura, con igualdad de oportunidades, el libre acceso a la utilización del espectro electromagnético, así como de los instrumentos electrónicos de acumulación y elaboración de información pública, sin

(12) Cfr. E. ROZO ACUNA: «Habeas Data *costituzionale*: nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2002, 1923 (*ivi*, en las notas de este escrito se recogen numerosas referencias bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales). Sobre el *habeas data*, véase también, A. E. PÉREZ LUÑO: «Intimidad y protección de datos personales: *del habeas corpus al habeas data*», en AA.VV.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, a cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, Madrid, 1992, págs. 36 y ss.

(13) Léase en el vol. *Le Costituzioni dell'America Latina*, vol. I: *I Paesi dell'area del Mercosur*, a cargo E. ROZO ACUNA y G. DONATI, Roma (ed. Senato della Repubblica), 2000, págs. 108 y ss. Véase también el artículo 5 párrafo XIV, donde se garantiza el acceso a la información y a la tutela del secreto de las fuentes, como parte fundamental del derecho de información y a la información. Para más detalle, v. E. ROZO ACUNA: *op. cit.*, págs. 1928-1930.

(14) Véase en el vol. *Le Costituzioni dell'America Latina*, Vol. I: *I Paesi dell'area del Mercosur*, *op. cit.*, págs. 372 y ss. También el artículo 33 para la tutela del derecho al secreto y el artículo 135 sobre los aspectos fundamentales del derecho-garantía constitucional de *habeas data*. Sobre este punto, v. E. ROZO ACUNA: *op. cit.*, págs. 1932-1933.

otros límites que los impuestos por los reglamentos internacionales y por las normas técnicas. Las autoridades deben proceder para que estos últimos elementos no sean utilizados para lesionar la intimidad personal o familiar y los otros derechos establecidos en esta Constitución». La Constitución, en el artículo 135, determina los elementos fundamentales del derecho constitucional de *habeas data* y por tanto, la facultad de todos de acceder a la información y a los datos personales que existen en los registros oficiales o privados de carácter público; además, el derecho a conocer las finalidades de la recopilación y el uso de los mismos. En definitiva, el derecho de la persona a solicitar por vía judicial la actualización, la rectificación o la cancelación, cuando las informaciones o los datos fueran erróneos o dañasen ilegítimamente sus derechos. Para concluir esta breve, pero necesaria, exposición sobre el derecho de libertad informática en la Constitución latinoamericana, añado un *flash* sobre la disciplina constitucional del *habeas data* en la reciente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). El artículo 28, en particular, dispone que todos tienen derecho de acceso a la información y a los datos, recogidos en los registros públicos o privados, que se refieran a la propia persona y sus bienes; el derecho informático comprende también la facultad de conocer el uso y la finalidad de los datos y de las informaciones recogidas (pudiendo el interesado dirigirse a los tribunales competentes), la actualización, la rectificación o la cancelación, si la información o los datos fueran erróneos, incompletos o lesivos de derechos (15).

En definitiva, regresando a Europa, y en particular, a la Europa constitucional que se está gestando, es necesario mencionar el principio de libertad informática incorporado en la Carta europea de Derechos fundamentales, aprobada en Niza en diciembre de 2000. Este texto aun careciendo de efectos jurídicos, sin embargo está influyendo en la interpretación de normas internas y principios constitucionales; en su artículo 8, dedicado a la *Protección de los datos de carácter personal*, se afirma que: «Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a su rectificación...» (16). También se puede

(15) Véase el texto constitucional venezolano en el vol. A. R. BREWER CARIAS: *La Constitución de 1999*, Caracas, 2000; v. También R. COMBELLAS: *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana*, Caracas, 2001.

(16) V. El artículo 8 de la Carta europea de Derechos Fundamentales con el comentario de F. DONATI en el vol. *L'Europa dei diritti*, a cargo de R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. CARTABIA, Bologna, 2001, págs. 83 y ss. Para las opiniones favorables que sostienen que la Carta euro-

señalar el artículo 11 de la misma Carta, donde al recogerse la libertad de expresión y la de información se establece que éstas serán ejercitadas sin injerencias de las autoridades públicas y «... *sin consideración de fronteras*». Una exigencia ésta, que resulta significativa también con objeto de amparar la libertad de comunicación vía Internet; si bien, sobre este punto sería oportuno que la propia Europa unida intentase dotarse de reglas comunes a los Estados miembros para asegurar a todos el uso libre de Internet, y por tanto, un derecho común de Internet no como vínculo a la libertad en la red, sino más bien como condición para su correcta expansión (17). El *slogan* «redes libres en el ciberespacio libre», aunque pueda resultar eficaz y concluyente, colisiona con un principio que los juristas conocemos bien: la libertad requiere siempre de un marco institucional que le permita protegerse de los ataques que sobre ella puedan recaer aun sin voluntad censoria.

4. INTERNET Y LIBERTAD (INFORMÁTICA) CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EE.UU. DE 1997

Regresemos ahora a nuestro tema e intentemos posicionarnos frente a los problemas interpretativos respecto a las libertades constitucionales confirmadas en los periodos históricos precedentes a la llegada de la tecnología informática, con particular referencia al fenómeno reciente de Internet. Existen buenos motivos para creer que las libertades constitucionales tradiciona-

peca de Derechos Fundamentales ejercita una influencia sobre la interpretación de las normas internas y de los principios constitucionales, cfr. *Las contribuciones aparecidas en el vol. I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cargo de G. F. FERRARI, Milano, 2001; por último, cfr. V. ZENO ZENOVICH: «Le basi costituzionali di un diritto privato europeo», en *Europa e diritto privato*, n. 1, 2003, págs. 19 y ss.

(17) Se recuerda el primer intento completo del Consejo de Europa con la resolución de 25 de septiembre de 1995; cfr. «Risoluzione dell'Assemblea parlamentare sulla democrazia informatica», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1, 1996, págs. 173 y ss. (*ivi*, la nota de R. SAPIENZA). Consúltese también la propuesta avanzada, en abril de 2003, por STEFANO RODOTÁ de aprobar una Constitución europea vía Internet; léase la noticia en la web: <http://assopvider.net/page-news-on-line.phtml?ID=147>. V. la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, causa C-101/01), que prevé que la inserción en una página web de datos personales por parte de una persona que se encuentra en un Estado miembro constituye un «tratamiento de datos personales total o parcialmente automatizado» en el sentido del artículo 3, n. 1, de la Directiva CE95/46, en cuyo ámbito de aplicación recae. Las disposiciones de la Directiva 95/46 no determinan, en cada caso, una limitación incompatible con la libertad de expresión, garantizada, entre otros, por el artículo 10 CEDU, pero corresponde a las autoridades y a los jueces nacionales hallar el equilibrio justo entre la libre circulación de datos personales, la protección de la vida privada y la libertad de expresión.

les se verían reforzadas si se adecuaban conceptualmente a las nuevas posiciones subjetivas implicadas en el nuevo escenario tecnológico, y de igual modo, si se apelase al ordenamiento europeo. Por tanto, el jurista no puede considerar suficiente para la comprensión de Internet el recurso a los instrumentos conceptuales tradicionales y debe, más bien, empeñarse en un esfuerzo reconstructivo, cuyas líneas maestras se encuentran en gran parte aún en fase preparativa (18). Ejemplar, por determinados aspectos, resulta el incidente jurisprudencial americano relativo al pronunciamiento del Tribunal Federal de Pennsylvania, primero, y del Tribunal Supremo, después, sobre la inconstitucionalidad de la ley que impedía las comunicaciones indecentes aparecidas en Internet. El caso es conocido, e incluso la doctrina italiana se ha ocupado ya del tema (19), si bien creo oportuno volver a recordarlo porque sugiere una serie de consideraciones significativas sobre Internet y las libertades constitucionales.

Paso a exponer los hechos brevemente. Ante el Tribunal de Pennsylvania fue impugnado, en 1996, el *Communications Decency Act* (Título V del *Telecommunications Act*, la ley de reforma de las telecomunicaciones aprobada por el Congreso en 1996), que regulaba los contenidos indecentes en Internet. El Tribunal declaró inconstitucional el *Communications Decency Act* porque contradecía la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (20), que afirma: «El Congreso no podrá elaborar ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarlas libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho de los ciudadanos a reunirse pacíficamente y de elevar peticiones al Gobierno para la reparación de agravios». El Tribunal Supremo, investido para el litigio, confirmó la decisión de los jueces federales de Pennsylvania y dictó sentencia, de 26 de junio de 1997, en la que venía a desarrollar una serie de

(18) Así, P. COSTANZO: «Internet (diritto pubblico)», *op. cit.*, pág. 349.

(19) V. ZENO ZENOVICH: «Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "internet"», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/5, 1996, págs. 640 y ss.; G. ZICCARDI: «La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti», en *Quaderni Costituzionali*, núm. , 1998, págs. 1233 y ss. Puede consultarse también sobre la vicisitud jurisprudencial americana en A. CERRI: «Telecomunicazioni e diritti fondamentali» y sobre todo, en P. COSTANZO: «Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet», ambos en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 1996, págs. 785 y ss. y 831 y ss. Véase también el amplio panorama que ofrece A. M. BERNINI: *Profili della comunicazione nel diritto comparato*, Padova, 2001, págs. 140 y ss.

(20) La sentencia del Tribunal federal de Pennsylvania se puede consultar en la dirección web: http://eff.org/pub/Censors-hip/Internet_censorship_bills/HTML/960612_actu_v_reno_decision.html; y se encuentra traducida al italiano en versión casi íntegra en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/5, 1996, págs. 604 y ss. (con nota de V. ZENO ZENOVICH: *op. cit.*).

importantes observaciones referentes a Internet, en general, y a las libertades constitucionales (21). No me referiré a las numerosas e importantes observaciones que se desarrollan en la sentencia sobre el significado y el papel de Internet «como medio de comunicación humana a nivel mundial único y absolutamente nuevo» (valga la siguiente referencia: «No es exagerado afirmar que el contenido de Internet es tan variado como el pensamiento del hombre»), así como sobre los sistemas para administrar Internet, especialmente, por cuanto concierne a las páginas *web* con contenido material sexualmente explícito; me centraré en el fondo de la decisión del Tribunal Supremo. Tras un razonamiento jurisprudencial, dialécticamente argumentado a través de algunos precedentes jurisprudenciales, se confirma la declaración de inconstitucionalidad de la ley por contradecir la Primera Enmienda de la Constitución, confirmando así la línea de libertad de expresión más que la relativa a la privacidad y al secreto de las comunicaciones, aunque también esta última se encuentra amparada constitucionalmente mediante la Enmienda XIV. Merece la pena recordar la afirmación con la que cierra la sentencia: «Los hechos probados demuestran que la expansión de Internet ha sido, y continúa siendo, impresionante. Es tradición de nuestra jurisprudencia constitucional presumir que, en ausencia de prueba en contrario, la regulación del contenido de la libertad de expresión es más probable que colisione con el libre intercambio de ideas, que lo incentive. El interés en impulsar la libertad de expresión en una sociedad democrática es superior a cualquier intento de protección de la censura, no demostrada.

Con referencia a la cuestión de Internet y las libertades constitucionales, emergen al menos dos observaciones. La primera: la sentencia examina el fenómeno Internet como problema constitucional evidenciando sus límites, pero sobre todo sus potencialidades para conseguir un aumento de las libertades, y por tanto, extrapola de la antigua Primera Enmienda de 1791 las formas de protección y garantía de la libertad de expresión en Internet. El mensaje que nos llega, entonces, es el de las extraordinarias capacidades hermenéuticas del texto constitucional, cuyos principios pueden adaptarse a todos los tiempos y todos los escenarios tecnológicos (*taking seriously principles*, se podría decir). De este modo, encuentra fundamento la tesis partidaria de adaptar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales, en vez de adecuar la Constitución a

(21) La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. se encuentra en la dirección: www.aclu.org y está traducida al italiano en *Foro Italiano*, Parte IV-2, 1998, págs. 23 y ss. (con nota de A. CUCINOTTA). Debe destacarse que la sentencia no ha sido adoptada por unanimidad, puesto que se incorpora la opinión discrepante del juez O'Connor y del *Chief Justice* Rehnquist, sean opiniones en parte adhesivas y en parte disconformes.

las nuevas tecnologías (22); y por consiguiente, de releer y reinterpretar las Constituciones a la luz del progreso tecnológico y de los efectos que éste produce en las sociedades contemporáneas. Pero préstese atención, y llego así a la segunda observación: el Tribunal Supremo, al utilizar la Primera Enmienda como parámetro de la constitucionalidad de las leyes limitativas de la libertad en Internet, la ha interpretado a la luz del siglo xx, esto es, haciéndola revivir y dándole un nuevo significado, que no es, ni puede ser, el originario. Por tanto, la Primera Enmienda de la Constitución americana en la edad tecnológica protege no sólo el derecho tradicional de libertad de expresión, sino también la libertad de palabra electrónica, la libertad de prensa electrónica, la libertad de reunión electrónica (23). En definitiva, la Primera Enmienda de la Constitución afirma y garantiza el derecho a la libertad informática, como nuevo derecho de libertad constitucional deducido de los tradicionales derechos y principios constitucionales, que son interpretados en el contexto de la sociedad tecnológica. Corresponde a los jueces, y particularmente a los constitucionales, la tarea de saber reinterpretar la vieja tradición constitucional a la luz del progreso tecnológico; por tanto, a ellos atañe la labor de saber ser «juristas en la sociedad tecnológica», implicados en el seno de ésta, «viniendo a habitar en el nuevo mundo de la edad de automatización y a convivir con los problemas jurídicos que origina. Esta nueva condición del jurista, que participa ya de las dos formas de actividad, la humana y la tecnológica, refleja la condición general del hombre de hoy» (24).

(22) Se recoge la sugestiva propuesta adelantada por L. TRIBE: *The Constitution in Cyberspace. First Conference on Computer, Freedom and Privacy*, que se encuentra en la siguiente dirección: www.io.com/SS/tribe.html, de introducir la enmienda vigésimo séptima a la Constitución, que debería prever que: «La protección garantizada por esta Constitución a la libertad de palabra y a la libertad de imprenta [...] debe ser interpretada en el sentido de que ésta sea siempre plenamente invocable independientemente del método tecnológico o del medio de comunicación mediante el cual el contenido de la información se genera, conserva, altera, transmite o controla». Sobre los problemas relativos a los derechos constitucionales en el ciberespacio, cfr. T. CUTRERA: «The Constitution in Cyberspace: the Fundamental Rights of Computers Users», en *University of Missouri Law Review*, n. 60, 1991. págs. 139 y ss.; M. WHLENW: «The Far Rights the Internet», en *The Governance of Cyberspace*, a cargo de LOADER, New York, 1997.

(23) Como afirma G. ZICCARDI: *op. cit.*, pág. 132, «los motivos son claros: en primer lugar, toda la actividad que se desarrolla en un sistema informático on line es sólo aquella para recopilar, organizar y distribuir el *electronic speech*, la palabra electrónica de los usuarios que utilizan el sistema y enviando un mensaje electrónico, *newsletter*, archivo de texto o documentos a otras personas. Esta actividad electrónica diaria ha sido calificada, desde hace tiempo, por el Tribunal Supremo y por otros Tribunales federales como *speech*, igual que la palabra tradicional o las publicaciones clásicas, protegidas, sin duda, por la Enmienda Primera». Sobre la aplicación de la Primera Enmienda a Internet, en la doctrina americana: K. M. SULLIVAN-G. GUNTHER: *Firs Amendment Law*, New York, 1999, págs. 453 y ss.

(24) V. FROSINI: «The lawyer in technological society», en *European journal of law*,

La Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada servirá como precedente judicial para la resolución de los futuros casos concernientes a las relaciones entre Internet y las libertades constitucionales, que aparecerán cada vez más frecuentemente. Como por ejemplo la sentencia de 16 de abril de 2002, en la cual el Tribunal Supremo ha declarado la inconstitucionalidad del *Child Pornography Prevention Act* (CPPA de 1996) por lesionar la libertad de expresión de los ciudadanos (25). El problema puede sintetizarse del siguiente modo: el CCPA prohibía la posesión y distribución de material pornográfico infantil, incluso las imágenes que representasen «niños virtuales»; bien vídeos o fotos de adultos que, mediante la utilización de medios informáticos, aparecían representados como niños; pues bien, faltando una implicación real de los menores en la producción del material pornográfico, la prohibición se presenta injustificada y, por tanto, sujeta a juicio de constitucionalidad por vulnerar la Enmienda Primera de la Constitución.

Quisiera también citar otro caso particular, al que ha seguido una decisión judicial del Tribunal de Apelación de California, que se distingue por la solución adoptada. En efecto, los jueces californianos aplicaron el delito de *trespass on chattel* en relación con un sujeto que había enviado mensajes *e-mail* a la cuenta de correo electrónico de los dependientes de una empresa (entre 8.000 y 35.000 personas), con el fin de avisarles de las prácticas laborales aplicadas por la empresa, por discriminatorias y ofensivas para las personas. Los jueces californianos consideraron que con el envío de *e-mails* se había vulnerado y dañado la propiedad privada, en la medida en que la cuenta de correo electrónico pertenecía al *server* interno de la empresa (26). La

philosophy and computer science, vols. I-II, 1998, pág. 294 (tr. it.: «Il giurista nella società tecnologica», en *Sociologia del diritto*, n. 3, 1995, pág. 6, después incluido en el vol. *id.*, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, 2.ª ed., Roma, ed. Bulzoni, 2000, pág. 10). Sobre el mismo tema, v. también, *id.*, *Il giurista nella società dell'informazione*, Prolusione al primer curso de perfeccionamiento en informática jurídica de la Universidad de Catania en 2000, ahora publicada en el número especial dedicado a «Vittorio Frosini giurista-informatico. Una raccolta di scritti (1973-2000)», de la revista *Informatica e diritto*, n. 2, 2001, págs. 193-207.

(25) Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., de 16 de abril de 2002, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, que puede consultarse en la dirección: <http://laws.findlaw.com/us/000/00-795.html>. Sobre esta decisión, y sobre otra también del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002 (*Ashcroft v. American Civil Liberties Union*): <http://laws.findlaw.com/us/0000/00-1293.html> también sobre libertad de expresión y material pornográfico en Internet, donde el Tribunal, sin embargo, ha retrotraído el procedimiento para un nuevo examen por el Tribunal de Apelación. Véase el comentario de L. CAPUZZI: «La Corte Suprema degli Stati Uniti tra tutela della libertà di espressione e difesa dei minori», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003 (en prensa).

(26) La cuestión que ha originado la causa judicial y la consiguiente decisión de los jueces del Tribunal de Apelación de California se encuentra ahora —of course...— en Internet, en la dirección web: [www.eff.org/Cases/Intel v Hamidi](http://www.eff.org/Cases/Intel%20v%20Hamidi), o también en www.intelhamidi.com

solución judicial adoptada podría acarrear la consecuencia de considerar sancionable como *trespass on chattel*, cualquier aplicación colocada en Internet, desde el momento en que con ello se provoca la emisión de señales electrónicas, que en la mayoría de los casos acceden a las estructuras informáticas privadas. Parece claro entonces que la prohibición de enviar mensajes electrónicos no solicitados, en la medida en que se esté en desacuerdo con su contenido, implicaría introducir una potencial limitación del ejercicio general de la libertad de expresión en Internet (27). Así pues, también en estos supuestos se debería tratar de encontrar protección bajo la cobertura de la Primera Enmienda de la Constitución, en nombre del principio del pluralismo estadounidense basada en el *marketplace ideas*.

5. LA LIBERTAD INFORMÁTICA: SE CONSTITUCIONALIZA O SE DEDUCE CONSTITUCIONALMENTE

La solución adoptada por el Tribunal Supremo, antes mencionada, ¿podría ser acogida por los Tribunales Constitucionales europeos? La interpretación de la Primera Enmienda ¿constituye una peculiaridad de la experiencia jurídica americana, o más bien, puede asumirse como modelo de decisión jurisprudencial frente a los nuevos problemas derivados de Internet? Planteado en estos términos es difícil ofrecer una respuesta clara, puesto que debería tenerse en cuenta al menos las numerosas y sustanciales diferencias existentes entre las técnicas de decisión del Tribunal americano y las de los Tribunales europeos (28), así como debería tenerse presente también la dife-

(Hamidi es el nombre del exdependiente de Intel, una empresa americana que produce procesadores de ordenador, autor del envío de los *e-mails* que han desencadenado el contencioso judicial). La sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo de California, que hasta el momento no se ha pronunciado.

(27) Así, A. DE PETRIS: *Internet e libertà di espressione —una relazione pericolosa?*, puede consultarse en la dirección web: www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti. Para una visión general de los problemas, cfr. N. LUGARESÍ: *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000.

(28) Partiendo de la decisión de la jurisprudencia estadounidense, A. CERRI: *op. cit.*, pág. 799, ha sostenido que «en nuestro sistema la cuestión terminaría siendo valorada no sólo desde la óptica del conflicto entre derechos, sino desde el punto de vista del equilibrio entre valores; e incluso, siendo la libertad de manifestación de pensamiento reconducible a un valor superior, difícilmente se pasaría por alto la consecuencia de que cada límite relativo debería inspirarse en el criterio rigurosos del *minimo mezzo*; y que, por tanto, estaría injustificado un límite más extenso que el necesario para salvaguardar una exigencia del mismo nivel». Por lo que se refiere a los Tribunales europeos, debe recordarse aquí, sobre el tema de Internet y las libertades, la decisión del *Conseil constitutionnel* francés n. 96-378 de 23 de julio de 1996 sobre la configuración de una disciplina general de acceso a Internet.

rente formulación de las normas constitucionales (29). Pues bien, queremos trazar aquí otra línea de derecho constitucional comparado. Quisiera poder considerar la sentencia del Tribunal Supremo, por así decirlo, *a rime obligate*, en cuanto muestra que, frente al nuevo escenario de la tecnología informática y su impacto sobre las libertades tradicionales del ciudadano, el juez constitucional debe saber recuperar las libertades constitucionales actualizándolas a través de la vía interpretativa y situándolas en el prisma del derecho de la libertad informática. Este nuevo derecho de libertad, aun no estando constitucionalizado explícitamente como en América Latina y en algunas Constituciones recientes anteriormente mencionadas, debe encontrar su legitimación constitucional a través del método hermenéutico y el argumento por principios, ambos caracterizadores de la actividad de la justicia constitucional y que la sitúan como factor de renovación de los constitucionalismos contemporáneos (30).

Por consiguiente, quisiera concluir este punto con una consideración de síntesis. La unión entre las tecnologías informáticas y las libertades constitucionales ha generado el nuevo derecho de libertad informática, cuyo despegar jurídico he señalado anteriormente. Por tanto, hay que considerar la li-

(29) En particular, con referencia al pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley que regulaba los contenidos indocentes en Internet, se ha afirmado, por V. ZENO ZENCOVICH: *op. cit.*, pág. 642, que «no sólo la interpretación de la Primera Enmienda es peculiar en la experiencia jurídica americana, [mientras en la experiencia jurídica europea en cambio] existen disposiciones expresas constitucionales e internacionales que excluyen la obscenidad del campo de protección de la manifestación de pensamiento: léase el apartado cuarto de nuestro artículo 21 o el apartado segundo del artículo 10 de la Convención europea de derechos humanos». Pero incluso con referencia al artículo 21 de la Constitución italiana, hay que reconocer que esta norma constitucional está «mal preparada» en su formulación frente a las nuevas tecnologías, así como se muestra «mal preparada» frente al sistema radiotelevisivo y, por tanto, debe ser interpretada para adecuarse y hacer frente a la problemática derivada de las nuevas formas de información automatizadas; como así ha ocurrido para la materia radiotelevisiva, con la mediación de la jurisprudencia constitucional y el legislador. En particular, admitido, *rebus sic stantibus*, que «la comunicación en Internet es susceptible de incluirse plenamente en el paradigma del artículo 21 de la Constitución, viniendo a disfrutar de la garantía prevista, bien para el mensaje, o bien para el medio» [P. COSTANZO: «Internet (diritto pubblico)», *op. cit.*, pág. 357]; admitido esto, produce cierta perplejidad la idea de que una posible ley limitativa de las comunicaciones contraría a las buenas costumbres aparecidas en Internet puedan ser declaradas constitucionalmente legítimas en el sentido del artículo 21.6 de la Constitución.

(30) Sobre esta cuestión, compleja y por tanto imposible de sintetizar aquí, debe recordarse la posición del juez del Tribunal Supremo de EE.UU., Antonin Scalia, según el cual la Constitución sería interpretada de modo que reflejase el propósito originario y no las aspiraciones de nuestro tiempo: cfr. A. SCALIA: *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*, Princeton, 1997, págs. . Sobre la metodología interpretativa del Tribunal Supremo de los EE.UU., v. R. F. NAGEL: *Judicial Power and American Character*, Oxford, 1994.

bertad informática como una libertad constitucional, que puede deducirse constitucionalmente, bien derivándola y haciéndola emerger de los principios constitucionales a través del trámite efectuado los Tribunales Constitucionales, o bien puede ser constitucionalizada, y en consecuencia, reconocida y determinada en el articulado de la Constitución, como así ha ocurrido en numerosas Cartas Constitucionales aprobadas recientemente en Europa y en el continente latinoamericano.

6. TECNOPOLÍTICA Y LIBERTADES CONSTITUCIONALES

La libertad informática no se agota, sin embargo, en la (renovada) dimensión de las comunicaciones y de la información. Esta comprende también la libertad política y la organización institucional. En efecto, es evidente como la tecnología se emplea para modificar las disposiciones institucionales establecidas y como el proceso democrático se ve profundamente influenciado por el modo en que circula la información, incluso la disponibilidad de ésta por parte de todos los ciudadanos aparece como un prerequisite de este proceso. La libre circulación de información puede producir la formación de una conciencia civil y política, percibida como un llamamiento, no circunstancial, a los intereses y a la capacidad de juicio de cada ciudadano, que sería partícipe de un circuito comunitario de información y de responsabilidad.

La democracia en el siglo XXI se presenta de forma distinta a la de los siglos precedentes; cambia el significado de la representación y de la soberanía, muestra una nueva democracia de masas, que rompe el cerco cerrado de las élites del poder, obligando, por así decirlo, a los representantes de la voluntad popular a descender a la *piazza telematica* y a enfrentarse directamente con los representantes en las nuevas formas asumidas por la tecnopolítica (31). La nueva democracia ha recibido ya diversas denominaciones: democracia «electrónica» (pero este término define el instrumento y no el agente), «virtual» (en este caso la indicación política resulta debilitada), «continua» (por su carácter de referéndum perenne), o bien, «nueva demo-

(31) Sobre esta cuestión, v. S. RODOTÁ: *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997; *id.*, «Libertà, opportunità, democrazia e informazione», en *Internet e Privacy: quali regole?*, Actas del Congreso organizado por el *Garante per la protezione dei dati personali*, Roma, 1998, págs. 12 y ss., que, con referencia a Internet, la define como «una forma que la democracia puede asumir, es una oportunidad para reforzar la declinante participación política. Es un modo para modificar los procesos de decisión política», pág. 15.

cracia de masas» (con referencia a la antigua democracia directa) (32). Ésta ha recibido valoraciones contrapuestas, agrupándose sus intérpretes en dos grupos, uno de defensores y otro de detractores, divididos en torno a la respuesta a la cuestión de fondo, que puede ser formulada del siguiente modo: el impacto político de las tecnologías informáticas sobre aquellos frágiles sistemas complejos que son las democracias contemporáneas ¿favorecería la construcción de un *agorà* o de un totalitarismo electrónico? (33). La dialéctica de los jueces sobre las nuevas formas de democracia se basa, sin embargo, en un presupuesto común de discusión: la superación de la actual democracia de tipo representativo-parlamentario (34).

También la denominada democracia electoral, basada en el mecanismo del voto (35), está sufriendo ya transformaciones como consecuencia del desarrollo tecnológico de las sociedades contemporáneas. Por el momento, las transformaciones afectan esencialmente a las técnicas de votación, o al modo de votación. La papeleta electoral, papel sobre el cual se añade la elección política individual, está próxima a ser abandonada. En Estados Unidos, y recientemente también en Brasil (36), el denominado voto electrónico se encuentra en fase de experimentación, al preverse el ejercicio del voto a través del *computer*. En vez de hacer una señal con el lápiz en la

(32) Para las distintas definiciones mencionadas, v. en el siguiente orden: L. K. GROSSMAN: *The Electronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York, 1995; L. SCHEER: *La democrazia virtuale*, tr. it. Genova, 1997; AA.VV., *La démocratie continue*, bajo la dirección de D. ROUSSEAU, Paris-Bruxelles, 1995; V. FROSINI: *La democrazia nel XXI secolo*, Roma, 1997 (*id.*, «La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa», en *Telèma*, n. 14, 1998, págs. 105 y ss.).

(33) Así, A. DI GIOVINE: «Democrazia elettronica: alcune riflessioni», en *Diritto e società*, n. 3, 1995, págs. 399 y ss., que examina también el impacto que puede tener en un sistema democrático los sondeos y la televisión (sobre este último aspecto, son numerosos los estudios dedicados: v. F. C. AETERTON: *Video Politics*, Lexington, 1984).

(34) V. I. BUDGE: *The new Challenge of Direct Democracy*, Cambridge (UK), 1996, sostiene que el nuevo reto de la democracia directa provee a los ciudadanos de instrumentos informativos y formativos para una participación consciente en la vida política de la comunidad a la que pertenece y llevará a revitalizar los organismos representativos. Sobre la cuestión de la superación de los métodos tradiciones representativo-parlamentarios, v. la propuesta de B. ACKERMAN: *La nuova separazione dei poteri*, tr. it., Roma, 2003 (sobre éste véase mi recensión crítica en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003, págs. 886-888). En general, sobre la relación entre el sistema representativo y la incidencia sobre éstos por parte de la tecnología, v. L. CUOCOLO: «Democrazia rappresentativa e sviluppo tecnologico», en *Rassegna Parlamentare*, n. 4, 2001, págs. 959 y ss.

(35) Sobre la cuestión, consiéntaseme remiir a lo escrito y argumentado en T. E. FROSINI: *Le votazioni*, Roma-Bari, 2002.

(36) V. la crónica periodística de F. COLASANTI: «In Brasile si vota al computer, a Roma con la matita», en *Il Sole 24 ore*, de 24 de mayo de 2002.

papeleta electoral, se podrá presionar la tecla de un ordenador, en cuya pantalla se reproduzca la elección electoral electrónica, y se exprese el voto individual y la preferencia política. Esta técnica de votación, que se presenta simple para realizar en el caso del voto para el referéndum debiendo elegir sólo entre un sí o un no, permitiría tener los resultados electorales en un tiempo muy breve, una vez cerrada la votación, y evitaría cálculos y escrutinios fatigosos, siempre sujetos al riesgo del fraude electoral.

Pero los escenarios futuros de la democracia electoral no se detienen en el voto electrónico. En efecto, se podría prever el voto a través del propio *home computer* (37), o incluso mediante el televisor con la ayuda del mando a distancia. Ciertamente, esta técnica de votación «casalinga» sí, de una parte, reduce el abstencionismo (y los gastos electorales), de otra, sin embargo, impediría la fijación de toda una serie de garantías (también de carácter técnico) para la salvaguardia de la libertad de voto. También, y probablemente sobre todo, en la época de la *política tecnológica y globalizada* permanece un valor constitucional que hay que proteger celosamente; pero frente al futuro debemos mostrarnos optimistas y participar en un progreso renovado de la sociedad. Entonces, bienvenida sea la nueva democracia tecnológica del siglo XXI basada en la libre iniciativa individual, en la responsabilidad del ciudadano como persona, en su facultad de elección y decisión. El voto individual pasa a ser protegido y potenciado en su posición telemática, que elimina la manipulación, los errores y los fraudes de los sistemas de papel, que permite una posibilidad de elección con el voto separado, o alternativo, o de reserva que puede controlarse o calcularse con la ayuda de los ordenadores. Es una democracia no delegante, sino participativa que manifiesta una nueva forma de libertad dirigida desde la participación del ciudadano en la vida de la colectividad, interviniendo en el poder político. Nace así una «república libre de la información automatizada [que] equivale, por su funcionalidad de comunicación y por tanto de sugerencia, de revelaciones, de acuerdos y de delegaciones, a una nueva forma democrática de sociedad, que instaura las condiciones técnicas para el ejercicio práctico de un régimen político de las democracias de masa» (38).

(37) En las últimas elecciones presidenciales americanas de 2000, el partido democrático de Arizona ha confiado las primarias al voto *online*, dando la posibilidad a los electores de expresar su preferencia por los candidatos también a través de Internet. La organización de la disputa electoral *online* ha sido confiada para su gestión a un *sito* que se encarga de democracia y voto electrónico, *www.electio.com*. Sobre la polémica que ha originado también una decisión judicial favorable al uso del voto *online*, véase lo manifestado por G. PADULA: «Via libera al voto *online* negli Stati Uniti», en *La Stampa* de 3 de marzo de 2000.

(38) Así, V. FROSINI: *La democrazia nel XXI secolo*, *op. cit.*, pág. 33.

