

EL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN GLOBAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO PRIVADO DIGITAL

*The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the Context of Global
Constitutionalization of the Digital Private Legal Regime*

Juan Alberto Castañeda Méndez¹

Fecha de Recepción: 25 de noviembre de 2015

Fecha de Aceptación: 2 de diciembre de 2015

SUMARIO: 1. *Introito*; 2. *Luces sociológicas-sistémicas en contextos*; 3. *La ecuación de la eficacia de los derechos fundamentales*; 3.1 *La contaminación de libertades como el porqué de la ecuación*; 3.2. *La responsabilidad del sujeto como síntoma de legitimar la eficacia*; 4. *Presupuestos para la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la ecuación*; 4.1. *La flexibilidad de la positividad y lo ordinativo*; 4.2. *Los presupuestos: validez y legitimidad de los derechos fundamentales en red*; 4.2.1. *La validez de los derechos fundamentales*; 4.2.2. *La legitimidad de los derechos fundamentales: un estado constitucional cooperativo*; 5. *Constitucionalización del régimen jurídico privado*; 6. *Un corolario provisional*; 7. *Referencias Bibliográficas*.

¹ Abogado por la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo. Presidente del Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades "Apex Iuris". Socio fundador de la consultora jurídica Íncpius Sac. Maestría en Pos grado de Derecho. Egresado del Diplomado de Derecho Constitucional – UNT. Egresado del Curso de Teoría de Principios de la PUCP y del curso de Constitucionalismo Crítico en la UNMSM. Correos: castanedamendezjuanalberto@gmail.com, instituto.apexiuris@gmail.com.

COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)

Castañeda Méndez, Juan Alberto (2016). El efecto horizontal de los derechos fundamentales en el contexto de constitucionalización global del régimen jurídico privado digital. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, VIII (15), pág 29-47.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por tesis central el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización global del régimen jurídico privado digital. Para tal efecto se ha empleado un diseño de corte transaccional y la técnica de análisis dual de contenidos. El principal resultado es la eficacia de la horizontalidad, expresada en su validez y legitimidad en Internet (uno de los fragmentos globales). La conclusión, a manera de un corolario provisional, plantea que en el reconocimiento de los derechos en ámbitos privados se debe pensar en la fuerza normativa que tienen estos por su naturaleza intrínseca, independientemente de la Constitución de un Estado.

PALABRAS CLAVES

Derechos fundamentales, efecto horizontal, Internet, globalización y sociedad.

ABSTRACT

The present work has as its central thesis the recognition of the horizontal effectiveness of the fundamental rights in the process of constitutionalization of the global digital private legal regime. For this purpose it has been used a transactional cut design and the technique of dual analysis of contents. The main result is the effectiveness of the horizontality expressed by their validity and legitimacy on the Internet (one of the Fragments global). The conclusion, presented as a provisional corollary, propose that in the recognition of the rights in private areas, it should be thought in the normative force that those have by its intrinsic nature, regardless of the Constitution of a State.

KEYWORDS

Fundamental rights, horizontal effect, Internet, globalization and society.

1. INTROITO

La era de la modernidad líquida, nuestra modernidad, ha permitido que seamos nosotros los protagonistas de la *Generación Net*, grupo poblacional que habiendo sido educado alrededor de medios digitales y, por su propia espontaneidad, han propiciado transformaciones culturales en la manera y posibilidad de relacionarnos. Estos son tiempos donde los gestos de amabilidad se traducen al lenguaje de los vínculos tecnológicos (por ejemplo, ¿qué significa “:v” o el *like*?). El interés por la imagen antes que la palabra (videocracia), la comunicación inmediata antes que la reflexión, la preferencia del sentimiento casual frente al pensamiento abstracto, la sustitución del libro en la mano por el móvil o la Tablet: en términos de Bauman vivimos tiempos de estructuras sociales diluidas, estructuras diluidas que antaño unían al individuo con la sociedad y a los poderes del Estado² Bajo este contexto y frente a la crisis de instituciones democráticas, las migraciones como síntoma de desconfianza en el sistema democrático, la fragmentación global del poder y las implicancias de la deslegitimidad del Estado-Nación, el Derecho se ve empujado a repensar sus dinámicas y presupuestos.

La liquidez del quehacer diario nos permite observar la superposición de las redes sociales sobre la comunidad. Añadimos y eliminamos amistades sin el requerimiento de tener habilidades sociales, nos manifestamos de manera evidente detrás de una pantalla y hacemos activismo de sofá para convocar a marchas o manifestaciones. El apoyo a estas marchas como un síntoma de solidaridad explosiva, sin embargo no quiere decir que seamos solidarios entre individuos por un fin común. Vivimos en zonas de confort sin atender al horizonte de nuestros derechos fundamentales. Somos nosotros “*los que disponemos de nuestros ámbitos fundamentales propios*” (Sosa Sacio, 2008, pag.35) en espacios donde nadie es territorialmente independiente y más bien se es inseguro y poco libre.

Asimismo cabe cuestionarse sobre la función del Estado en tiempos globales, puesto que se pretende responder de manera local a problemas mundiales, problemas que como ya se mencionó, no son estáticos sino líquidos. Una muestra clara es la naturaleza de los mercados de hoy en día, los cuales han pasado de ser mercados competitivos a ser colaborativos. A lo largo del presente trabajo se analizará el lenguaje líquido en tiempos de constitucionalismo global lo que no es más que el estudio sobre los derechos fundamentales en términos de un constitucionalismo antropocéntrico o también denominado constitucionalismo global, constitucionalismo internacional o democracia global.

En tal sentido, el tema de los derechos fundamentales es de transcendencia para la arquitectura constitucional democrática en términos de globalización, a tal punto que el Constitucionalismo no está indemne de las *interconexiones o el surgimiento de sectores sociales globalizados*. Negar lo anterior sería ocultar el carácter poliedro del

² Véase Bauman, Z. (2013). *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de cultura económica.

problema que trae consigo una sociedad que navega sobre una justicia fragmentada e “hiperinflacionada” de derechos. Mucho más si es dentro del marco de alteraciones tecnológicas que se ha organizado, de manera seria, la explicación y dinámica de los ordenamientos jurídicos *soberanos*. Por estas razones, el presente trabajo desarrollará la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación del Régimen jurídico. Para ello se reflexiona sobre la oposición entre matriz anónima o procesos de comunicación anónima (Internet) Vs el individuo concreto³, bajo el marco de un constitucionalismo global. Estas ideas se abordarán necesariamente desde la perspectiva de la teoría sistémica de Gunther Teubner, principalmente desde su ponencia registrada en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N° 39 (2005) bajo la denominación “Sociedad global - justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales privados”. También se utilizarán aportes de la filosofía del Derecho y categorías constitucionales y convencionales.

Para cumplir los objetivos expuestos se parte de los siguientes presupuestos: la *validez y la legitimidad* de la eficacia de los derechos fundamentales en el régimen jurídico privado⁴. Con esta afirmación se pretende- quizás de forma irresponsable- redimensionar el constitucionalismo dado, en tanto que aquellos derechos y libertades (derechos subjetivos titulares) que controlan o limitan el poder político (Estado) también son operativos frente al poder privado que ostentan los fragmentos (Internet) de manera *comunicacional anónima*. No es interés de esta investigación debatir sobre la positivización constitucional de la doctrina del *Drittwirkung frente a privados*⁵, puesto que se podría recaer en una obviedad al preguntarnos ¿qué y quién no está sometido a una constitución o al respeto de los derechos y libertades?⁶ El tema no radica en la concepción de particulares como personas sino en la presentación de un proceso anónimo de comunicación o matriz anónima vs el individuo. Deberá pensarse entonces en cómo materializar o al menos otorgar cierto grado de legitimidad a la obligatoriedad y las permisiones que nacen de los derechos fundamentales como “*mandatos de optimización*” en y frente a Internet. Debe partirse inevitablemente de la concepción del derecho como orden racional constituido desde las prácticas sociales existentes y la forma como nuestra vida se afectaría si este queda relegado e incapaz frente a dinámicas nuevas e imperantes.

³ Antes que la eficacia entre terceros, “persona vs persona”.

⁴ Entiéndase que, al ser los protagonistas de internet sujetos de derechos privado recae también sobre ellos la eficacia de los derechos fundamentales.

⁵ Esta doctrina se puede inferir de diversas Cartas Fundamentales como la portuguesa (Art 18.1), española (art 9.1), chilena (Art. 6.2), entre otros. Para más información sobre esta, véase Palominos, R. U. (2005). Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte*. Repositorio académico de la Universidad de Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107648>

⁶ No hay que olvidar que no fue desde el Constitucionalismo que se asumió e inició la protección de los derechos entre particulares. Ya existían formas y mecanismos preexistentes.

2. LUCES SOCIOLOGICAS - SISTÉMICAS EN CONTEXTOS DE SOCIEDAD.

“El ciudadano siente la necesidad de un Derecho que no sea ineficaz, ni enloquecido; de un Derecho que, en medio de los cambios sociales, refleje lo que él tiene de permanente e intangible en la regulación de la convivencia”

*Alvares - Cienfuegos Suarez*⁷

Es innegable que el avance y el desarrollo de las nuevas tecnologías y la irrupción de la *web 2.0* han facilitado la aparición de nuevas realidades, naciones o comunidades que no tienen autoridades políticas que las gobierne. La convivencia y el respeto de los derechos de los demás son los puntos básicos y fuerza centrípeta del Derecho, más si se tiene en cuenta que estos derechos asumen relevancia en los distintos ámbitos en donde los ciudadanos se desarrollan. Es por esto que los derechos fundamentales merecen una especial atención, en tanto que “así como hemos llegado a la acción civil podemos regresar a nuestra propia deshumanización” (Monroy Galvez, 1996). Esto explica que los *corsi e ricorsi*⁸ marquen la pauta hoy de los ordenamientos jurídicos constitucionales, teniendo suma importancia en uno de los fragmentos globales, la Internet. En ella se aplica cada vez que el ejercicio de la libertad y la autonomía privada implique asumir obligaciones, sea como mandatos o permisiones, derivados de los derechos fundamentales en calidad de derecho vivo. En tal sentido, cabe indicar que reflexionar sobre los derechos fundamentales en Internet en tiempos globales es advertir que “si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el Derecho” (Dworkin, 1984).

Una de las formas de tomar con seriedad el derecho es comprender que Internet existe y es real. El régimen jurídico privado es punto clave para comprender 1. la eficacia de los derechos fundamentales en Internet como derechos de defensa antes que de protección y 2. en qué sociedad los derechos están coexistiendo. Para tal propósito se puede recurrir al enfoque ofrecido por la teoría de los sistemas, que busca dar respuesta a la complejidad y a la contingencia existentes en la sociedad moderna, apartándose de varias premisas que hasta ese momento los sociólogos defendían en todo o en parte, explícita o implícitamente, tales como:

a) La sociedad está compuesta de seres humanos y las relaciones que surgen entre ellos, b) la sociedad está constituida, o al menos integrada, por consensos entre los seres humanos, metas y objetivos comunes, c) las sociedades son unidades regional y territorialmente delimitadas, d) las sociedades pueden ser observadas desde el exterior como un grupo de personas o territorios (Luhmann, 2006, pag. 11-12).

⁷ Véase Bravo, A. A. S. (1998). *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea* (Vol. 75). Universidad de Sevilla, p. 29

⁸ Es una expresión Italiana basada en la Teoría del acontecer histórico del filósofo de la historia Giambattista Vico. Plantea que la historia es recurrente o se desarrolla por ciclos que comprenden avances y retrocesos. A través de dicho término se explica que si hablamos de derechos, básicamente se alude a las conquistas de los mismos. Por largos años se ha obviado que el origen y reconocimiento de los derechos responde a factores de la dimensión humana más no a cuestiones justificativas políticas. La desatención de este postulado deviene en la deshumanización para la resolución de nuestros conflictos y el establecimiento de justicia correspondida.

Ahora bien si se trata de entender el funcionamiento del enfoque planteado es importante preguntarnos ¿qué es la sociedad? Se presenta la siguiente postura:

ser un proceso de atribuciones sociales, atribuciones de comunicación. La sociedad como sistema social es la suma de todas las comunicaciones. Luhmann plantea un concepto de sociedad mundial o sociedad del mundo el cual no está delimitado por fronteras regionales o nacionales sino que sus límites están definidos – al igual que los otros sistemas - por el sentido (Rodríguez Mansilla y Torres Nafarrete , 2007).

Esta idea sencilla pero a su vez compleja de Niklas Luhmann ha sido comprendida en el derecho por Gunther Teubner quien es el máximo exponente en lo referido a la aplicación de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos⁹ al sistema jurídico. Teubner realiza una lectura de la realidad jurídica moderna en términos Luhmanianos.

Bajo la perspectiva descrita la sociedad global que vivimos es una sociedad fragmentada, es decir, una sociedad con diversas racionalidades, lo que en suma cuenta se denominaría globalización. Sin embargo esta fragmentación, lejos de ser un proceso unitario y uniforme, tiene por característica su independencia del sistema político y actúa, según sus constituciones supraestructurales, a velocidades distintas y de forma asimétrica. Como resultado se tiene un poder Estatal dividido en buena medida por su propia incapacidad para solucionar los problemas que trae consigo una sociedad global: una sociedad con constituciones civiles emergentes que ha permitido la fragmentación del Derecho y un desarrollo paralelo y superpuesto de sectores sociales autónomos o “aldeas globales” o regímenes jurídicos privados (Internet) o fragmentos del Derecho global. Todos estos sectores cuentan con capacidad de producción jurídica y una estructura funcional diferenciada de manera social, sin perjuicio de otorgar validez al RJP desde la interlegalidad o compatibilización normativa que posibilite su Constitucionalización o atención a la eficacia normativa de los derechos fundamentales. Cabe decir que no únicamente están vinculados por poderes estatales sino también por poderes privados o terceros. Si bien es cierto que la globalización¹⁰ y sus efectos en el Derecho son múltiples, no debe malinterpretarse – de acuerdo con Teubner - como aquella tendencia hacia

⁹ El derecho es un sistema social autopoietico que se comprende como:

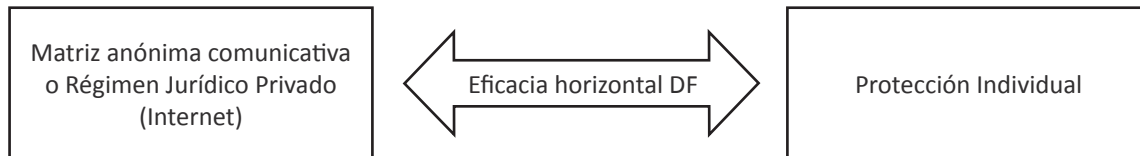
una red de operaciones elementales que recursivamente reproducen operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones no normas. [...] El Derecho como sistema social autopoietico no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la autoreproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. El Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas (Teubner, 2002, 34)

¹⁰ La globalización o mundialización como se le conoce en Europa ha sido estudiada por diferentes investigadores como Cardona (2008), Bell (1998), Carbonell (2007), Kline (2003) , Santos (2002) y otros. Entre estas conceptualizaciones se puede destacar su caracterización como proceso complejo, interdependiente, intercambios sobre barreras, desterritorialización, reterritorialización espacial, fenómenos asimétricos de concentración económica y confrontación entre la homogenización y la diferenciación. Se trata de un nuevo ordenamiento, donde no sólo los Estados son sujetos del derecho internacional, sino también los pueblos y los individuos. A esto complementa Rodríguez (1999) y Berman (2015), que existen otros actores tales como las empresas transnacionales y los organismos no gubernamentales que generan una sociedad heterogénea, ajena al control territorial y político del Estado. Es en tal sentido, que la soberanía desde una perspectiva política debe ser redimensionada.

un sistema legal unificado. Sí debe tenerse en cuenta, como uno de sus efectos, que el Derecho ha dejado de ser producido a través de discursos políticos y democráticos que influyen el funcionamiento interno del sistema jurídico.¹¹

3. LA ECUACIÓN DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La ecuación – siguiendo a Teubner - es la siguiente:



Esta ecuación merece ciertas acotaciones en tanto a su porqué como ecuación legítima.

3.1 LA CONTAMINACIÓN DE LIBERTADES COMO EL PORQUÉ DE LA ECUACIÓN.

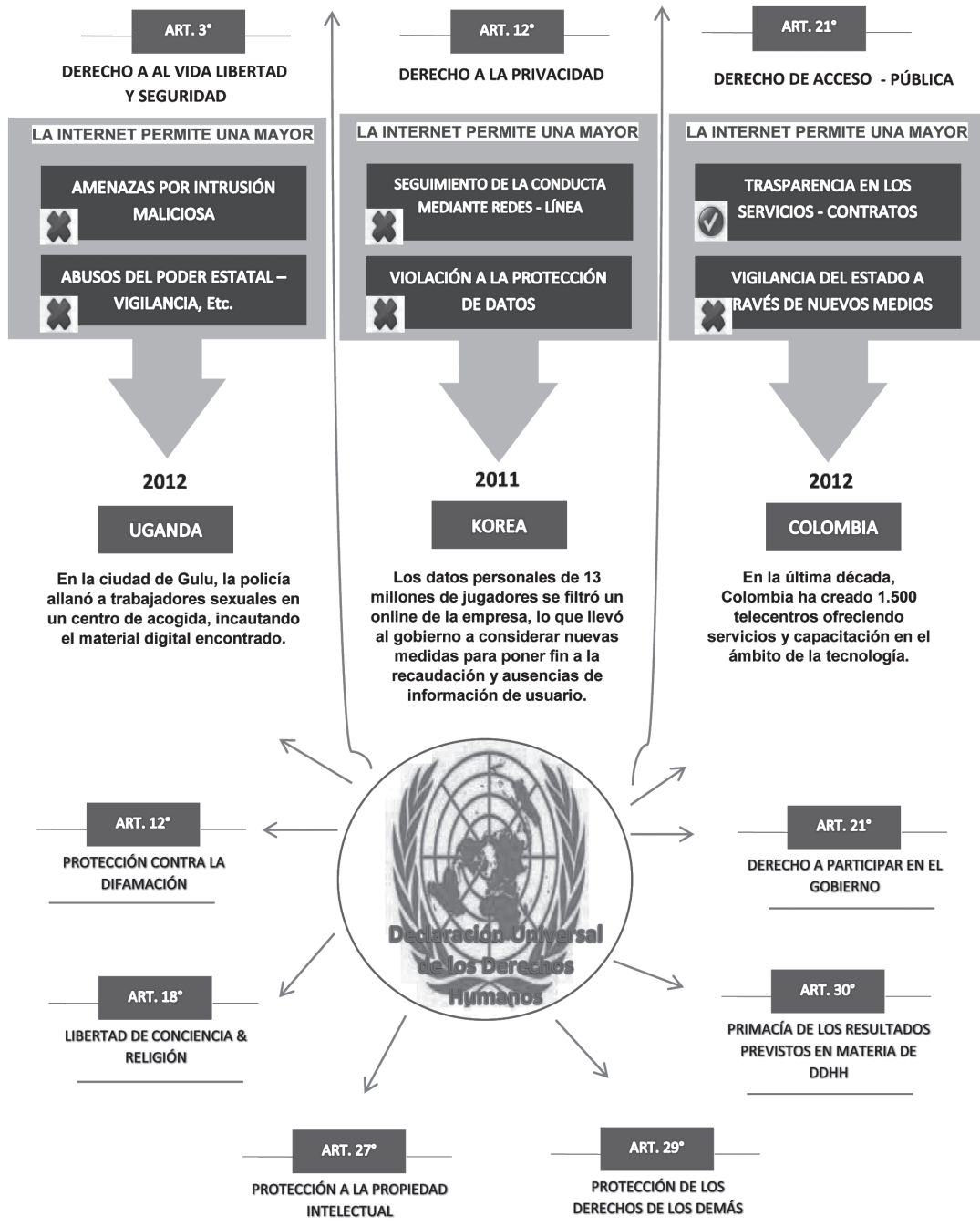
Para un idóneo planteamiento de la ecuación - que nos propicia o alcanza Teubner -debemos comprender ciertos puntos que merecen atención: los mecanismo jurídicos sirven de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, cuando éstos responden a su acontecer histórico, y sirven como instrumentos de tutela de los derechos. Es necesario comprender las libertades y los derechos que observan al ser humano de una manera totalizante, debido a que nuestra sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas éticos, jurídicos, políticos e informáticos. Por eso, hay que captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales.

La relación entre informática y Derecho está presente de forma constante en las ferias tecnológicas que abren nuevas proyecciones informáticas al Derecho, o innovan bienes informáticos que requieren nuevos procedimientos de tutela jurídica, o dan a conocer dispositivos que condenan el anacronismo los medios de protección jurídica anteriormente existentes. Por esto no se puede desmerecer que “la estrategia reivindicativa de los derechos fundamentales se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática” (Pérez Luño, 2015, pag. 64). De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades”, que básicamente es un término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales

¹¹ Regímenes autónomos no estatales necesariamente producen un colapso de la clásica jerarquía normativa, la cual es ocupado por la división centro/periferia propia del derecho global. Mientras que el centro del sistema jurídico está ocupado por los tribunales y su aplicación del derecho nacional/internacional, estos regímenes se establecen así mismo en las periferias del derecho, y cuentan con una multiplicidad de mecanismos legislativos como los contratos estandarizados, los acuerdos de asociaciones profesionales, la estandarización técnica y científica, entre otros (Teubner, 2005).

ante determinados usos de las nuevas tecnologías. A tal efecto cabe enfatizar a manera de preámbulo del siguiente acápite que el Internet implica aquel riesgo de un efecto multiplicador de los atentados contra los derechos e interés jurídico. Veamos:





3.2. LA RESPONSABILIDAD DEL SUJETO COMO SÍNTOMA DE LEGITIMAR LA EFICACIA.

La eficacia de los derechos fundamentales importa en buena medida en relación al protagonismo de los sujetos que participamos en determinados regímenes jurídicos privados, ya que la exigencia de la no vulneración de derechos por un determinado régimen es causa tanto de su anonimato como también debido a la permisión de su obrar:

Internet no es una tecnología que nos haya sido impuesta y ante la cual solo podamos reaccionar de dos maneras: aceptarla tal cual es o evitarla por completo. De hecho, tenemos más poder para influir en este entorno que el que nunca hemos llegado a tener para influir en la televisión o en el teléfono, porque somos al mismo tiempo sus creadores, sus productores y sus usuarios (Wallace, 2001).

Somos nosotros los que causamos perjuicios o beneficios y somos nosotros los que asumimos responsabilidades por nuestras acciones vertidas en las redes sociales “online”. Bien ya se enunció en un momento histórico de los Estados Unidos, en “Cass Sunstein”, donde los redactores de la Constitución de Norteamérica se reunieron a puerta cerrada en Filadelfia, en el verano de 1787. Cuando concluyeron su trabajo, el pueblo congregado ante la sede de la sala de convenciones se hallaba expectante e impaciente. Cuando Benjamín Franklin salió del edificio, una de las personas que estaba expectante le preguntó *¿qué vais a darnos?*, la respuesta de Franklin fue “*Una República, si sabeis conservarla*” (Pérez Luño, 2016, 119). El comentario o respuesta de Benjamín nos incita a considerar que las Nuevas Tecnologías constituyen un inmenso cauce de desarrollo de la condición humana, en sus diversas esferas. Pero a su vez también implica una serie de riesgos y amenazas para la libertad, que nunca antes se había presentado, por lo que la decisión sobre los impactos presentes y futuros de las redes sociales “online” en la esfera de las libertades, corresponde a los ciudadanos de las sociedades democráticas. Es una responsabilidad de la cual no se debe abdicar.

4. PRESUPUESTOS PARA LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PRIVADOS

4.1. LA FLEXIBILIDAD DE LA POSITIVIDAD Y LO ORDINATIVO

El positivismo jurídico se ha convertido hoy en día en un acto fe¹² Ante esta fe podemos destacar tres posturas de contestación: **a)** una postura *fundamentalista*, graficada por el “*positivismo excluyente*” Sujeta a la defensa por Joseph Raz sobre la imposibilidad de que existan elementos materiales para la identificación del Derecho en la regla del reconocimiento Hartiana **b)** una postura *compatibilizada*, graficada esta vez por el “*positivismo incluyente*”, que puede entenderse perfectamente en lo que Hart precisó sobre los contenidos materiales en el Derecho **c)** una *postura integrista*, que busca “cómo debería ser el Derecho” basándose en la legitimidad de los profetas positivistas como

¹² Veáse: (MELERO DE LA TORRE, 2012).

Hobbes, Bentham y Austin. Se postula el positivismo como una teoría normativa antes que descriptiva. Esto ha conllevado a condenar al positivismo de no tener una doctrina unida o coherente en donde es posible hablar de la existencia de un *positivismo metodológico*, que separa conceptualmente el Derecho y la moral, un *positivismo teórico*, que busca el mejoramiento formal del Derecho y un *positivismo ideológico*, que tal cual régimen político busca la obediencia al Derecho. En resumidas cuentas, “*la crisis del positivismo jurídico es la crisis del discurso de la Teoría del Derecho*” (García Figueroa, 2009).

Ahora bien, resulta ser una paradoja que el positivista H.L.A. Hart, a quien se le atribuye la teoría positivista sofisticada, sea a su vez el rebelde contra la idea del imperativismo Austiniano, siendo quizás el único - desde dicha trinchera - que enfatizó su atención en el fenómeno de la aceptación y la importancia de la dimensión interna de las normas. Esta paradoja (mensaje) afirma que los teóricos del Derecho no deberían desatender el aspecto interno de las normas y la relevancia de su aceptación. Imaginemos, ¿qué sucedería si una norma es inaceptable por el ser humano debido a su no razonabilidad práctica? Si una norma pretende ser operativa (razonable), debido a su dimensión justificatoria ha de permitir inferencias prácticas, de lo contrario devendría en una norma inoperante. Si los derechos fundamentales, indistintamente en los cuerpos normativos donde reposen, se encuentran distantes de la dimensión práctica, se recaería únicamente en un conceptualismo puro, haciendo del Derecho – y reduciéndolo aún más - a un conjunto de mandatos llenos de supuestos de hechos y consecuencias, con el solemne respaldo de la coacción estatal. Se posibilitaría el hecho de que “la tutela de los derechos humanos esté al servicio y disposición de una sola mano, del poder para el poder” (Peces-Barba, 1984). Si bien es cierto la afirmación de Bobbio de que vivimos “*tiempos de los derechos*” (Bobbio, 1991), ello no implica necesariamente que exista tal garantía o seguridad con las cuales podamos convivir. Incluso hoy pueden persistir gobiernos que instrumentalicen los derechos en aras de justificar actos que respondan a intereses individuales antes a valores universales. Es, en tal sentido, que si atendemos al origen de la racionalidad de los subsistemas existentes, rendiremos cuenta que el Derecho no es una mera decisión impositiva desde una norma sino que se constituye como un acto ordinativo de la realidad mediante la razón jurídica. Por otro lado, “la clave de la juridicidad no está en la existencia de un mandato político, sino en la regulación de esos bienes y en su interpretación constante a la luz de los diferentes contextos” (Viola y Zaccaria, 2001) Incluso el positivismo jurídico más reciente defiende un concepto flexible de la positivización, superadora del mero imperativismo.

4.2. LOS PRESUPUESTOS: VALIDEZ, Y LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RED

Es dudoso decir que no existe un derecho propio del ciberespacio¹³ Al contrario, existen problemas jurídicos a causa de las peculiaridades de Internet, por ejemplo, la

¹³ Es una visión exagerada afirmar que el auténtico elemento normativo del internauta sea es el conjunto de protocolos y programas que componen la Red, dado que el desarrollo informático por naturaleza es predeterminado y en gran medida es influenciado por colosales empresas y gobiernos “intencionados”.

vulneración del derecho a la intimidad. Estos problemas ocurren por falta de una idónea fundamentación de la eficacia normativa para la vigencia de - en este caso - de los derechos fundamentales. Y es justamente bajo dicha forma que se erige la necesidad de otorgar fundamentos que presupongan la exigencia del reconocimiento, respeto y fomento de los derechos fundamentales en Internet en tanto su validez y legitimidad.

4.2.1. La validez de los Derechos fundamentales

El hombre no está constituido únicamente de músculos y huesos sino también de sueños, proyectos, aspiraciones o de toda posibilidad para desarrollarse ejerciendo sus deberes y derechos. Es el deseo de todos convivir en un Estado que los permita, defina y ejerza. Aquel hombre coexiste igualmente con la amplia carretera de la información, pudiéndose advertir claramente que “el Internet está teniendo más conversos hoy día que cualquier partido político y que cualquier iglesia, con excepción posible del Islam, hasta tal punto que hablamos, en tiempo actual, de la info-adicción” (Bunge, 2009). Ahora bien, para postular por la validez debemos preguntarnos ¿se puede controlar a Internet? En tanto que se organiza a sí mismo mediante un conjunto complejo de reglas que están en permanente cambio, diríamos que no. Si es posible su control no sería a causa de la rapidez con que los cambios se producen constantemente. Y de ahí que nos apartamos de la idea de Teubner y Ladeur sobre la postura de una “autorregulación regulada”¹⁴, la coexistencia de la autorregulación del régimen jurídico privado bajo la supervisión – en cierto modo - por el Estado. Sin embargo, antes que atender al concepto divisional¹⁵ y con mayor énfasis al concepto ecológico, cabe indicar que la validez de los derechos en el Internet tiene lugar en razón de la naturaleza del Derecho, que se adopta y comprende de manera objetiva y práctica. Esta naturaleza se instaure como una racionalidad jurídica aceptada por los participantes en la práctica, conforme a los bienes y fines que están en juego en tal situación, aunque no hayan sido recogidas en la legislación política. De esto se colige que la validez de los derechos fundamentales como presupuesto de eficacia se encuentra en la propia autorregulación que tiene Internet y no a partir de “la colaboración de normas y principios procedentes de ámbitos variados” (Muñoz Machado, 2000).

El hecho de que el Derecho vivo en internet obedece a su propia lógica de convivencia no quiere decir que se desconozca todo tipo de derechos a razón de su estructura. Dostoievski en su obra *Los hermanos Karamazov* (1880) afirma que “si no existe Dios todo está permitido”. En ese mismo sentido ¿si no existiera la exigencia de obligación y permisión de los derechos fundamentales en Internet, todo estaría permitido? Probablemente sí y no calificaría, por tanto, como un tipo de sistema de gobierno “válido” Si bien es cierto

¹⁴ Expresión atribuida a Hoffmann-Riem, W.

¹⁵ “la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en sectores privados, repartiendo los recursos sociales - poder, riqueza, saber - según el modelo de la justicia distributiva o comunitativa. O bien la prolongación del modelo distributivo Estado - Ciudadanos, o bien el reparto de los recursos según el modelo comunitativo: los derechos fundamentales como los derechos subjetivos de las partes sociales enfrentadas” (Teubner, 2005).

que Internet no tiene la estructura de un típico Estado, la validez de los derechos se da en el sujeto de acuerdo al tipo de Estado, no como asunto que dependa de la economía ni de la religión sino más bien de su estructura natural y universal como mandatos óptimos de carácter vinculante, tanto para los individuos entre sí como frente a los poderes privados que lo violentan. Bajo dichas premisas, y atendiendo al “concepto ecológico” de Teubner, la superación de la desigualdad nos permite admitir dos demandas de suma importancia para hablar de validez de los derechos fundamentales en Internet: “1. la autolimitación y hetero-limitación de sus tendencias expansivas y 2. equilibrio sensible entre su racionalidad intrínseca y las demandas de su ambiente humano, social y natural” (2002).

Sobre lo primero podemos indicar que la validez, en términos de eficacia de los derechos fundamentales, también tiene que ver tanto con su configuración como limitante a los propósitos de Internet como con la propia autorregulación de ejercicio de cada usuario, puesto que Internet no es únicamente el sujeto pasivo sino también los usuarios. Respecto a lo segundo podemos indicar que la atención al mencionado límite permite el entendimiento necesario de la comunicación entre la racionalidad o el propio dinamismo del régimen privado con la fuerza normativa de los derechos fundamentales que tutela el ser humano en tanto sus contextos de desarrollo. Es en tal sentido que la validez se podría asumir en tanto los “derechos fundamentales no son una reacción a problemas de distribución de la sociedad, sino una respuesta a los problemas de sensibilidad ecológica de la comunicación que trasciende a la sociedad” (Teubner, 2002) En resumidas cuentas, la validez de los derechos fundamentales se debe a su propia independencia de los lazos religiosos, económicos y políticos. Adquiere, por tanto, espacios de autonomía como garantía de la libertad de comunicación y, a su vez, como garantía de autonomía (integridad psicofísica) de la persona.

4.2.2. La legitimidad de los derechos fundamentales: Un Estado Constitucional Cooperativo

Un presupuesto inicial consiste en afirmar que los objetivos o fines del Estado Constitucional son “crear espacios de inclusión y armonización de los intereses contrapuestos presentes en una sociedad, así, como garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos” (Perez Barriga, 2013). En tal sentido, las líneas esgrimidas responden a un modelo estatal acorde con el concepto de desarrollo de libertades analizado por Amartya Sen, quien indica que “el crecimiento y desarrollo económico no puede estar medido únicamente por el incremento del Producto Nacional Bruto o el aumento en las rentas personales, sino que deben incluirse otros factores determinantes que influyen en los grados o capacidad de libertad que tienen los miembros de una comunidad” (2000, pag. 3). Factores como son las instituciones sociales, instituciones económicas y el disfrute de los derechos.

Es así que la legitimidad de los derechos fundamentales funciona siempre y cuando el Estado sea consciente de sus propias exigencias y transformaciones. Sobre lo último, es

innegable que el proceso de globalización ha impulsado el cambio de un sistema “estado céntrico” a un “estado difuminado”, en razón de las relaciones complejas en torno a su dinamismo y su participación en diversos planos. Si bien el Estado-Nación continúa siendo el actor fundamental en este nuevo sistema global, la novedad es que ya no puede ser pensado ni como actor hegemónico del sistema de relaciones internacionales ni mucho menos como único representante de los intereses y las necesidades de sus sociedades. Esto conlleva necesariamente a una clara erosión de la legitimidad y la gobernabilidad democrática. Entonces ¿cómo puede hallarse la legitimidad de los derechos cuando se tiene un debilitado Estado ante el ascenso de fragmentos globales? Lo más probable es que la legitimidad de los derechos fundamentales, en tanto sea eficaz, radique en contar con un Estado Constitucional Cooperativo, del cual nos habla Peter Haberle en *Pluralismo y Constitución* (2002).

Vale destacar y hacer algunas precisiones. Para que los derechos fundamentales tengan eficacia entre los particulares es necesario que estos derechos sean legítimos en tanto exista: un Estado de apertura a vinculaciones internacionales, el reconocimiento de los derechos en diversos planos aun cuando éstos no se encuentren positivizados y un constitucionalismo activo como reflexivo ante los cambios vertiginosos, de manera que se puedan cautelar los derechos frente a los fragmentos que los vulneran de manera estructural. Son bajo estas características que pueden de cierta manera se puede legitimar la existencia, defensa, fomento y prohibición de los derechos fundamentales en el régimen jurídico privado digital.

5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO PRIVADO

Vivimos en tiempos donde el Estado es permeable y no hermético frente a los compromisos políticos y las instancias internacionales. Sin embargo, el poder Estatal está fragmentado en buena medida por su propia incapacidad para solucionar los problemas que trae consigo una sociedad global. Una sociedad con constituciones civiles emergentes ha permitido la fragmentación del Derecho. Esto es, el desarrollo paralelo y superpuesto de sectores sociales autónomos o “aldeas globales” o regímenes jurídicos privados o fragmentos del Derecho global, los cuales tienen capacidad de producción jurídica y una estructura funcional diferenciada de manera social. Estas realidades cuestionan, entonces, la constitucionalización limitada a la comunidad política y la creación del Derecho basado en las fuentes clásicas del Derecho Internacional público. Para dar respuesta a estos desafíos hemos llegado a planter la validez global de dichos regímenes y la postulación de una interlegalidad o compatibilización normativa que resulte ser la constitucionalización de dichos fragmentos a escala global, en aras del efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Todo conflicto constitucional tiene que revisar la estructura de los derechos fundamentales que habita en la fragmentación del Derecho global o en los regímenes jurídicos privados.

Y uno de los fragmentos más latentes. la constitución civil más espontánea y organizada, es la *lex digitalis*, denominada también constitución digital, la cual merece una nueva lógica informática al momento de interpretar los derechos fundamentales, atendiendo siempre a su régimen jurídico privado. En tal sentido, la constitucionalización del régimen jurídico privado parte desde el reconocimiento de los agentes no estatales como sujetos de derecho, vale decir a aquellos que se encuentran vinculados por los mandatos o permisiones que emergen de los derechos fundamentales. La idea de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implica únicamente la afirmación de la posición clásica jurídica fundamental frente a instituciones políticas o poderes públicos. Abarca también los fragmentos globales que surgen bajo su propia constitución civil y estructura de ejercicio y desarrollo funcional. Recuérdese que la idea de la constitucionalización del RJP se da a razón de los diversos subsistemas autónomos de la sociedad mundial, como vendría a denominar Teubner, por el “cúmulo de Constituciones civiles”, pero sobre todo por la vigencia de los derechos fundamentales en el ciberespacio.

Podemos observar desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de los derechos fundamentales de manera institucional (teoría constitucional de la sociología de sistemas) que el papel histórico de la constitución, con respecto a los derechos fundamentales, no se agota en someter a normas la organización estatal y en proteger posiciones jurídicas individuales. Consiste, principalmente, bajo términos primarios, en asegurar la multiplicidad de la diferenciación social frente a tendencias de dominación. De ahí que se asuma la importancia funcional de las constituciones en contextos de fragmentos globales, tanto por su legitimidad (institucionalidad social) y su eficacia (institucionalidad de auto - restricciones al ejercicio). Siguiendo a Teubner:

la relación problemática entre juridificación y constitucionalización hoy ya no puede quedar limitada sólo a las comunidades políticas. La famosa proposición de Grocio “ubi societas ibi ius” debe reformularse bajo las condiciones de diferenciación funcional del mundo en el sentido de que donde quiera que se desarrollan sectores sociales autónomos, simultáneamente se configuran mecanismos autónomos de producción jurídica que se hallan en una distancia relativa hacia la política (Teubner, 2005).

Son en dichos espacios de autonomía donde la eficacia de los derechos fundamentales ha de ser considerada como política y exigencia de cumplimiento dentro de la regulación estructural-funcional de sus actividades. Esto se debe a que la consideración formal y material es posible cuando el concepto de constitución es desligado de ciertos elementos característicos del sistema político (Estado). Esto de por sí ya es sumamente delicado pero necesario en contextos globales que avanzan relegando a las instituciones jurídico-constitucionales, que se van quedando frente a los “códigos” y “cruces de información”. La concepción jurisprudencial de las cortes constitucionales sobre la “buena costumbre”, “buena fe”, entre otras figuras relacionadas al respeto del orden público tiene asidero constitucional y relación dialógica (en el sentido de Habermas) con los derechos fundamentales en el fragmento global, que constituye la Internet. Este asunto tiene

cabida puesto que el racionamiento formal habido en dichos conceptos pertenecientes a cada ordenamiento constitucional no puede ser comprendido ni juzgado, si su baremo de medición se guía bajo una estructura “ficticia” o ajena a la constitución civil que rige en cada fragmento global. En otras palabras, vale decir que si se apuesta por una real eficacia de los derechos fundamentales, en ámbitos que necesariamente crean derecho material desde su autoconfiguración y autorregulación, lo más sensato sería asumir que estos tienen una dimensión dinámica que responde a la autonomía de los privados, en tanto ser pasivo de obligaciones y permisiones, indistintamente de la regulación política constitucional que tenga el Estado. En palabras de Teubner (2005), “los estándares de derechos fundamentales específicos de cada régimen no sólo son necesarios por razones de colisiones de derechos fundamentales entre las constituciones nacionales, sino, con carácter aún más fundamental, por la propia racionalidad y propia dinámica del régimen correspondiente” y es justamente por los estándares de los derechos fundamentales que su eficacia se debe a su validez y legitimidad en la plataforma de Internet. Todo lo anterior depende, por supuesto, de que la estructura de la Internet responda de manera solvente a la racionalidad obrante del régimen como a su dinámica o de lo contrario seguirán existiendo derechos fundamentales no eficaces bajo las flechas opuestas del incremento de derecho y sus conflictos formales fuera de Internet. Esto tiene sentido en la medida que los estándares tecnológicos globales tienen controles jurídicos distintos, es decir, nuevos criterios de control y de procedimiento, en atención a las condiciones que obran en el régimen específico.

Podemos apreciar en Internet la anterior naturaleza jurídica, en referencia al elemento normativo digital que es el “código”, preguntándonos si ¿los derechos fundamentales son comprendidos en la específica regulación del “código”? ¿Se posibilita, a través del código, la validez y legitimidad de los efectos de los derechos fundamentales? Bajo dicho esquema, tenemos una relación entre el “Código” y Derecho de tal forma que “el código coloca el orden normativo del espacio simbólico internet sobre una base completamente nueva, ya que la conducta de los participantes en la red no es regulada por mandatos de comportamiento de las normas jurídicas apoyados en sanciones, sino por la coacciones electrónicas de los protocolos de red” (Teubner, 2005). Resulta importante comprender esto último, en su justa dimensión, para el tema en análisis, ya que la eficacia de los derechos fundamentales, al no estar estos bajo el imperio de la Ley, es decir bajo un Estado de Derecho o dentro del marco de un derecho tradicional - que asume y tiene por estructura clásica la separación institucional- tiende a ser contextualizada, por tanto redimensionada a la concepción de la doctrina del *Drittwirkung*. Ocurre este desvío en tanto que la digitalización tiene una dinámica de poderes fusionados antes que divididos, teniendo de manera unísona tanto la creación, aplicación y ejecución del Derecho. Es el Derecho el que permite una real dimensión o espacio de autonomía individual e institucional, lo que permite desarrollar y establecer, dentro los protocolos de red , el límite que fije la eficacia de los derechos fundamentales desde sus presupuestos.

6. COLORARIO PROVISIONAL

El presente tema, no puede asumir conclusiones tanto de propuesta terminada o una filosofía jurídica correctamente planteada, por lo que, como parte final del presente trabajo cabe enunciar que, asumiendo el reconocimiento de los derechos en ámbitos privados, se debe pensar que estos tiene por sí una fuerza normativa independientemente de la Constitución de un Estado. Asimismo, es menester entender que el Derecho se debilita si se le concibe como una decisión únicamente impositiva a través de la norma. De ahí que se exige constituirlo como un acto ordinativo de la realidad fortalecida mediante la razón jurídica. Finalmente, para garantizar la validez de los derechos fundamentales en Internet es necesario tener en cuenta la limitación de sus tendencias expansivas y el equilibrio sensible entre su racionalidad intrínseca y las demandas de su ambiente humano, social y natural, en un contexto de autonomía de la libertad y de protección a la libertad de comunicación. Es en este límite mismo que reposa la validez y legitimidad de los derechos fundamentales en el propio régimen jurídico privado.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló Regla, J. (2011). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. *Doxa* N° 34, 61, 55-71.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2009). Dejemos atrás el positivismo jurídico: para una teoría pospositivista del derecho. *Temis*.
- Bauman, Z. (2013). *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de cultura económica.
- Cardona, O. B. (2008). *Globalización y desmedro de la soberanía de los Estados periféricos: el impacto de los males globales*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, Fac. de Investigaciones.
- Bell, U. (1998). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós.
- Berman, P. (2015). *Columbia Journal of Trnsnational Law*. Recuperado de: http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23/
- Bravo, A. A. S. (1998). *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea* (Vol. 75). Universidad de Sevilla.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Fundación Sistema.

- Bunge, M. (2009). Vigencia de la Filosofía. Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Carbonell, M. y Vásquez, R. (2007). La Globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (1984). Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2001). Los Derechos fundamentales en la teoría del Derecho. En L. Ferrajoli, Los Fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- Kline, C. (2003). Cultura y Globalización. Bogotá: Politécnico Gran colombiano.
- Luhmann, N. (2006). La sociedad de la sociedad. México: Herder.
- Monroy Gálvez, J. (1996). Introducción al Proceso Civil. Lima: THEMIS.
- Muñoz Machado, S. (2000). La regulación de la red. Poder y derecho en Internet. Madrid: Taurus.
- Palominos, R. U. (2005). Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte. Repositorio académico de la Universidad de Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107648>
- Pérez Barriga., M. L. (2013). El rol de Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pérez Luño, A. E. (2015). Tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada. ISEGORIA. Recuperado de: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/521/521>
- _____. (2016). INTERNET Y LOS DERECHOS HUMANOS. Recuperado de: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2550/b15616630.pdf?sequence=1>
- Rodríguez Mansilla, D. y Torres Navarrete, J. (2007). Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. México: Herder.
- Rodríguez, G. (1999). Derecho Internacional y globalización. *Isonomía* (11), 23-32.
- Santos, B. D. (2002). La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá. : Universidad Nacional - ILSA.
- Sen, A. (2000). Desarrollo y Libertad. Barcelona: Planeta S.A.

Sosa Sacio, J. M. (2008). Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales. *Dialogo con la Jurisprudencia* (114), 35-44.

Teubner, G. (2002). El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho* (25), 551-552.

_____. (2005). Derecho y justicia en una sociedad global. Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Recuperado de: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42854319/sociedad_global.pdf

_____. (2005). El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Villatoro, L. (1998). Estado plural, pluralidad de culturas. México: Paidós.

VIOLA, F. y Zaccaria, G. (2001). *Diritto e interpretazioni. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza.

Wallace, P. (2001). *La Psicología de Internet*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A.