

**UNA EVALUACIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN GENÉRICA  
DE LOS DERECHOS HUMANOS DIGITALES<sup>1</sup>**

Jorge Crego<sup>2</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

La digitalización de las sociedades contemporáneas y el dominio del discurso de los derechos humanos son dos fenómenos que caracterizan el presente. Términos como «sociedad de la información» se emplean para describir las sociedades actuales<sup>3</sup>. Pese a que se discute hasta qué punto la sociedad de la información resulta de una continuidad o una ruptura con el pasado, existe cierto consenso en que la información, lo digital o el ciberespacio tienen una importancia sustancial en la actualidad. A su vez, la idea de los derechos humanos ha sido situada como uno de los discursos dominantes de nuestro tiempo<sup>4</sup>, en ocasiones denominado «el tiempo de los derechos»<sup>5</sup>.

El discurso de los derechos humanos ha entrado de lleno en la discusión acerca de las tecnologías digitales<sup>6</sup>. Entre estas, el «ciberespacio» ha sido caracterizado como una «idea relevante para los derechos humanos»<sup>7</sup>. Algunos autores afirman que «el ciberespacio constituye el más importante reto que los derechos y libertades han de

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> Profesor Ayudante Doctor. Universidade da Coruña.

<sup>3</sup> WEBSTER, Frank, *Theories of the Information Society*, 4.<sup>a</sup> ed., Abingdon, Routledge, 2014.

<sup>4</sup> *Vid., e. g.*, BEITZ, Charles R., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009; CRUFT, Rowan, LIAO, S. Matthew y RENZO, Massimo, «The Philosophical Foundations of Human Rights. An Overview», en Rowan Cruft, S. Matthew Liao y Massimo Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 1-41.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

<sup>6</sup> KARPPINEN, Kari, «Human rights and the digital», en Howard Tumber y Silvio Waisbord (eds.), *The Routledge Companion to Media and Human Rights*, Londres, Nueva York, Routledge, 2017, pp. 95-103.

<sup>7</sup> FIDLER, David P., «Cyberspace and human rights», en Nicholas Tsagourias y Russell Buchan (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 130-151.

afrontar en el mundo de hoy»<sup>8</sup>. Aunque tal afirmación pueda resultar exagerada, no es descabellado considerar que los desafíos prácticos y teóricos que el ciberespacio plantea a los derechos humanos merecen una reflexión atenta. Una de las cuestiones más discutidas en este ámbito es la relativa a la existencia o necesidad de unos derechos humanos digitales que protejan a las personas en el ciberespacio.

En la teoría de los derechos humanos, la discusión fundamental se refiere al modo en que los derechos humanos se plasman en el ciberespacio. Acerca de esta cuestión es posible distinguir dos posiciones generales. La primera se ha identificado como el paradigma de la «equivalencia normativa»<sup>9</sup>, que se puede resumir en la afirmación de que «los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben estar protegidos en Internet»<sup>10</sup>. La idea es que los derechos humanos son los mismos en el ciberespacio que en cualquier otro ámbito, por lo que la enumeración de derechos humanos ya consagrada y su justificación son suficientes. El paradigma de los nuevos derechos humanos digitales<sup>11</sup>, por contra, afirma que ciertas características específicas del ciberespacio exigen la identificación de nuevos derechos que se distinguen esencialmente de los derechos humanos preexistentes.

El objetivo del presente trabajo es investigar la fundamentación de la necesidad de nuevos derechos humanos para el ciberespacio. Se defenderá que en la base de esta posición se encuentra de forma más o menos explícita la idea de que el ciberespacio es un «espacio» con unas características particulares que justifican la necesidad de nuevos derechos humanos. Entre esas características particulares destacan la descentralización y la desterritorialización, que impiden que los catálogos de derechos preexistentes protejan debidamente a los individuos en el ciberespacio. La solución pasaría por ampliar el catálogo de derechos humanos, incluyendo nuevos derechos digitales.

Habitualmente, la propuesta de identificación de nuevos derechos humanos para el ciberespacio se presenta en el marco de un «catálogo» de derechos digitales de naturaleza homogénea. En ocasiones, se sostiene incluso que este conjunto de derechos digitales formaría una nueva generación de derechos<sup>12</sup>. Estos catálogos incorporan tanto

<sup>8</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 40.

<sup>9</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline) World as We Know It: from Human Rights to Digital Human Rights – a Proposed Typology», *Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper*, 32-1249-1282 (2021).

<sup>10</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*, 16 de julio de 2012, A/HRC/RES/20/8. Se emplea una traducción propia del inglés, el documento original aprobado por el Consejo de Derechos Humanos. La traducción ofrecida por las Naciones Unidas es la siguiente: «los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet».

<sup>11</sup> En el texto, en ocasiones, se empleará el término «derechos digitales» por abreviar. En cualquier caso, este término habrá de entenderse referido a los nuevos derechos humanos digitales.

<sup>12</sup> *Vid., e.g.*, BUSTAMANTE, Javier, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica», *CTS+ I: Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología,*

reinterpretaciones radicales de viejos derechos como identificaciones de «genuinos» nuevos derechos<sup>13</sup>.

La tesis de este trabajo es que la propuesta de ampliación del catálogo de derechos es inadecuada para resolver los retos derivados de la descentralización y la desterritorialización existente en el ciberespacio. La propuesta de derechos digitales descansa en dos premisas: (i) que el catálogo preexistente no protege debidamente a los individuos en el ciberespacio y (ii) que un nuevo catálogo resuelve las insuficiencias. Este trabajo se centra en la evaluación de la segunda premisa y defiende que la descentralización y la desterritorialización plantean problemas que no se pueden resolver con la incorporación de nuevos derechos al catálogo, sino con una reformulación de la concepción dominante de los derechos humanos dirigida, sobre todo, a considerar los servicios de intermediación como portadores de deberes en materia de derechos humanos. Lo que está en cuestión es la idea de que los estados son los únicos responsables en materia de derechos humanos. Además, se argumentará que la descentralización y la desterritorialización no son fenómenos exclusivos del ciberespacio. Por ello, enfocar estos problemas como asuntos del ámbito digital exclusivamente impide aprovechar las discusiones teóricas desarrolladas fuera del ámbito del ciberespacio.

Para el objeto de este trabajo, se entenderá por «derechos humanos» aquellos derechos morales que se han de atribuir a todo ser humano por el mero hecho de serlo<sup>14</sup> y que reflejan «normas de alta prioridad»<sup>15</sup>. El presente estudio no valorará la necesidad

---

*Sociedad e innovación*, 1-3 (2001), pp. 1-24; RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos Humanos: los Derechos Digitales», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 25-1 (2014), pp. 15-45; RALLO LOMBARTE, Artemi, «Una nueva generación de derechos digitales», *Revista de estudios políticos*, 187 (2020), pp. 101-135; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución de los derechos digitales*, Chile, Olejnik, 2021.

<sup>13</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>14</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Malden, Blackwell Publishing, 2007, p. 68; GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 2. Beitz ofrece una crítica a este modo de entender los derechos humanos; *vid.* BEITZ, Charles R., *The Idea of...*, *op. cit.*, pp. 48-72.

<sup>15</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, p. 23. El presente trabajo parte de una concepción normativa de los derechos humanos porque otras concepciones harían irrelevante la pregunta por la existencia de nuevos derechos digitales; *vid.*, DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1258. Una posición escéptica respondería que no existen nuevos derechos humanos para el ciberespacio porque no existen los derechos humanos. Una posición sociológica, que toma como criterio de la existencia de derechos humanos lo que recogen los ordenamientos estatales y el derecho internacional es incapaz de ofrecer una respuesta a preguntas sobre el deber ser de los derechos humanos; *vid.*, e. g., SCHULZ, William F. y RAMAN, Sushma, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 2020, pp. 17-19. Aunque algunos autores en ocasiones privilegian el concepto «derechos fundamentales», generalmente lo hacen de tal modo que estos últimos se refieren al menos a un cierto grupo de derechos humanos: los derechos humanos positivizados en una constitución; *vid.*, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 19. Por ello, a los efectos del presente estudio, no parece incorrecto tratar la idea de «derechos humanos» y de «derechos fundamentales» como similares, aprovechando los argumentos empleados con respecto a ambas ideas.

de crear nuevas normas para regular las relaciones sociales y las comunidades existentes en el ciberespacio, ni siquiera la necesidad de crear nuevos derechos *simpliciter*. Lo que se evaluará es la necesidad o conveniencia de reconocer nuevos *derechos humanos*. Por último, el trabajo se limita a evaluar la fundamentación teórica genérica de los derechos digitales en las características del ciberespacio<sup>16</sup>, que normalmente descansa sobre su carácter descentralizado y desterritorializado. Por tanto, no se evaluarán ni las justificaciones específicas de cada uno de los derechos digitales propuestos ni los argumentos de naturaleza prudencial en favor de la creación de nuevos catálogos de derechos digitales<sup>17</sup>. Al enfocarse en fundamentos genéricos de los derechos digitales se perderá la posibilidad de evaluar los argumentos específicos dirigidos a mostrar que el alcance de los derechos preexistentes, es decir, los beneficios, libertades, poderes o inmunidades que otorgan a sus titulares<sup>18</sup>, no cubre ciertos bienes o no protegen ante ciertas amenazas particulares originadas en el ciberespacio. Sin embargo, este enfoque permitirá cuestionar la categoría de «derechos digitales» en su totalidad e identificar mejores modos de resolver los retos presentes en el ciberespacio. Además, estos argumentos específicos en ocasiones parecen derivarse de características genéricas del ciberespacio, por lo que la evaluación del fundamento genérico debe preceder a la de los argumentos específicos.

Tras esta breve introducción, el trabajo se estructurará del siguiente modo. El segundo apartado presenta el paradigma de los derechos digitales, clarificando su contenido esencial y señalando ciertas dificultades de deslinde entre paradigmas. El tercer apartado explora los argumentos empleados para fundamentar la necesidad de nuevos derechos humanos digitales. El apartado cuarto caracteriza el paradigma de los derechos digitales como un «excepcionalismo de los derechos digitales», señalando las coincidencias entre este y el excepcionalismo. Entre las características que se emplean para justificar el excepcionalismo del ciberespacio y la necesidad de nuevos derechos destacan el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio. Tras presentar esta fundamentación y su carácter excepcionalista, el trabajo explora críticamente la propuesta de crear nuevos derechos humanos digitales para resolver los problemas derivados de la descentralización y la desterritorialización. Se argumenta que la solución no pasa por la ampliación del catálogo de derechos sino por una revisión de la concepción dominante de los derechos humanos, especialmente en lo que respecta a su

<sup>16</sup> Besson habla de justificaciones generales y específicas. Se emplea aquí el término «genéricas» para referirse a justificaciones que, sin referirse a todos los derechos humanos, sí se refieren a un «género» o categoría concreta, en este caso los derechos digitales; *vid.* BESSON, Samantha, «Justifications», en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 23-42.

<sup>17</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1280-1281.

<sup>18</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, p. 42.

consideración como «normas políticas» cuyos obligados primarios son exclusivamente los estados.

## 2. EL PARADIGMA DE LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS DIGITALES

El paradigma de los nuevos derechos humanos digitales surge como alternativa al que se ha denominado «paradigma de la equivalencia normativa»<sup>19</sup>. El segundo se resume en la idea ya mencionada de que «los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben estar protegidos en Internet». En consecuencia, los derechos *online* y los derechos *offline* serían una misma cosa y no existiría una categoría autónoma de derechos digitales<sup>20</sup>. Los derechos humanos clásicos, quizá con adaptaciones menores, se entienden entonces como suficientes para proteger debidamente a los seres humanos en el ciberespacio y no sería necesario ni renovar el catálogo ni reconocer una nueva generación de derechos humanos.

Por su parte, el paradigma de los derechos digitales rechaza que los derechos humanos preexistentes protejan adecuadamente a los individuos en el ciberespacio. Tal como aquí se caracteriza, este paradigma no implica necesariamente la afirmación de que los derechos humanos clásicos no extienden su protección al ciberespacio, sino que esta extensión es insuficiente, por la aparición de nuevos bienes merecedores de protección o nuevas amenazas para los seres humanos en el ciberespacio. Tanto las declaraciones de derechos digitales (*v. gr.*, art. 79 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) como los autores que defienden la necesidad de derechos digitales reconocen la aplicabilidad de los derechos humanos clásicos en el ciberespacio<sup>21</sup>; lo que añaden es la necesidad de adaptar dichos derechos y, especialmente, de complementarlos con nuevos derechos. Esto último es lo que distingue el paradigma de los derechos digitales<sup>22</sup>.

La insuficiencia de los derechos humanos clásicos en el ciberespacio se suele fundar en la existencia de nuevas amenazas y de nuevas necesidades. En primer lugar, en el ciberespacio, existen nuevas amenazas para los seres humanos que requieren nuevas garantías de protección. En este caso, los nuevos derechos protegerían bienes ya reconocidos en los catálogos preexistentes. Esos bienes estarían amenazados por

<sup>19</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>20</sup> LAND, Molly, «Toward an International Law of the Internet», *Harvard International Law Journal*, 54-2 (2013), pp. 393-458; FIDLER, David P., «Cyberspace and...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>21</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>22</sup> La Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España, de 14 de julio de 2021, es más difícil de clasificar. En su preámbulo, afirma que el objetivo no es «crear nuevos derechos fundamentales» sino de «perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares». Esta afirmación parece aproximarla al paradigma de la equivalencia. La idea de los derechos digitales como derechos «auxiliares» se relaciona con el concepto de «derechos derivados» que se evaluará al final de este apartado.

nuevos fenómenos asociados al ciberespacio y esas nuevas amenazas no estarían convenientemente tratadas por los derechos preexistentes. Un ejemplo puede observarse en el derecho a la desconexión digital tal como lo presenta BARRIO ANDRÉS<sup>23</sup>. Según este autor, estaríamos ante un derecho que «va más allá del tradicional derecho al descanso». Ese derecho tradicional se ve amenazado por novedades tecnológicas que refuerzan la conexión y disponibilidad permanente de los trabajadores. Frente a esto, BARRIO ANDRÉS argumenta que resulta apropiada una nueva garantía de desconexión digital<sup>24</sup>. En segundo lugar, el surgimiento de nuevas posibilidades en el ciberespacio permitiría la aparición de nuevas necesidades o intereses, nuevos bienes, que no se encuentran recogidos en las declaraciones preexistentes o que, al menos, son una reformulación esencial de bienes preexistentes. En ambos casos cabría hablar de bienes autónomos no incorporados en los catálogos de derechos humanos. DROR-SHPOLIANSKY y SHANY hablan de «necesidades e intereses únicos» que justifican la aparición de nuevos derechos humanos digitales<sup>25</sup>. SARTOR sigue una argumentación similar para señalar que las tecnologías de la información y la comunicación generan nuevas oportunidades valiosas para los seres humanos que además pueden implementarse con un esfuerzo moderado<sup>26</sup>. Para DROR-SHPOLIANSKY y SHANY, el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado sería una instancia de este caso, dado que «resulta difícil identificar una preocupación similar en el mundo *offline*»<sup>27</sup>.

La distinción entre el reconocimiento de nuevos bienes y la reformulación esencial de bienes preexistentes se manifiesta también en una distinción entre «genuinos» nuevos derechos y «actualizaciones de derechos preexistentes». Esta distinción radicaría en el grado de conexión de los nuevos derechos con los derechos preexistentes. En algunos casos, los derechos digitales derivan de una «reinterpretación radical» de algún derecho preexistente<sup>28</sup>. Para algunos autores, a través de estas reinterpretaciones, los derechos preexistentes adquieren «tantos nuevos matices en el mundo digital que

<sup>23</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, pp. 77-81.

<sup>24</sup> BARRIO ANDRÉS no señala que este nuevo derecho sea un derecho humano. Cuando este autor trata la cuestión de qué derechos digitales deberían tener rango constitucional identifica, «al menos, el derecho de acceso a internet y el derecho a la ciberseguridad»; *vid., ibid.*, p. 112. En cualquier caso, si el derecho al descanso merece ser considerado un derecho humano y el derecho a la desconexión digital protege el descanso laboral de nuevas amenazas, sería razonable concluir que el derecho a la desconexión digital, de no formar parte del derecho al descanso, merece ser considerado un derecho humano.

<sup>25</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1286.

<sup>26</sup> SARTOR, Giovanni, «Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values», en Mario Viola de Azevedo Cunha, *et al.* (eds.), *New Technologies and Human Rights. Challenges to Regulation*, Londres, Nueva York, Routledge, 2013, pp. 11-26.

<sup>27</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1286.

<sup>28</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, pp. 32-33; DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1267.

terminan dotándole[s] de autonomía propia»<sup>29</sup>. Sin embargo, existen también nuevos derechos que «no tienen un paralelismo estrecho en el mundo *offline*»<sup>30</sup>. En general, los nuevos derechos tienen uno o más derechos «matriz» en el ámbito *offline*, pero en este segundo caso se entiende que la relación es tan tenue que estamos ante algo más que una mera adaptación.

De lo expuesto hasta este punto puede caracterizarse el paradigma de los derechos digitales como una propuesta de ampliación del catálogo de derechos humanos, incluyendo nuevos derechos que protegerían nuevos intereses en el ámbito digital o enfrentarían nuevas amenazas digitales. Estos nuevos derechos completarían un catálogo formado por derechos humanos clásicos, cuya aplicación se extendería al ciberespacio y cuyos contornos se adaptarían a este nuevo escenario. De todos modos, no es sencillo establecer la frontera entre el paradigma de la equivalencia y el de los derechos digitales. Esto es así porque incluso los derechos más radicalmente novedosos acaban por relacionarse, de un modo u otro, con uno o varios derechos «matriz»<sup>31</sup>. Resulta difícil determinar en qué punto se pasa de una simple adaptación, que en general no supondría la aparición de un nuevo derecho<sup>32</sup>, al punto en que esos nuevos derechos adquieren «autonomía propia». Quizá la solución más sencilla sería la de identificar «nuevas necesidades o intereses» que justifiquen la aparición de un derecho autónomo, es decir, justificar los nuevos derechos por la falta de cobertura en el alcance de los viejos derechos. Sin embargo, esta solución no parece ser la adoptada por DROR-SHPOLIANSKY y SHANY<sup>33</sup>, ya que consideran que las meras «adaptaciones» o «recalibraciones» de

<sup>29</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos...», *op. cit.*, p. 32. En ocasiones no resulta sencillo determinar si, para DROR-SHPOLIANSKY y SHANY y para BARRIO ANDRÉS, estas «reinterpretaciones radicales» implican la aparición de nuevos derechos. Barrio Andrés distingue entre adaptaciones de derechos ya vigentes y nuevos derechos; *vid.*, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales...*, *op. cit.*, p. 153. DROR-SHPOLIANSKY y SHANY parecen identificar las reinterpretaciones como pertenecientes todavía al paradigma de la identidad y, por tanto, insuficientes para generar nuevos derechos; *vid.*, DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1266.

<sup>30</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1268.

<sup>31</sup> *Id.* En la cuestión de los nuevos derechos humanos suele señalarse que una estrategia habitual para defender su reconocimiento es vincularlos a derechos ya consolidados, lo que guardaría relación con la idea de derechos «matriz»; *vid.*, BRYSK, Alison, «Expanding rights: new frames for violence against women», en Alison Brysk y Michael Stohl (eds.), *Expanding Human Rights. 21st Century Norms and Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 77-93. RIOFRÍO defiende incluso que los nuevos derechos están ya latentes en las generaciones de derechos precedentes; *vid.*, RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos...», *op. cit.*, p. 17. Esta conexión con derechos preexistentes, que tiene que ver seguramente con la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos, dificulta la clarificación de en qué casos cabe hablar de nuevos derechos.

<sup>32</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 32; DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1266.

<sup>33</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1266.

derechos preexistentes, que además identifican como parte del paradigma de la equivalencia, también tienen en cuenta nuevas necesidades e intereses.

Otra posibilidad para resolver la indeterminación de la distinción entre adaptaciones, típicas del paradigma de la equivalencia, y derechos digitales con entidad autónoma es la idea de derechos derivados. Este concepto ha sido empleado en ocasiones para justificar la existencia de derechos digitales<sup>34</sup>. Los derechos derivados se relacionan con un derecho general o abstracto que justificaría un derecho más específico<sup>35</sup>. Esto permite que los derechos derivados presten mayor atención a las circunstancias históricas particulares<sup>36</sup>. Tal característica pareciera especialmente valiosa en el caso de los derechos digitales, que serían derivaciones de derechos abstractos o «matriz» adaptadas a las particularidades del ciberespacio o la sociedad de la información. Sin embargo, como afirma NICKEL, existen tres tipos de derechos derivados: (i) aquellos cuyo alcance está incluido en el derecho abstracto, (ii) aquellos cuyo reconocimiento es necesario para la implementación efectiva del derecho abstracto, y (iii) aquellos que sirven para reducir las probabilidades de violaciones del derecho abstracto<sup>37</sup>. Cualquiera de los tres tipos parece insuficiente para fundamentar la existencia autónoma de los derechos digitales. Los dos últimos reconocen la existencia de un derecho que auxilia una necesidad o interés preexistente que, parece razonable pensar, no sería específico del ciberespacio. El primero no parece reconocer la existencia de un genuino nuevo derecho. En este sentido, la idea de un derecho derivado parece conectar de forma clara con un paradigma de la equivalencia, bien porque el derecho clásico ya incluiría el alcance del derecho digital, que sería una simple adaptación, bien porque el derecho digital serviría para proteger un interés o una necesidad existente fuera del ciberespacio.

### 3. EL EXCEPCIONALISMO COMO FUNDAMENTO GENÉRICO DE LOS DERECHOS DIGITALES: DESCENTRALIZACIÓN Y DESTERRITORIALIZACIÓN

En general, las propuestas de reconocimiento de nuevos derechos humanos digitales no suelen prestar demasiada atención al problema de su fundamentación. En concreto, el problema de la fundamentación de los derechos digitales debe responder a la pregunta de por qué son necesarios esos nuevos derechos o, lo que es lo mismo, por qué no son suficientes los derechos humanos clásicos. Por desgracia, el paradigma de los nuevos derechos digitales parece asumir de forma acrítica la idea de BOBBIO de que «respecto de los derechos del hombre el problema grave de nuestro tiempo [es] no el

<sup>34</sup> MATHIESEN, Kay, «Human Rights for the Digital Age», *Journal of Mass Media Ethics*, 29-1 (2014), pp. 2-18.

<sup>35</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, op. cit., p. 87.

<sup>36</sup> GRIFFIN, James, *On Human Rights*, op. cit., p. 50.

<sup>37</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, op. cit., p. 87.

de fundamentarlos sino el de protegerlos»<sup>38</sup>. Igual que BOBBIO consideró que la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos zanjaba la cuestión de la fundamentación, los defensores de los derechos humanos digitales centran su atención en la promoción y evaluación de catálogos de derechos digitales<sup>39</sup>.

Al contrario de lo que sucede con los derechos humanos clásicos, no existe acuerdo acerca del catálogo de derechos digitales, o al menos no a un nivel comparable a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Precisamente por esto, el problema de la fundamentación de los derechos humanos digitales es un problema central de la teoría de los derechos humanos en el ciberespacio. Además, en el caso de los derechos digitales, la pregunta por su fundamento es la pregunta por la necesidad de una carta de derechos específicos para el ciberespacio. Lo que se trata de fundamentar es la existencia independiente de derechos humanos para el ciberespacio. Antes de promulgar una declaración de derechos digitales es conveniente entonces cuestionarse si tal declaración es necesaria. Esto, en definitiva, equivale a cuestionarse cuál es el fundamento genérico de los derechos digitales.

El paradigma de los derechos digitales descansa en una concepción excepcionalista del ciberespacio. Precisamente esa base excepcionalista es la que aporta los elementos centrales de la fundamentación genérica de los derechos digitales: el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio.

El excepcionalismo defiende que el ciberespacio es un espacio que no se puede considerar «funcionalmente idéntico» al «espacio real» o espacio *offline*<sup>40</sup>. Esta concepción surge originariamente asociada a las posturas ciberanarquistas para justificar que el ciberespacio no puede o no debe ser objeto de regulación por parte de los estados soberanos<sup>41</sup>. Esta concepción «política» del excepcionalismo ha ido perdiendo apoyo, pero la idea subyacente de que el ciberespacio posee unas características excepcionales sigue siendo fundamental para otras concepciones menos utopistas del ciberespacio<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Altaya, 1999, p. 129; BUSTAMANTE, Javier, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>39</sup> BUSTAMANTE, Javier, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos...», *op. cit.*; RALLO LOMBARTE, Artemi, «Una nueva generación de derechos digitales», *op. cit.*; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, *passim*. RIOFRÍO sí trata directamente el problema de la fundamentación; *vid.* RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>40</sup> POST, David G., «Against “against cyberanarchy”», *Berkeley Technology Law Journal*, 17-1 (2002), pp. 1365-1387.

<sup>41</sup> JOHNSON, David R. y POST, David, «Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 48-5 (1996), pp. 1367-1402; COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *Columbia Law Review*, 107-1 (2007), pp. 210-256; BARLOW, John Perry, «A Declaration of the Independence of Cyberspace», *Duke Law & Technology Review*, 18-1 (2019), pp. 5-7.

<sup>42</sup> COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, pp. 218-219.

Este excepcionalismo «tecnológico»<sup>43</sup> o «experiencial»<sup>44</sup> considera que el ciberespacio, como red de información, posee unas características particulares que lo distinguen de forma radical de otras tecnologías y del «mundo real»<sup>45</sup>. El paradigma de los derechos digitales asume ese excepcionalismo tecnológico e infiere de él la necesidad de reconocer nuevos derechos. Esta propuesta se adapta a la máxima excepcionalista de que «[e]l derecho de cualquier lugar debe tener en cuenta las características especiales del espacio que regula»<sup>46</sup>. Como afirma COHEN<sup>47</sup>, las teorías jurídicas sobre el ciberespacio suelen deslindarse a partir de la cuestión relativa a si el ciberespacio es diferente del «espacio real» en aspectos que deberían afectar a la formulación de nuevas normas. En este sentido, los derechos digitales serían la respuesta adecuada a las nuevas amenazas y nuevos intereses que se derivan de las características excepcionales del ciberespacio. Quizá una adecuada reconstrucción del discurso de los derechos digitales que explicita su conexión con el excepcionalismo tecnológico sería la siguiente: el ciberespacio posee «atributos únicos» que lo distinguen del espacio *offline*; estos atributos generan nuevos tipos de relaciones humanas, nuevas manifestaciones de poder e, incluso, una nueva condición humana; estas novedades requieren «el desarrollo de nuevos derechos humanos digitales, liberados de la sombra de los derechos humanos»<sup>48</sup>.

La cuestión que ha de plantearse entonces es cuáles son esas características excepcionales del ciberespacio que justifican unos derechos humanos específicos. Aunque el discurso de los derechos digitales se preocupa más por la enumeración de nuevos derechos que por su fundamentación, es posible identificar algunas propuestas de fundamentación. El trabajo de DROR-SHPOLIANSKY y SHANY es especialmente relevante para identificar y describir las características señaladas<sup>49</sup>. En su artículo, identifican dos particularidades del ciberespacio que justifican los derechos digitales: la descentralización y la desterritorialización<sup>50</sup>. Según defienden, estas dos características del ciberespacio

<sup>43</sup> WU, Tim, «Is Internet Exceptionalism Dead?», en Berin Szoka y Adam Marcus (eds.), *The Next Digital Decade. Essays on the Future of the Internet*, Washington D.C., TechFreedom, 2010, pp. 179-188.

<sup>44</sup> COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, p. 219.

<sup>45</sup> WU, Tim, «Is Internet Exceptionalism Dead?», *op. cit.*, *passim*.

<sup>46</sup> JOHNSON, David R. y POST, David, «Law and Borders: The Rise of...», *op. cit.*, pp. 1378, 1401.

<sup>47</sup> COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, p. 213.

<sup>48</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1256-1257, 1265.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> Al explorar la naturaleza del ciberderecho como disciplina, LIPTON identifica otro elemento distintivo del ciberespacio con relevancia para el derecho; *vid.*, LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw. A New Vision for Internet Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 4, 8-9. Además del carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, también ha de tenerse en cuenta que las relaciones digitales se basan en el intercambio de información, no en interacciones físicas. Esta diferencia pudiera emplearse como argumento para defender la necesidad de derechos digitales. Sin embargo, por cuestiones de espacio, este trabajo no explorará tal posibilidad.

determinan su naturaleza excepcional, pues configuran un nuevo espacio de interacción radicalmente diferente al espacio *offline*. Estos argumentos pueden encontrarse igualmente, quizá de forma menos elaborada, en otros autores<sup>51</sup>.

El primer atributo del ciberespacio en el que se sustenta el discurso de los nuevos derechos digitales es su carácter descentralizado<sup>52</sup>. El ciberespacio existe debido a la actividad de una serie de intermediarios, actores generalmente privados que sostienen y determinan su infraestructura, continente y contenidos<sup>53</sup>. Los intermediarios forman «la espina dorsal de un sistema que nos permite al resto participar en valiosas interacciones online»<sup>54</sup>. Estos se han convertido en agentes especialmente capacitados para afectar los derechos humanos. Por eso, según DROR-SHPOLIANSKY y SHANY, «centrarse en los gobiernos como los principales portadores de deberes, como normalmente hace el derecho internacional de los derechos humanos, crea una amplia brecha» que desprotege a los individuos en el ciberespacio<sup>55</sup>. La consecuencia de esta peculiaridad es que resulta necesario tener en cuenta a los intermediarios como actores no estatales a la hora de proteger a los individuos en el ciberespacio. Pese a aceptar que en el «espacio físico» también existen entidades transnacionales que eluden la regulación estatal, la singularidad del ciberespacio radicaría en que los intermediarios, «representan una forma de poder regulatorio para los usuarios más fuerte y directo que los gobiernos nacionales, en varios sentidos». La aparición de los intermediarios debería entonces influir en el modo en que los derechos humanos *offline* se adaptan para su aplicación online.

El segundo atributo asociado al ciberespacio es su carácter desterritorializado, relacionado con su naturaleza global. Frente al dominio de la soberanía territorial en el «espacio físico», el ciberespacio es un espacio de interacción global en el que las

<sup>51</sup> En el ámbito hispanohablante, BUSTAMANTE destacó tempranamente la importancia tanto del carácter global y descentralizado del ciberespacio como del control ejercido por los intermediarios; *vid.* BUSTAMANTE, Javier, «Derechos humanos en el ciberespacio», en Eugenio Trias (ed.), *Derechos humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 164-182. BARRIO ANDRÉS también señala la importancia ambos fenómenos; *vid.* BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales...*, *op. cit.*, p. 62; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>52</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1257, 1270, 1280. LIPTON ofrece una descripción detallada del rol de los intermediarios y la importancia de tener en cuenta dicho rol en la regulación del ciberespacio; *vid.* LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>53</sup> El Reglamento de Servicios Digitales, siguiendo los conceptos ya establecidos durante décadas en la Unión Europea, categoriza como servicios intermediarios los servicios de mera transmisión (como proveedores de acceso a internet), los servicios de memoria caché, los servicios de alojamiento de datos (incluyendo plataformas en línea, servicios de alojamiento en la nube o servicios de almacenamiento de páginas web) y los motores de búsqueda en línea; *vid.* Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

<sup>54</sup> LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>55</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1257.

fronteras estatales pierden relevancia. Cuando interactuamos en el ciberespacio, en muchas ocasiones, lo hacemos con individuos situados en terceros países, de manera tal que las normas pensadas para regular las relaciones humanas dentro del territorio de un estado y la correspondiente separación entre regulaciones atendiendo a un criterio territorial se tornan inadecuadas. El carácter global del ciberespacio está generalmente aceptado pero resulta necesario argumentar por qué de ello se desprende la necesidad y utilidad de identificar nuevos derechos<sup>56</sup>.

DROR-SHPOLIANSKY y SHANY defienden que el carácter global de las interacciones en el ciberespacio dificulta la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos<sup>57</sup>. Tal dificultad deriva de que la aplicación extraterritorial de los derechos humanos depende de la idea de control efectivo e impacto predecible, sin justificar la imposición de responsabilidades extraordinarias a los estados<sup>58</sup>; un estado solamente tiene obligaciones cuando el impacto sobre los derechos humanos derive de una acción u omisión suya de manera directa, significativa y previsible<sup>59</sup>. De estas premisas parece derivarse la conclusión de que, en escenarios descentralizados, no resulta fácil identificar al portador de los deberes asociados a los derechos humanos. Como señalan VANDENHOLE y VAN GENUGTEN<sup>60</sup>, al fin y al cabo, el criterio de la territorialidad, en materia de derechos humanos, es un criterio de asignación de obligaciones. Como norma general, los estados son principalmente responsables de las violaciones de derechos humanos que suceden en su territorio. También pueden ser responsables de aquellas violaciones sufridas por individuos que se hallasen bajo su control efectivo, como puede ser el caso de una detención en el extranjero. El problema que plantea la extraterritorialidad del ciberespacio sería entonces que no resulta sencillo identificar qué estado es el responsable de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos de los individuos en el ciberespacio.

<sup>56</sup> DODGE, Martin y KITCHIN, Rob, *Mapping Cyberspace*, Londres, Nueva York, Routledge, 2003, p. 59; JØRGENSEN, Rikke Frank, *Framing the Net: The Internet and Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 109-110; LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, pp. 2, 4.

<sup>57</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1256-1257.

<sup>58</sup> El problema de la aplicación extraterritorial de obligaciones en materia de derechos humanos ha sido explicado de forma clara por SHANY y por MILANOVIC; *vid.*, SHANY, Yuval, «Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law», *The Law & Ethics of Human Rights*, 7-1 (2013), pp. 47-71; MILANOVIC, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Las dos interpretaciones clásicas de la idea de jurisdicción como criterio de atribución de obligaciones son la concepción espacial y la concepción personal. La primera señala que las obligaciones se atribuyen a un estado cuando este tiene control sobre el territorio en el que se produce la violación. La segunda atribuye obligaciones a un estado cuando este ejerce control sobre la víctima de la violación.

<sup>59</sup> SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer Limits of International Human Rights Law», *German Law Journal*, 24-3 (2023), pp. 461-472.

<sup>60</sup> VANDENHOLE, Wouter y VAN GENUGTEN, Willem, «Introduction: an emerging multi-duty-bearer human rights regime?», en Wouter Vandenhole (ed.), *Challenging Territoriality in Human Rights Law. Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, Londres, Routledge, 2015, pp. 1-11.

Esto es así porque no existe un territorio específico sobre el que se distribuya el control de los estados y porque no se puede determinar con facilidad qué estado tiene jurisdicción sobre qué comportamientos de todos los que suceden en el ciberespacio. La idea de desterritorialización está íntimamente ligada con el excepcionalismo. En efecto, las dificultades que el carácter global del ciberespacio plantea al ejercicio de la jurisdicción han sido el principal foco de preocupación de los ciberanarquistas<sup>61</sup>.

DROR-SHPOLIANSKY y SHANY hablan de un «nivel más profundo» en lo que respecta a la excepcionalidad del ciberespacio<sup>62</sup>. El gran error del paradigma de la equivalencia normativa sería concebir el ciberespacio como «una nueva herramienta o campo de ejercicio de los derechos *offline*». Estos autores defienden, por el contrario, que el ciberespacio es «un espacio digital que da lugar a una nueva condición humana y un nuevo dominio de gobernanza». En definitiva, se trata de un «espacio» de algún modo separado y esencialmente diferente del «espacio físico»<sup>63</sup>. De nuevo aquí se hace presente el excepcionalismo tecnológico del discurso de los derechos digitales. De todos modos, pareciera que esa separación y diferencia se manifiesta precisamente en el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, por lo que no parece necesario evaluar esta caracterización del ciberespacio por separado<sup>64</sup>.

Como se señalaba en el apartado anterior, la defensa de los derechos digitales suele basarse en la existencia de «necesidades e intereses únicos» en el ciberespacio. La relación entre estas necesidades e intereses y los caracteres excepcionales del ciberespacio no está clara en el trabajo de DROR-SHPOLIANSKY y SHANY. En ocasiones, pareciera que

<sup>61</sup> JOHNSON, David R. y POST, David, «Law and Borders: The Rise of...», *op. cit.*; POST, David G., «Against “against cyberanarchy”», *op. cit.*, *passim*.

<sup>62</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It’s the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1265.

<sup>63</sup> BARRIO ANDRÉS defiende que esta conceptualización del ciberespacio como un «lugar» o «espacio» ya no es relevante para el problema de la regulación del ciberespacio; *vid.*, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales...*, *op. cit.*, p. 57. Igualmente, SHANY, considera que la discusión acerca de si el ciberespacio es un «lugar» es irrelevante y afirma que incluso concibiendo el ciberespacio como un «lugar», puede defenderse la necesidad de regularlo; *vid.*, GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Principios de Derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 109-110. Más allá de las necesidades de distinguir entre «lugar» [*place*] y «espacio» [*space*], parece razonable afirmar que la conceptualización del ciberespacio como «espacio» afecta al modo en que concebimos su regulación; *vid.*, DODGE, Martin y KITCHIN, Rob, *Mapping Cyberspace*, *op. cit.*, pp. 14-17; COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, pp. 231-232. Cabría estudiar con profundidad si la pérdida de influencia del excepcionalismo político deriva de la pérdida de influencia de la conceptualización del ciberespacio como «espacio». Más allá de esta cuestión, lo que aquí se trata de argumentar es que la conceptualización, explícita o implícita, del ciberespacio como «espacio» afecta al modo en que concebimos la regulación del ciberespacio, al menos en lo referente a la cuestión de los nuevos derechos humanos digitales.

<sup>64</sup> Otra forma de interpretar ese «nivel más profundo» consiste en entender que se refiere al hecho de que el ciberespacio está compuesto de intercambios de información, no de intercambios físicos; *vid.*, LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, *passim*. Como ya se ha señalado en la nota 50, esta interpretación no se evaluará en este trabajo por cuestiones de espacio.

esas nuevas necesidades e intereses son consecuencia de los caracteres excepcionales<sup>65</sup>. De ser así, si los caracteres excepcionales no requieren nuevos derechos, las nuevas necesidades e intereses no los requieren tampoco. Sin embargo, al distinguir entre una segunda y una tercera generación de derechos digitales, DROR-SHPOLIANSKY y SHANY parecen indicar que la segunda generación descansa en nuevas necesidades e intereses y la tercera, en la que aparece la necesidad de identificar a actores no estatales como portadores de deberes, es la que se justifica por la descentralización y la desterritorialización<sup>66</sup>. Así, las nuevas necesidades e intereses serían un fundamento autónomo de los nuevos derechos. En un trabajo reciente, SHANY relaciona la segunda generación con los problemas de la descentralización y desterritorialización del ciberespacio, restando plausibilidad a esta segunda interpretación<sup>67</sup>. Sin embargo, de ser así, la justificación de la necesidad de nuevos derechos, asumidas las críticas a su fundamento genérico, estaría en peligro.

En cualquier caso, el objeto de este trabajo es defender la inadecuación de ese fundamento genérico. Lo menos que se puede conseguir si esta defensa es convincente es reducir toda justificación de los derechos digitales a un conjunto de justificaciones parciales o específicas que, en principio, desdibujaría la unidad de la categoría «derechos digitales» al estar ausente un fundamento común para este género de derechos. Restaría evaluar posibles justificaciones específicas para saber si pueden existir algunos derechos aislados referidos al ciberespacio.

Si se ha reflejado bien el razonamiento de los autores mencionados, el argumento del paradigma de los derechos digitales es que la descentralización y la desterritorialización son caracteres excepcionales del ciberespacio que exigen la reformulación de los derechos preexistentes y, especialmente, la creación de nuevos derechos digitales. Como se tratará de defender en el siguiente apartado, los problemas derivados de la descentralización y la desterritorialización del ciberespacio no se resuelven ampliando el catálogo de derechos y reconociendo derechos digitales, sino reformulando la concepción dominante de los derechos humanos. Además, no estamos ante problemas específicos del ciberespacio, sino que se trata de asuntos que han sido objeto de discusión más allá de su manifestación concreta en la realidad digital.

#### 4. DEL PROBLEMA DEL CATÁLOGO AL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La creación de un nuevo catálogo de derechos humanos digitales no puede resolver los pretendidos problemas asociables al carácter descentralizado y desterritorializado

<sup>65</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1252-1256.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 1268-1269.

<sup>67</sup> SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer...», *op. cit.*, pp. 9-10.

del ciberespacio. Como se argumentará en este apartado, el principal problema generado por estos rasgos es la dificultad para identificar al portador de las obligaciones correlativas de los derechos humanos. Este problema deriva de la concepción «política» de los derechos humanos y no del catálogo existente de derechos. Por tanto, la expansión del catálogo de derechos a través de la inclusión de derechos digitales no es adecuada para resolver los problemas señalados. Aunque se incorporasen nuevos derechos, si se mantiene la concepción política de los derechos humanos esos derechos no protegerían debidamente de las violaciones de derechos realizadas por actores no estatales, como los intermediarios. Si se quiere resolver los problemas generados por el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, la solución pasa por abrazar una nueva concepción de los derechos humanos que abandone su consideración como meras «normas políticas».

La descentralización y la desterritorialización están íntimamente relacionadas porque ambas afectan principalmente a la identificación del sujeto obligado por los derechos humanos<sup>68</sup>. En el caso de la descentralización esto resulta obvio. Los intermediarios han asumido un rol central en el ciberespacio, ejerciendo un poder cuyo impacto en los individuos no es nada desdeñable. Se trata de agentes no estatales que, debido a su papel en la configuración del ciberespacio, pueden amenazar de forma directa ciertos derechos humanos de los cibernautas. La descentralización afecta a la protección de los derechos humanos porque, tanto en la teoría como en la práctica, se suele considerar que los estados son los únicos obligados primarios en materia de derechos humanos<sup>69</sup>. Si nos mantuviésemos en esta concepción de los derechos humanos como «normas políticas» cuyos destinatarios primarios son los gobiernos estatales podrían efectivamente existir lagunas de protección en el ciberespacio<sup>70</sup>.

La desterritorialización también está íntimamente relacionada con la cuestión del portador de obligaciones. Primero, el principio de territorialidad se dirige específicamente a resolver cuestiones relativas a la asignación de obligaciones<sup>71</sup>, pues este principio se emplea para señalar que un estado es responsable del respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos de quien se encuentra en su territorio. Segundo, tanto el principio de territorialidad como la extraterritorialidad, en ocasiones, se conciben exclusivamente desde la premisa de los estados como únicos portadores potenciales

<sup>68</sup> PAVLAKOS, George, «Transnational legal responsibility: some preliminaries», en Wouter Vandenhole (ed.), *Challenging Territoriality in Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2015, pp. 136-157.

<sup>69</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, pp. 38-41; BEITZ, Charles R., *The Idea of...*, *op. cit.*, pp. 109, 122-125; CLAPHAM, Andrew, «Non-State Actors», en Daniel Moeckli, *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 561-582.

<sup>70</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, pp. 38-41.

<sup>71</sup> VANDENHOLE, Wouter y VAN GENUGTEN, Willem, «Introduction: an emerging multi-duty-bearer...», *op. cit.*, *passim*.

de deberes<sup>72</sup>. El problema de la extraterritorialidad se refiere a la discusión acerca de si se pueden atribuir a un estado obligaciones por violaciones de derechos ocurridas fuera de su territorio o jurisdicción. En definitiva, tanto la territorialidad como la extraterritorialidad se asientan en la premisa de que el territorio de los estados y, por tanto, los estados mismos son un criterio fundamental para la identificación de portadores de deberes en materia de derechos humanos. Si la caracterización del ciberespacio como espacio esencialmente diferente y separado de los territorios de los estados es adecuada, podría afirmarse que existen problemas para atribuir las violaciones de derechos en el ciberespacio a un estado y, asumido que los estados son los únicos portadores de deberes, no se podrán proteger debidamente a los titulares de los derechos.

Las dificultades para identificar al sujeto de obligaciones derivadas del carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, en cualquier caso, no se resuelven con la creación de nuevos derechos humanos. Si los nuevos derechos se desarrollan a la luz de la vieja concepción, donde el territorio es un criterio central de atribución de responsabilidad y los estados son los únicos sujetos de obligaciones, no es razonable concluir que esos nuevos derechos puedan sobreponerse a los obstáculos enfrentados por los derechos preexistentes. El derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado sirve de ejemplo. Si este derecho se concibe como un derecho humano, la territorialidad y la identificación de los estados como portadores exclusivos de obligaciones implicaría que tal derecho no protegería adecuadamente a los individuos. Los intermediarios podrían seguir automatizando sus decisiones e incluso los estados podrían hacerlo sobre individuos que no se encontrasen en su territorio, salvo que se aplicase el principio de extraterritorialidad<sup>73</sup>. Si se afirma que este derecho ha de aplicarse a intermediarios y de manera desterritorializada, resulta

<sup>72</sup> En este sentido, DROR-SHPOLIANSKY y SHANY mencionan la extraterritorialidad como una extensión de la aplicabilidad de las «obligaciones de los estados bajo el derecho internacional de los derechos humanos»; *vid.*, DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1256.

<sup>73</sup> Cabe también señalar que este derecho tiene una relación bastante precaria con el ciberespacio. DROR-SHPOLIANSKY y SHANY afirman que la decisión automatizada, «en la práctica, depende de forma casi inevitable de la comunicación de datos online»; *vid.*, *ibid.*, p. 1275. Esta afirmación, en las sociedades actuales, puede realizarse de casi cualquier decisión humana. Además, tal comunicación de datos *per se*, salvo que sea contraria a la protección de datos y este se considere un derecho humano, no sería la conducta específica que afectase al derecho. Por otro lado, si la comunicación de datos online es condición necesaria para reconocer el derecho, surge la pregunta de si decisiones automatizadas en las que no se diese tal comunicación vulnerarían el derecho. Por último, el Reglamento General de Protección de Datos señala precisamente que se basa en la neutralidad tecnológica (considerando 15), por lo que es al menos teóricamente posible imaginar una decisión automatizada en la que no medie una comunicación online de datos y las normas del Reglamento sean aplicables; *vid.* Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

al menos razonable concluir que se ha operado un cambio en la concepción de los derechos humanos. Además, podrá afirmarse que el motivo fundamental por el cual dicho derecho es efectivo en la protección de los individuos es la transformación de la concepción de los derechos humanos, no la creación de un nuevo derecho *per se*. En consecuencia, lo que resuelve los problemas formulados por el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio no es la creación de un nuevo derecho sino la transformación de la concepción de los derechos humanos. La descentralización y desterritorialización del ciberespacio afectan primariamente a la concepción de los derechos humanos, no a su catálogo. Si se quiere justificar la necesidad de un nuevo derecho esta necesidad no puede fundamentarse en esos dos rasgos del ciberespacio, sino que habrá que buscar otra fundamentación específica.

La teoría de los derechos humanos no es ajena a la posibilidad de atribuir obligaciones a actores no estatales. Como señalan algunos autores, esta posibilidad podría derivarse razonablemente del supuesto carácter universal de los derechos humanos, que requiere que los derechos humanos sean respetados por todos<sup>74</sup>. Más allá de este argumento, también se ha señalado que la simple habilidad o capacidad para asumir la obligación puede ser una razón, quizá no suficiente, para asignar una obligación<sup>75</sup>. En el caso de los intermediarios, su habilidad para respetar, proteger y promover el cumplimiento de los derechos humanos en el ciberespacio los sitúa en una posición especialmente comprometida en lo que respecta a la conveniencia de asignarles algún tipo de obligación al respecto. De hecho, si, como el argumento de la descentralización presume, los estados están perdiendo capacidad para cumplir con esas obligaciones precisamente por la aparición de los intermediarios, este hecho serviría de fundamento para proceder a una revisión de la asignación de obligaciones al respecto.

Una solución menos radical al problema de la descentralización no exigiría el reconocimiento de los intermediarios como obligados primarios en materia de derechos humanos. Si se asume que una de las responsabilidades de los estados en materia de derechos humanos es protegerlos frente a las amenazas generadas por agentes no estatales sometidos a su jurisdicción y control<sup>76</sup>, bastaría con entender que los estados son obligados primarios y los intermediarios son objeto de regulación por parte de dichos estados<sup>77</sup>. En este caso no sería necesario ampliar el catálogo de derechos sino exigir a

<sup>74</sup> CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 58; GRIFFIN, James, *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 101-103.

<sup>76</sup> BEITZ, Charles R., *The Idea of...*, *op. cit.*, p. 109; JOSEPH, Sara, «Scope of Application», en Daniel Moeckli, *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 150-170.

<sup>77</sup> CHEUNG, Anne y WEBER, Rolf H., «Internet Governance and the Responsibility of Internet Service Providers», *Wisconsin International Law Journal*, 26-2 (2008), pp. 403-477; RONA, Gabor y AARONS, Lauren, «State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace», *Journal of National Security Law and Policy*, 8-3 (2016), pp. 503-530.

los estados que cumplan con su función de protección y actúen contra las violaciones de los intermediarios. Sin embargo, con esta solución se limitaría el rol de los intermediarios, pues solo deberían abstenerse de violar los derechos humanos, sin exigírseles las obligaciones de proteger a los usuarios frente a violaciones de terceros ni la de promover los derechos humanos en sus servicios<sup>78</sup>.

La supuesta desterritorialización también se beneficiaría de la reformulación señalada. La inclusión de actores no estatales como sujetos de obligaciones cuestiona la validez del criterio de territorialidad. La atribución de obligaciones a actores no estatales exige incorporar nuevos criterios de identificación de los portadores de obligaciones, como pudieran ser el criterio del ejercicio de poder institucionalizado, el aseguramiento de una protección efectiva o el criterio relacional<sup>79</sup>. Todos estos criterios han sido explorados en la literatura sobre extraterritorialidad en general y algunos incluso podrían relacionarse directamente con la asignación de obligaciones a actores no estatales<sup>80</sup>. Partiendo de una concepción personal de la idea de jurisdicción como principio de atribución de obligaciones en materia de derechos humanos, MILANOVIC ha defendido que, en lo que respecta al control efectivo sobre un individuo, «los métodos virtuales pueden conseguir exactamente lo mismo que los físicos»<sup>81</sup>. Por ello, en ciertos casos, el control a través de métodos virtuales sería suficiente para atribuir obligaciones en materia de derechos humanos<sup>82</sup>.

La consideración de actores no estatales, especialmente los intermediarios, como portadores primarios de obligaciones en materia de derechos humanos sería solamente un primer paso para resolver los problemas que plantean la descentralización y la

<sup>78</sup> El Reglamento de Servicios Digitales (RSD) destaca la responsabilidad de los servicios de intermediación a la hora de proteger a los usuarios frente a violaciones de sus derechos humanos. El considerando 47 exige que los intermediarios tengan en cuenta las normas internacionales sobre derechos humanos. En el caso de las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, el considerando 79 se refiere específicamente a la responsabilidad de evaluar los riesgos derivados de «posibles usos indebidos por parte de los destinatarios», con miras a exigir los cambios del servicio necesarios para minimizar dichos riesgos. En este caso, se requiere a ciertos intermediarios que protejan a los usuarios frente a potenciales violaciones cometidas por terceros, aunque tal régimen no esté exclusivamente relacionado con asuntos relativos a derechos humanos.

<sup>79</sup> VANDENHOLE, Wouter y VAN GENUGTEN, Willem, «Introduction: an emerging multi-duty-bearer...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>80</sup> *Vid.*, e. g., PAVLAKOS, George, «Transnational legal responsibility...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>81</sup> MILANOVIC, Marko, «Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age», *Harvard International Law Journal*, 56-1 (2015), pp. 81-146.

<sup>82</sup> RONA, Gabor y AARONS, Lauren, «State Responsibility to...», *op. cit.*, p. 508. Tanto MILANOVIC como RONA y AARONS se han centrado en la atribución de responsabilidad extraterritorial a los estados derivadas de espionaje y otras operaciones en el ámbito digital. Sin embargo, si la defensa realizada de la necesidad de atribuir responsabilidad a actores no estatales, como los intermediarios, se sostiene, el criterio del control efectivo también podría servir como punto de partida para la identificación del actor no estatal responsable por las violaciones de derechos humanos.

desterritorialización. Una de las principales características del ciberespacio y, probablemente, de las sociedades actuales, es el aumento de la complejidad de las relaciones sociales. Para que dos individuos interactúen en el ciberespacio resulta necesario el concurso de numerosos intermediarios que podrán influir, con diferentes intensidades, en las condiciones en las que se lleva a cabo dicha interacción. Por ejemplo, para participar en un chat de Twitch, una plataforma para la retransmisión de vídeo en vivo, se necesita la participación de un proveedor de acceso a internet, un proveedor de servicios de alojamiento web, un navegador web, la propia plataforma online de Twitch, uno o varios moderadores del chat, etc. Este escenario complejo dificulta la identificación del responsable de una violación de derechos humanos. Esta dificultad es la que debiera centrar los esfuerzos de una teoría de los derechos humanos en el ciberespacio<sup>83</sup>.

El paradigma de los derechos digitales defiende la necesidad de reconocer un nuevo conjunto de derechos humanos, justificada por caracteres excepcionales del ciberespacio. Sin embargo, la descentralización y la desterritorialización no son fenómenos exclusivos del ciberespacio. Ambas realidades están íntimamente relacionadas con la globalización y se hacen sentir en la práctica totalidad de los fenómenos sociales contemporáneos<sup>84</sup>. La cuestión de los derechos humanos, en su totalidad, se ha visto afectada por este proceso de globalización<sup>85</sup>. La excepcionalidad del ciberespacio en lo que respecta a la desterritorialización fue cuestionada ya hace décadas. En la disputa con el ciberanarquismo, el principal argumento de GOLDSMITH ha sido precisamente que este sobreestima las diferencias entre las transacciones en el ciberespacio y el resto de las transacciones transnacionales<sup>86</sup>. Por consiguiente, la desterritorialización no es un fenómeno exclusivo del ciberespacio y sus efectos sobre los derechos humanos se extienden más allá de internet. Lo mismo sucede con la descentralización. La preocupación por la cuestión de las obligaciones de los actores no estatales en materia de derechos humanos

<sup>83</sup> Esta es una tarea que, de algún modo, la Unión Europea afrontó ya en la Directiva de Servicios de la Sociedad de la Información y que actualmente se recoge en el RSD.

<sup>84</sup> STEGER, Manfred B., *Globalization: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2017; RITZER, George y DEAN, Paul, *Globalization: A Basic Text*, 3.<sup>a</sup> ed., Malden, Wiley-Blackwell, 2021. La negación de la excepcionalidad de los fenómenos de la descentralización y la desterritorialización se basa aquí en su presencia en otros ámbitos, acrecentada por fenómenos contemporáneos. Cabría argumentar que, al menos, el problema de la descentralización tiene un largo recorrido histórico, derivado de la «santidad de la esfera privada» y las limitaciones que ha impuesto a los derechos humanos; *vid.*, CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of...*, *op. cit.*, p. 1. Además, la noción de universalidad de los derechos humanos, como se ha apuntado, también serviría para cuestionar desde un punto de vista conceptual la «centralización» en materia de derechos humanos.

<sup>85</sup> BRYSK, Alison, *Globalization and Human Rights*, Berkeley, University of California Press, 2002.

<sup>86</sup> GOLDSMITH, Jack, «Against Cyberanarchy», *The University of Chicago Law Review*, 65-4 (1998), pp. 1199-1250.

es creciente y ha sido ampliamente estudiada<sup>87</sup>. Esta categoría de actores no estatales incluye a las organizaciones internacionales, las corporaciones o los grupos armados. Fenómenos ajenos al ciberespacio ponen en duda la identificación del estado como el único portador de deberes en materia de derechos humanos. Resulta pertinente afirmar entonces que la protección de los derechos humanos en el ciberespacio se refiere sobre todo a «cuestiones persistentes» en materia de derechos humanos exacerbados por ciertos atributos del ciberespacio<sup>88</sup>.

La manifestación de fenómenos de descentralización y desterritorialización más allá del ciberespacio pone en duda el excepcionalismo tecnológico<sup>89</sup>. No estamos ante transformaciones exclusivas del ciberespacio ni especialmente relacionadas con este, aunque se manifiesten de forma acusada en las relaciones en línea. En lugar de tratar de separar conceptualmente el ciberespacio del «espacio *offline*» resulta más adecuado concebir ambos como manifestaciones de una misma realidad, sujetas a unas mismas tendencias. Todo ello pese a que puedan existir ciertas peculiaridades del ciberespacio que deban tenerse en cuenta. En esta línea, descentralización y desterritorialización no son excepciones del ciberespacio que exijan el reconocimiento de derechos digitales, sino caracteres genéricos de las sociedades contemporáneas que afectan a los derechos preexistentes y, sobre todo, a la concepción dominante de los derechos humanos.

## 5. HACIA UNA REFORMULACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En su defensa del excepcionalismo, Post señala que la identidad y la diferencia entre el ciberespacio y el espacio *offline* «depende completamente de las cuestiones que se estén preguntando»<sup>90</sup>. Lo que se ha tratado de defender es que, si la pregunta se refiere al alcance de los derechos humanos y la necesidad de reconocer nuevos derechos digitales, el ciberespacio no es tan diferente del espacio *offline* y las diferencias existentes no son suficientes para justificar la necesidad de reconocer un catálogo de derechos digitales.

Si la descentralización y la desterritorialización afectan más a la concepción de los derechos humanos que a su catálogo, la estrategia para fortalecer la protección de los seres humanos en el ciberespacio debe variar. En lugar de promover la publicación incesante de catálogos o declaraciones de derechos digitales o de reclamar la necesidad

<sup>87</sup> ALSTON, Philip, *Non-state Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005; CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of...*, *op. cit.*; CLAPHAM, Andrew, «Non-State Actors», *op. cit.*, *passim*.

<sup>88</sup> RONA, Gabor y AARONS, Lauren, «State Responsibility to...», *op. cit.*, p. 528.

<sup>89</sup> En un trabajo reciente, Shany parece reconocer esto, al relacionar las transformaciones en materia de derechos digitales con las transformaciones contemporáneas del derecho internacional de los derechos humanos; *vid.*, SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer...», *op. cit.*, pp. 466-467.

<sup>90</sup> POST, David G., «Against “against cyberanarchy”», *op. cit.*, p. 1374.

de incorporar una nueva generación de derechos digitales a los catálogos preexistentes, se hace necesario volver a la teoría de los derechos humanos y, especialmente, a la cuestión de los sujetos de las obligaciones correlativas. Este cambio de enfoque traería consigo varios efectos positivos, más allá de que aseguraría un tratamiento adecuado de la protección de los seres humanos en el ciberespacio. Primero, los estudios sobre los derechos digitales podrían beneficiarse más de la literatura preexistente en lo relativo a la extraterritorialidad de los derechos humanos y, sobre todo, en lo relativo al surgimiento de actores no estatales como sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos. Segundo, la investigación acerca de la extraterritorialidad y los actores no estatales también podría fortalecerse si se incorporase la perspectiva del ciberespacio a su objeto de investigación. Por ejemplo, los intermediarios podrían sumarse a la lista de actores no estatales con relevancia para la cuestión de los derechos humanos. El control efectivo a través de medios digitales podría identificarse como una instancia del ejercicio de poder estatal de forma extraterritorial. Por último, quizá el beneficio más importante sería la apertura de una reflexión relativa a la necesaria reconceptualización de los derechos humanos. Si la descentralización y la desterritorialización son fenómenos generales y tales fenómenos requieren una reinterpretación de la concepción de los derechos humanos, esa reinterpretación sería beneficiosa no solamente para la protección de los individuos en el ciberespacio, sino para múltiples escenarios en los que las violaciones extraterritoriales de derechos o las violaciones de derechos producidas por actores no estatales no están siendo debidamente atajadas.

Un cambio en la concepción de los derechos humanos que cuestione la identificación de los actores estatales como sujetos de obligaciones casi exclusivos podría ser beneficioso en la práctica y teóricamente acertado. Por contra, continuar por la senda de la extensión del catálogo distrae la atención de aquellas transformaciones de la concepción de los derechos humanos que fortalecerían la protección de las personas en el ciberespacio y, colateralmente, fuera de él. Esta interpretación del problema de los derechos digitales no es novedosa ni tampoco ajena al paradigma de los derechos digitales. SUSI defiende una «teoría de la no-coherencia» para hablar de un cambio de paradigma derivado del grado de distorsión que el ciberespacio genera sobre los derechos humanos clásicos<sup>91</sup>. Bajo la teoría de la no-coherencia la transformación de los derechos humanos en el ciberespacio es de tal calibre que no bastaría la incorporación de nuevos derechos digitales, sino que sería necesario repensar por completo la teoría de los derechos humanos. La propuesta de SUSI es más radical que la aquí defendida y está basada en una consideración excepcionalista del ciberespacio. Lo que asemeja esta propuesta a la defendida en este trabajo es la conciencia de la necesidad de reformular

<sup>91</sup> SUSI, Mart, «Human rights in the digital domain—the idea of non-coherence theory», en Mart Susi (ed.), *Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion*, Londres, Routledge, 2019, pp. 3-11.

la concepción dominante de los derechos humanos. A su vez, algunos de los autores citados en este trabajo también reconocen la necesidad de identificar nuevos portadores de deberes en el ciberespacio<sup>92</sup>. En estos casos, la peculiaridad de la propuesta aquí defendida está en negar que, además de los cambios en la concepción de los derechos humanos, exista un fundamento genérico que justifique el reconocimiento de nuevos derechos humanos digitales. Además, la reconceptualización propuesta no se aplicaría exclusivamente al ciberespacio, sino que afectaría al concepto de derechos humanos en general.

En definitiva, una traslación del centro de atención del catálogo a la concepción de los derechos humanos sería beneficiosa tanto para la protección de los seres humanos en el ciberespacio como para la teoría de los derechos humanos en general.

<sup>92</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 116; DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1269. En el reciente trabajo ya citado, Shany parece asumir una posición similar a la que se defiende en este trabajo; *vid.*, SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer...», *op. cit.*, *passim*. Pese a todo, él insiste en la necesidad de reconocer nuevos derechos e incluso en la idea de «nuevas personalidades jurídicas».