

*José María Molina Mateos**

APROXIMACIÓN JURÍDICA AL
CIBERESPACIO

[Visitar la WEB](#)

[Recibir BOLETÍN ELECTRÓNICO](#)

APROXIMACIÓN JURÍDICA AL CIBERESPACIO

Resumen:

La gran complejidad del ciberespacio derivada de su naturaleza, elementos que le componen, variedad de relaciones que se dan en su seno y magnitud con la que se producen, demanda inexorablemente una ordenación que vendrá de la mano del poder y el Derecho como principales instrumentos para lograrlo. La incidencia del ciberespacio sobre la seguridad, desarrollo y progreso de la humanidad exige que sea pensada en términos jurídicos para aproximarnos a ella con paso seguro como parte de un proceso que se vislumbra complejo y no exento de dificultades.

Como contribución a todo ello, en este trabajo se dibujan algunos límites y se hace una aproximación jurídica al ciberespacio a través de los aspectos que se han considerado de mayor interés. Se reflexiona sobre su naturaleza jurídica, la consideración como bien digno de protección, como posible patrimonio común de la humanidad, los aspectos más significativos del marco jurídico internacional, el ciber-derecho y el reto que todo ello supone para los juristas.

Abstract:

The great complexity of cyberspace derived from nature, elements that compose it, variety of relationships that exist within it and magnitude with which they occur, inevitably demands the management to be in the hands of power and law as the main instruments to achieve it. The impact of cyberspace on security, development and progress of mankind requires it to be designed in legal terms to approach it with a safe passage as part of a process that seems complex and not without difficulties.

As a contribution to this, some boundaries are drawn in this paper and a legal approach to cyberspace through the aspects that are considered of interest is made. It reflects on their legal nature, well worth consideration as a good to be protective, as a possible contribution to the common heritage of humanity, the most significant aspects of the international legal framework, cyber-law and the challenge it poses to all lawyers.

***NOTA:** Las ideas contenidas en los **Documentos de Opinión** son de responsabilidad de sus autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del IEEE o del Ministerio de Defensa.

Palabras clave:

Ciberespacio, ciberderecho, naturaleza jurídica del ciberespacio, seguridad internacional, ciberseguridad, patrimonio común de la humanidad, derechos humanos, libertades públicas, derechos civiles y políticos, secreto de las comunicaciones.

Keywords:

Cyberspace, cyberlaw , legal nature of cyberspace, international security, cybersecurity , common heritage of mankind, human rights , civil liberties , civil and political rights , privacy of communications .

*«ubi societas, ibi ius / ubi ius, ibi societas»
(Aforismos romanos)*



<http://www.atelus.com/el-derecho-de-internet-y-las-tics-y-el-futuro-de-la-abogacia/>

Tomando como base la consideración del Ciberespacio como conjunto de interconexiones electrónicas dispuestas en red, que constituye un espacio de relación integrado por componentes de naturaleza material de base tecnológica, de naturaleza inmaterial sustentada en la información y el conocimiento, a través del lenguaje, y de naturaleza antropológica fundamentada en la sociabilidad del ser humano, que ha devenido en medio y procedimiento para prestar servicios y ha generado un nuevo marco espacio-cultural con efectos económicos, políticos, jurídicos, sociales, culturales y de seguridad; que tiene como límites la seguridad, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos, y compartida la idea de la necesidad de establecer una estrategia internacional para su gestión, tal vez el paso siguiente en un proceso de profundización conceptual sea una aproximación jurídica.

El Ciberespacio es considerado por algunos tratadistas como uno de esos espacios que sirven para el tránsito de cualquier tipo de bienes y servicios, que no están bajo la soberanía directa de ningún Estado (Global Commons) y es candidato a unirse a los espacios que ya son considerados como tales: las aguas internacionales, el espacio aéreo y el espacio exterior.¹

No obstante conviene señalar que una de las características que diferencia al Ciberespacio del resto de los Global Commons indicados es su carácter artificial. A diferencia de las aguas internacionales, cuyo componente material es el agua marina, o el espacio aéreo y espacio exterior, cuyo componente material es el aire, —ambos productos, elementos naturales básicamente no susceptibles de ser modificados por el hombre— el Ciberespacio procede directamente de la acción humana y en él tiene presencia el hombre y

¹ Ángel Gómez de Agreda, “El ciberespacio como escenario de conflictos. Identificación de las amenazas”, Centro Superior de Estudios de la Defensa, Monografía del CESEDEN 126, febrero 2012.

solo el hombre (en ningún caso otros seres de la naturaleza) mediante la tecnología de la que él mismo se ha dotado. Por consiguiente, está sometido a la voluntad exclusiva de este hasta el extremo de depender de ella su propia existencia o modificación, con todo lo que esto implica desde el punto de vista de evoluciones futuras que, eventualmente, puede llevar a versiones de un ciberespacio muy diferente a como lo concebimos actualmente.

Si bien es cierto que en todos los Global Common existen barreras exteriores que se han de superar para acceder a ellos, determinadas por el conocimiento y una cierta tecnología, en el mar, en el espacio aéreo y en el espacio exterior no existen fronteras materiales interiores que lo compartimenten, sin embargo en el ciberespacio pueden existir estas en cuanto el hombre se lo proponga, aunque bien es cierto que desvirtuaría su naturaleza como tal y perdería una de sus características más significativas, ya que existe un fuerte nexo de unión e interdependencia entre el Ciberespacio como ha emergido y lo concebimos actualmente y la Globalización. De hecho, ambos fenómenos han surgido de forma simultánea en el tiempo y se retroalimenta uno a otro, sin que sea concebible la Globalización sin el Ciberespacio y a la inversa, hasta el extremo que cada uno de estos conceptos se podría considerar que es constitutivo del otro.

El Ciberespacio, como realidad autónoma, tiene vinculaciones recíprocas con otras realidades a través de los elementos tecnológicos que le integran. Lo hace con la geografía a través de la ubicación física de equipos, sistemas o nodos; con las instituciones, corporaciones y organizaciones a través de la titularidad de aquellos, con los individuos, a través del uso, posesión o titularidad de los mismos; y con intangibles como la información, el conocimiento, la antropología, la economía, la política o la cultura a través de la utilización de sus redes y servicios, que les permite desarrollar todas sus potencialidades y proyectarse en la globalidad.

Este complejo entramado donde interactúan hombre y máquina, prodigio de la creación humana, está necesitado de ordenación, tanto para preservar su propia existencia y permitir su desarrollo y evolución, como para evitar el caos y regular las relaciones que se dan en su seno, entre los sujetos que en él operan y que son de la más variada índole —de dominación, de intercambio, de cooperación o de conflicto...

Ante la necesidad incontrovertible de ordenación se podrán plantear distintos modos de llevarla a cabo, pero está fuera de la realidad ignorar el papel que históricamente han jugado el poder y el derecho como instrumentos de ordenación social y, por consiguiente, el protagonismo que ambos están llamados a ejercer —o están ya ejerciendo— en la ordenación del ciberespacio, en el que, en todo caso, se han de garantizar los derechos y libertades individuales.

Actualmente, en el contexto del tránsito hacia un nuevo orden mundial, en el Ciberespacio confluyen toda una serie de poderes. Tienen presencia los Estados, instituciones y corporaciones, nacionales e internacionales etc. en forma de potencia cibernética. Según la teoría de la estabilidad hegemónica² aplicada a este nuevo ámbito, frente al peligroso y costoso caos y anarquía internacional en el Ciberespacio, la paz y la estabilidad se lograría porque una potencia dominante con capacidad e interés para garantizar el orden mundial asuma la tarea con la aceptación expresa o tácita de los demás con capacidad para decidir en cuestiones internacionales, o bien porque se consiga este objetivo mediante la implantación de un sistema de reglas, normas, leyes e instituciones que todos los países se comprometan a obedecer y dotadas del grado de coerción necesario. Lo que implicaría en el plano de la *realpolitik* que el Derecho es la alternativa a la estabilidad hegemónica y viceversa.

La diferencia en eficacia, amabilidad y complejidad de la ordenación social mediante el poder o mediante el derecho es sobradamente conocida, por lo que el camino más aconsejable parece orientarse a que la comunidad internacional se aplique decididamente y sin dilaciones a dotarse de las instituciones adecuadas y a elaborar las normas precisas para lograr la hegemonía del Derecho en el ciberespacio.

NATURALEZA JURÍDICA

Al realizar una aproximación jurídica sobre el ciberespacio la primera y principal interrogante que surge es conocer la delimitación y alcance de su naturaleza jurídica.

Siendo la relación jurídica una relación de la vida práctica a la que el Derecho objetivo le otorga significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos se la puede definir como «un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacida de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva»³.

Siguiendo a Castan Tobeñas⁴ y extrapolando sus argumentos al Ciberespacio, la relación jurídica que se da en el mismo estaría constituida por: el elemento material, presupuesto de hecho o relación social apta para la regulación jurídica; el elemento formal, consecuencia

² Charles Kindleberger. Teoría de la estabilidad hegemónica, «La crisis económico 1929-1939». Capitán Swint Libros, Madrid 2009.

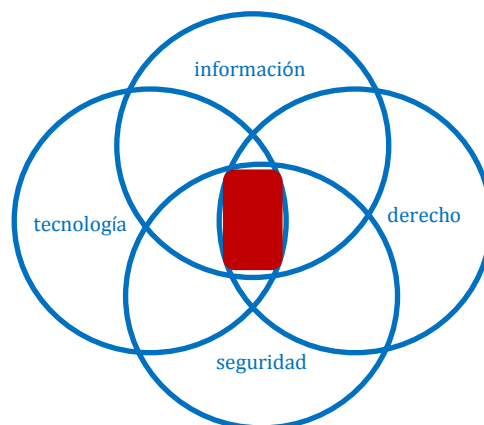
³ «Introducción a la ciencia del Derecho», Legaz Lacambra, Edit. Bosch, 1943.

⁴ «Derecho Civil Español Común y Foral», Tomo primero, José Castán Tobeñas, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1971.

jurídica que recae sobre la relación de hecho y que puede tener contenido diverso, ordinariamente manifestado en facultades de poder y deberes correlativos; el elemento subjetivo que está constituido por un sujeto activo o titular del derecho y otro sujeto pasivo o sujeto obligado, pudiendo estar constituido cada uno de ellos por una o varias personas; el elemento objetivo, objeto o materia de la relación jurídica sobre el cual convergen el poder del sujeto activo y la obligación del sujeto pasivo, constituido por los actos humanos y por las cosas, tanto materiales como inmateriales; y por el elemento causal, formado por los hechos jurídicos que ponen en contacto a los sujetos de aquella, creando entre ellos el vínculo de poder y correlativamente de deber.

La relación jurídica ciberespacial ordena las conductas de los sujetos que actúan en el Ciberespacio en sus conexiones recíprocas y está constituida por el conjunto de poderes y facultades de unos con respecto a otros en forma reticular. Es autónoma, de derecho público y derecho privado, compleja, dinámica, unitaria y con objeto propio.

La variedad de sujetos y relaciones que tienen lugar en el Ciberespacio abarca un entramado de los tipos más diversos y entre los sujetos más variados —públicos, privados, civiles, militares, corporaciones, organismos internacionales, estados, empresas o individuos...— lo que genera un entorno relacional extraordinariamente rico que pone de relieve su alto grado de complejidad y resulta amplificado exponencialmente al ser mediado por la no menos compleja tecnología. Todo ello configura un entorno de difícil gestión que demanda inexorablemente su ordenación.



EL CIBERESPACIO COMO BIEN DIGNO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

El hombre para su desarrollo necesita entrar en posesión de diferentes objetos tanto del mundo material como inmaterial. Cuando el ordenamiento jurídico reconoce la necesidad humana de esos bienes acreedores a ser protegidos para el desarrollo de una convivencia organizada, dichos bienes se transforman en bienes jurídicos. Por lo que cuando se habla de bien jurídico protegido se está haciendo referencia a los bienes materiales e inmateriales representativos de valores sociales que han sido legalizados y pasan a ser protegidos por el derecho.

Del concepto de ciberespacio indicado se podría extraer la consecuencia que el ciberespacio es, *per se*, un activo de la humanidad, un bien jurídico digno de protección, complejo, cuya naturaleza jurídica está integrada por la relación de las realidades que le componen, que a su vez son producto de la ligazón de sujetos, objetos y contenidos producida en el entorno ciberespacial contemplado desde la perspectiva de las normas jurídicas en las que se subsumen.

La protección de bienes jurídicos no significa necesariamente la tutela a través del Derecho Penal, como pudiera entenderse *a priori*, puesto que una cosa son los bienes jurídicamente protegidos y otra cosa son los bienes jurídicos «penalmente» protegidos, si bien, es cierto que ha sido en el campo del Derecho Penal donde más se ha desarrollado la teoría del bien jurídico protegido.

Tal vez el Derecho tenga ya asumido como bienes dignos de protección jurídica muchos de los elementos materiales e inmateriales que componen el Ciberespacio, como es el caso de la información, la tecnología o ciertas relaciones humanas, pero no lo hace con el conjunto como realidad autónoma a pesar de que, desde todas las perspectivas, es reconocido como un activo indiscutible para la humanidad que demanda ser protegido legalmente.

Siguiendo las teorías personalistas, el bien jurídico es un conjunto de intereses humanos dignos de protección y parece obvio que estos se dan en el Ciberespacio.

La protección de las instituciones solo se justifica en tanto es condición de posibilidad de protección de la persona; y el interés humano en el que consiste el bien jurídico sería el valor que ha de tener protección preferente, de entre los concurrentes, en el caso de conflicto social.

Los bienes jurídicos individuales y los colectivos son distintas soluciones jurídicas a diferentes situaciones sociales, con unidad de fin de justificación y de criterios de aplicación.

El bien jurídico colectivo opera a modo de barrera de protección jurídica anticipada al menoscabo de bienes jurídicos individuales. Y no todos los bienes jurídicos colectivos sitúan su barrera de protección en el mismo momento, sino que existen unos que actúan más adelantados que otros. La sectorización de la protección, supone la existencia de bienes jurídicos para determinados ámbitos de riesgo.

Como resultado de la coordinación de estos criterios surgen bienes jurídicos cada vez más alejados del bien jurídico básico, del que tendrán carácter subsidiario, pero con respecto al cual se comportarán de forma independiente y autónoma⁵.

El bien jurídico, considerado como unidad funcional de valía para la sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, valioso, también para los ciudadanos individualmente considerados. No es algo estático, sino que evoluciona según el desarrollo de la sociedad, proporcionando según Roachin un «presupuesto para la vida en común próspera, de individuos libres en una sociedad estatal», lo que requiere de una delimitación precisa, diferenciada de las ideas morales, que seleccione daños y amenazas que se pueden sufrir de forma real.

Las características del Ciberespacio, hacen que su seguridad (ciberseguridad) juegue un papel central en el contexto de un Estado de Derecho, así como en el juego de relaciones internacionales, llegando a ser una constante presente, de una u otra forma, en todos los intereses en juego del nuevo ámbito relacional actual.

Esta omnipresencia de las relaciones cibernéticas, en todos sus aspectos, técnicos, sociológicos, jurídicos, económicos y políticos, hace emerger al Ciberespacio —y las relaciones electrónicas que lo sustentan— como un nuevo valor, un nuevo bien jurídico digno de protección —barrera de protección jurídica anticipada—, de carácter universal, que deberá servir para configurar nuevas categorías jurídicas e, incluso, nuevos tipos penales, con independencia de los ya existentes, y entre los que destaca por su importancia todo aquello que proteja el bien principal.

Dentro del Ciberespacio, la seguridad cibernética como garante de un estándar de seguridad colectiva en el ámbito relacional a que se refiere, es un área de confluencia de intereses de la más variada índole (públicos y privados, estatales, comerciales, industriales, individuales, sociales, militares, de inteligencia o policiales), todos ellos dotados de alta relevancia jurídica.

La seguridad cibernética es un bien jurídico que adquiere una dimensión institucional y supraindividual, cuyo objeto jurídico de protección inmediato es la seguridad colectiva, lo

⁵ Paz M. de la Cuesta Aguado, “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”.

que no impide que determinados bienes jurídicos individuales constituyan un objeto inmediato de protección, en una situación valorativa en relación al bien supraindividual.

La seguridad cibernética es una entidad nueva de protección, referida a los procesos y funciones que ha de cumplir el sistema, para que estén aseguradas las bases y condiciones, esencialmente los bienes jurídicos individuales.

Frente a los medios de comisión de delitos cibernéticos, de gran potencia lesiva, la seguridad cibernética tiene entidad suficiente para recibir un tratamiento autónomo como bien jurídico penalmente relevante porque es «el derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad» (STS de 9 de octubre de 1984) en el ámbito del Ciberespacio⁶.

¿EL CIBERESPACIO COMO PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD?

El desarrollo de la ciencia y la tecnología ha permitido el acceso a espacios inimaginables para el hombre que están fuera de la soberanía estatal y requieren ser gestionados. Este fenómeno ha incidido de forma directa en las ciencias jurídicas, reguladoras de la conducta humana, que han acusado el impacto del mismo como factor de transformación social y han de dar respuesta —especialmente desde el Derecho Internacional— al sentimiento de considerar a la humanidad como titular de derechos sobre nuevos ámbitos que, hasta hoy, han tenido lugar respecto al Derecho del Mar, el Espacio Exterior o el Medio Ambiente, pero que no excluye otros entornos.

Considerar estos ámbitos como patrimonio común de la humanidad demanda una positivación jurídica de la humanidad como sujeto de derecho y precisar el contenido jurídico de patrimonio común, cuyos principios normativos podrían estar basados en la no apropiación y exclusión de soberanía, uso pacífico, libertad de acceso, exploración e investigación científica o gestión racional de los recursos y de su reparto equitativo.

Hasta el momento presente, la noción de patrimonio común de la humanidad ha sido proclamada respecto al «espacio extra-atmosférico» y «los fondos oceánicos situados más allá de la jurisdicción nacional», y por afectación se proyecta también en ámbitos específicos como el cultural (arqueológico y artístico) o el natural (especies salvajes y medio ambiente) que aun estando bajo soberanía estatal, presentan intereses que conciernen a toda la

⁶ “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Gonzalo Quintero Olivares y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona 1996.

humanidad. A ellos hay que añadir la Antártida, con singularidad específica, sometida a reivindicaciones territoriales y reclamaciones de soberanía.⁷

Las características del Ciberespacio y la utilización por millones de seres humanos con una tendencia exponencialmente creciente, con las consecuencias positivas y negativas que ello comporta, requiere que sea un tema a contemplar desde diversas perspectivas, entre ellas, desde la óptica de la «especie humana» al estar la humanidad directamente concernida por su existencia, uso y abuso. En virtud de la fuerza expansiva del concepto de patrimonio común de la humanidad, entendemos que el Ciberespacio se ha de incorporar junto con los ámbitos anteriormente indicados para ser considerado, con su particularismo, como patrimonio común de la humanidad y a cuyo efecto se elabore el correspondiente Tratado internacional que así lo reconozca.

CIBERDERECHO

Parece haberse adoptado y extendido a nivel general entre las lenguas más habladas del planeta el recurso a la prefijación como forma de ir incorporando expresiones relacionadas con el ciberespacio, mediante la asignación del afijo «*ciber*»⁸ a toda una serie de palabras preexistentes.

La Real Academia Española se hace eco de esta realidad e incorpora la expresión en la 23ª edición del Diccionario de la Lengua Española, de 16 de octubre de 2014, con la que se puede construir, entre otras palabras, «ciberderecho». De donde se derivaría que este es el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en el ciberespacio y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva, así como la ciencia que estudia estos principios y preceptos.

Al margen de usos sociales, códigos de conducta y normas éticas o morales que indudablemente también son formas de ordenación, el papel del Estado en relación con las normas jurídicas permite diferenciar a estas de las demás normas que ordenan la conducta humana.

El desarrollo del ciberespacio ha potenciado toda clase de actividades tanto gubernamentales, como comerciales o sociales y muchos procesos mundiales son

⁷ Antonio Blanc Altemir, “Reflexión sobre el alcance jurídico de la noción de patrimonio común de la humanidad”. Revista Annales, Boletín nº 1749, páginas 115-140.

⁸ **Ciber**: (De Cibernética). 1. elem. compos. Significa ‘cibernético’. Ciberespacio, cibernauta. (23ª edición 2014, del Diccionario de la Lengua Española).

controlados a través del mismo, se configura como un bien de alto valor que requiere seguridad como elemento imprescindible y necesita protección jurídica.

La nueva situación demanda una respuesta adecuada de los ordenamientos jurídicos y de la normativa internacional, en un marco cívico, en el que se ha multiplicado toda clase de actividades, con una alta repercusión en todas las ramas del Derecho, de las que requiere su adecuación a la nueva realidad para hacer frente, especialmente, a las dimensiones informacionales, tecnológicas y securitarias incorporadas a las materias de su ámbito de ordenación, atendiendo al alcance global de los efectos de las nuevas tecnologías, su valor patrimonial, político y estratégico, su alto potencial como instrumento comisivo, y en la internacionalización de la vida en general.

La emergencia de ámbitos de relación, de poder, de orden social y de convivencia solidaria en el entorno ciberespacial, al margen o en paralelo a los Estados, abren paso a nuevas formas de convivencia donde pueda existir la solidaridad y, en las que el Derecho tendría, eventualmente, una configuración distinta, comenzando por la delimitación del ámbito.

Se trataría de una delimitación flexible, cambiante y movida por la regulación de necesidades que podrían no coincidir con las estrictamente sociales. Se podría llegar a plantear una reducción de las normas tradicionales, centrándose en las mínimas necesarias, a la vez que se desarrollarían códigos universales de conducta, bajo principios éticos en las diferentes áreas de actuación, de forma análoga a lo que hoy son los principios generales del derecho.

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

De la definición de ciberespacio, de su estructura y naturaleza jurídica se deriva que existen normas vigentes que son de aplicación a determinados presupuestos fácticos que se dan en el ciberespacio, pero, al mismo tiempo se pone de relieve la insuficiencia normativa para otros y, en todo caso, se evidencia la ausencia del regulación del conjunto como ente autónomo y global.

Uno de los temas más críticos —y polémico— que laten en la dimensión inmaterial del ciberespacio está relacionado con la información y el conocimiento que, de forma sintética, podrían ser representados por los conceptos jurídicos de «libertad de expresión», intimidad y el «secreto de las comunicaciones», y todo el juego de relaciones recíprocas subyacentes, aplicado tanto a la información pública como a la información privada que constituye uno de

los nudos gordianos de su componente político y jurídico, donde se confronta la libertad y la seguridad.

Todo este conflicto no es nuevo. Se viene dando en la sociedad pre-ciberespacial y está tan consolidado que tiene reflejo en diferentes normas internacionales y en la práctica totalidad de las constituciones del mundo, de cuya interpretación conjunta se puede extraer, de forma condensada, los postulados que venimos repitiendo en nuestros análisis.⁹

Tanto la libertad de expresión como el secreto de las comunicaciones son logros político-jurídicos¹⁰ irrenunciables que adquieren una mayor importancia, si cabe, en el ciberespacio donde el flujo masivo de información y conocimiento es un elemento constitutivo de su propia naturaleza, al igual que lo es la tecnología que lo media y el derecho que lo regula, dando todo ello lugar a uno de los conflictos jurídico-políticos más significativos que se producen en su seno, cuyo alcance jamás se había pensado. Afecta a los aspectos más sensibles de la sociedad civilizada y lo hace con la inconmensurable dimensión derivada de las enormes capacidades derivadas de las TICs.

Por cuanto se refiere a la libertad de expresión en el ámbito internacional se han de destacar los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950, el artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo) de 1950, el artículo 5 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, el artículo 15.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el artículo 13 de la Convención americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), el artículo 13 de la Convención americana sobre Derechos humanos de 1970, y los artículos 5, 26 y 28 de

⁹ * Transparencia de lo público y secreto de lo privado, como norma general.
* Secreto de lo público y transparencia de lo privado, como excepción.
* Un secreto público muy intenso, pero poco extenso.
* Un secreto privado muy extenso y tan intenso como permita la real y efectiva aplicación del ordenamiento jurídico.

(«Globalización, Ciberespacio y Estrategia: especial consideración a la Estrategia de la Información», José María Molina Mateos, IEEE, 12 de septiembre de 2014).

¹⁰ **Antecedentes constitucionales de la libertad de expresión en España:** Artículo 145 del Estatuto de Bayona de 1808, artículo 4 de la Constitución de Cádiz de 1812, artículo 2 de la Constitución de 1837, artículo 2 de la Constitución de 1.845, artículo 17 de la Constitución de la Monarquía Española de 5 de junio de 1.869, artículo 13 de la Constitución de 1.876, artículo 34 de la Constitución de 1.931, artículo 12 del Fuero de los Españoles y artículo 20 de la Constitución Española de 1.978.

la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales (Resolución del Parlamento Europeo de 1989).

En lo relativo al secreto de las comunicaciones, cabe señalar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.1948, el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.), firmado en Roma el 04.11.1950, que proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar, así como el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.1966.

El hecho de que ninguno de los textos internacionales hiciera mención alguna a las comunicaciones telefónicas, no ha impedido que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.) haya sostenido de forma unánime que dicho tipo de comunicaciones debían ser incluidas como una variante del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En este sentido, el T.E.D.H. estableció en su sentencia de 06.09.1978 (caso Klass contra la República Federal de Alemania) que, a pesar de que el párrafo 1º del art. 8 del C.E.D.H. no mencione expresamente las conversaciones telefónicas, puede considerarse que las mismas también están comprendidas en las nociones de «vida privada» y de «correspondencia». Del mismo modo hay que interpretar todo tipo de comunicaciones telemáticas.

La referida sentencia, en la cual se enjuiciaba la legitimidad o no de los poderes ejecutivos de los *landers* alemanes en base a la Ley Fundamental de Bonn (art. 10.2) para someter a las personas de su jurisdicción a determinadas medidas de vigilancia, sentó una importante doctrina sobre la justificación y el control de las escuchas telefónicas, al concluir que la injerencia del Ejecutivo debía someterse a un control eficaz del Poder Judicial a fin de evitar prácticas abusivas en la intimidad de los particulares. Esta doctrina se reitera en las Sentencias del T.E.D.H. de 02.08.1984 (caso Malone), de 24.04.1990 (casos Kruslin y Huvig, con idénticos fundamentos jurídicos) y de 15.06.1992 (caso Lüdi).

¿HACIA UN DERECHO DEL CIBERESPACIO?

Si el estudio del ciberespacio es un tema novedoso, el enfoque jurídico del mismo lo es aún más por estar presente desde los albores de su nacimiento, aunque hasta hoy existe una clamorosa ausencia de Derecho como medio regulador del ciberespacio. Sin embargo, la relevancia de la respuesta legal que se dé a los problemas del ciberespacio están en su base misma y por ello resulta esencial su aproximación al estudio y seguimiento de las iniciativas jurídicas que surjan en los derechos internos y en las normas internacionales.

El Derecho que se ocupa del ciberespacio está constituido por un conjunto de normas en todas las ramas, lo que le da su singularidad.

Dado que el ciberespacio es el producto resultante de la cooperación integrada entre sujetos públicos y privados, actores nacionales e internacionales, empresas, corporaciones e individuos, su poder, sin duda exorbitante, procede de un imperativo de funcionamiento sistémico que operaría, en cierto modo, como un referente natural.

Los debates sobre el ciberespacio se verán enriquecidos con las investigaciones sobre su ordenación jurídica que contribuirá a precisar sus categorías conceptuales.

La peculiaridad del ciberespacio demanda la presencia de una regulación jurídica destinada a hacer posible su eficacia al servicio de la comunidad internacional, del Estado, de empresas, corporaciones, sociedades y los individuos. Y es su propia peculiaridad la que impregna al Derecho cibernético de una inexcusable demanda de colaboración, inscrita en marcos globales de actuación. Lo que no impide ir evolucionando desde marcos más reducidos cuyo fin último es su convergencia en la globalidad que, en su día, se pueda plasmar en un gran acuerdo internacional sobre el ciberespacio.

Aunque hablar de historia de este Derecho pueda resultar un sarcasmo, antes o después tendrá la suya propia y, a pesar de su estado incipiente, ya existen referencias históricas y jurídicas cuyo análisis permite ir construyendo lo que será la historia del Derecho cibernético. Su aproximación se ha de realizar aprovechando los recursos metodológicos de las dimensiones que lo componen (sistémica, tecnológica, económica, informacional, securitaria, política, jurídica, etc.) y de las ramas que lo integran.

Lo que podría llevar a la revisión de los ordenamientos jurídicos y al análisis, elaboración y desarrollo de la dimensión cibernética en todos y cada uno de los derechos en ellos recogidos, por considerar que el Derecho cibernético no es en sí una rama del Derecho, sino una extensión transversal de los ordenamientos que afecta a todas las ramas del mismo, que lo amplía y, en algunos casos, modifica, contribuyendo a completar el marco regulador de la nueva realidad cibernética en la que estamos inmersos. Y, en consecuencia, el Derecho cibernético o ciberderecho sería la extensión del ordenamiento jurídico en su dimensión cibernética.

El reto del Derecho en los ámbitos cibernéticos no viene de la mano de su articulación como nueva disciplina, sino de la profundización de todas las ramas del Derecho incorporando la especificidad cibernética y de seguridad, lo que requiere asimilar la realidad cibernética y securitaria y proyectarlas en una adecuada articulación de categorías jurídicas.

El avance de la dimensión jurídica del ciberespacio vendrá unido a la elaboración de marcos políticos y sus correlativas normas jurídicas necesarias, que unifiquen la evolución general del ordenamiento, recojan los principios generales y asimilen la realidad cibernética, a lo que habría que añadir la implicación de los especialistas de las distintas ramas, en la dimensión cibernética, que a todos afecta de una u otra forma, y sea percibido el fenómeno cibernético como una evolución de la realidad sobre la que opera su propia disciplina.

Lo que implicaría la actuación en tres niveles, uno a nivel de ordenamiento en su conjunto y otro a nivel de las distintas ramas y especialidades del Derecho, a lo que habría que añadir una tercera actuación a nivel internacional donde se darían los pasos necesarios para el establecimiento de un orden cibernético mundial.

RETO DEL CIBERESPACIO PARA LOS JURISTAS

El papel que juega el Derecho en cualquier sociedad ha sido puesto de manifiesto desde hace milenios y se encuentra certeramente sintetizado en los aforismos romanos *ubi societas ibi ius* y *ubi ius, ibi societas*, poniéndose nuevamente de manifiesto en momentos en los que la humanidad se encuentra inmersa en la articulación de la sociedad surgida con la llegada de la era digital.

La nueva era gira en torno al concepto de ciberespacio como un ámbito común de relaciones de todo tipo, realizadas a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, cuyas consecuencias se hacen sentir en los más variados aspectos de la vida del ser humano, bien aisladamente considerado o como sujeto social y político, y, por consiguiente, en su sociabilidad, intereses, derechos, libertades o seguridad y en la de las organizaciones en las que se integra.

Las ventajas sin paliativos que supone el mundo digital para el progreso de la humanidad llevan implícitas una serie de inconvenientes que, sometidos a la balanza de la Razón, esta se inclina decididamente a favor de las primeras, consolidadas como activos irrenunciables y, por ende, como bienes jurídicos dignos de protección, que perfilan, de este modo, en muchos casos, a los inconvenientes provocados, como realidades acreedoras a la antijuridicidad por tener su base en conductas humanas dignas de reproche legal.

Esta confrontación inicialmente intelectual y posteriormente jurídica, alcanza una solución material a través de la seguridad de la información y de las redes, como medida para el logro de una protección real y efectiva de intereses, derechos y libertades, y única forma de armonizar Razón y Derecho que, *per se*, excluye medidas que para evitar los inconvenientes puedan poner en cuestión el mantenimiento operativo del sistema cibernético o sus

infraestructuras y —a la vez— aquellas otras que puedan debilitar la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

De todo ello se deriva que en un modelo civilizado de sociedad digital el Derecho tiene un límite material a su aplicación efectiva de naturaleza tecnológica, determinado por el propio límite de la tecnología, y la tecnología tiene un límite jurídico que se sitúa en la barrera infranqueable del respeto a los Derechos Humanos, cuyo resultado es un punto crítico de equilibrio en el que se da la simbiosis de ambos mundos y al que nos atrevemos a calificar como bien superior de este nuevo ordenamiento combinado.

El punto crítico de equilibrio es el resultado del balanceo de los distintos intereses y derechos en juego, en los que interviene la dimensión racional, la jurídica, la tecnológica o la securitaria, y comienza a plasmarse en las iniciativas de ciberseguridad de incipiente florecimiento en los países más avanzados entre los que se encuentra España.

El día 5 de diciembre de 2013, el Consejo de Seguridad Nacional aprobó la Estrategia de Ciberseguridad Nacional (ECSN), adoptada al amparo y alineada con la Estrategia de Seguridad Nacional 2013.

En sus cinco capítulos, siete objetivos y ocho líneas de acción, este documento estratégico configura el marco de referencia de un modelo integrado basado en la implicación, coordinación y armonización de todos los actores y recursos del Estado, en la colaboración público-privada, en la participación de los ciudadanos y en la cooperación internacional. La ECSN crea una estructura orgánica que sea integra en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, y servirá para articular la acción única del Estado conforme a unos principios compartidos por los actores concernidos y en un marco institucional adecuado.

Entre sus medidas concretas destina una (Capítulo 4, Línea de acción 4, último párrafo) para «Asegurar a los profesionales del Derecho el acceso a la información y a los recursos que les proporcionen el nivel necesario de conocimientos en el ámbito judicial para la mejor aplicación del marco legal y técnico asociado. En este sentido, es especialmente importante la cooperación con el Consejo General del Poder Judicial, la Abogacía del Estado, la Fiscalía General del Estado, la Fiscalía Coordinadora de la Criminalidad Informática y el Consejo General de la Abogacía Española».

Todos los factores y dimensiones que integran el ciberespacio, entre ellos la dimensión jurídica, están condicionados al grado de armonía que alcance la ordenación de las relaciones que se dan de las partes entre sí y de estas con el todo.

El grado de excelencia del sistema ciberespacial y su eficacia vendrá determinado por el grado de cumplimiento de su ordenación.

La Estrategia de Ciberseguridad Nacional compromete decididamente a todo el mundo del Derecho, de forma que la seguridad cibernética es irrealizable sin su plena participación, similar a como no sería posible sin la participación de los tecnólogos.

De todo ello se derivan acciones legislativas que trasladarán sus postulados estratégicos a los ordenamientos jurídicos como instrumentos de ordenación social, en cuya aplicación surgen las más variadas controversias. Se da la circunstancia de que las inmensas posibilidades que brindan las tecnologías para hacer realidad este prodigio de la creación humana que es el ciberespacio son las mismas que están al alcance de quienes con desprecio de la legalidad pretenden violentar intereses, derechos o libertades ajenos, en cuya defensa están profesionalmente comprometidos los hombres y mujeres de leyes.

Para que un ambiente de paz digital sea una realidad han de caminar al unísono tecnología, derecho y seguridad, y los más rezagados en esta carrera, hasta ahora, parecen ser los juristas, que tienen ante sí la panoplia más completa de actuaciones de las diversas profesiones desde las que operan.

Lo cierto es que los intereses, derechos y libertades de los ciudadanos y las organizaciones en las que se integran son una parte muy vulnerable en la era digital que requiere de una acción especialmente decidida desde el Derecho para protegerlos, velando por la utilización de los medios que la tecnología ofrece, aplicados de acuerdo a su *lex artis*, para el logro de finalidades lícitas, y en caso contrario, mediante la exigencia de las correspondientes responsabilidades en todos los órdenes.

El conocimiento de la realidad digital se erige así en una exigencia ineludible para el jurista, derivada de que la nueva realidad cibernética impregna intereses, derechos y libertades, de ciudadanos, justiciables y clientes.

Pero a cada profesión jurídica le afecta de forma diferente y demanda de ella un compromiso distinto en la construcción de la sociedad digital:

- Los «*policy makers*», filósofos del Derecho e investigadores jurídicos, tienen ante sí la magna tarea, tal vez la más importante, de comprender el fenómeno en su conjunto desde la altura intelectual en la que les sitúa su función, lo que les obliga a adentrarse en la tecnología y la ciencia, la sociología y la seguridad, así como en la filosofía que la sustentan, como forma de obtener un destilado válido subsumible en el Derecho, dentro del que ha de

elaborar, o adaptar en su caso, los principios jurídicos necesarios que acojan a la nueva realidad y propicie su entrada en el ordenamiento legal.

- Los que ejerzan tareas como legisladores, o en apoyo a los mismos, tienen la especial responsabilidad de organizar la convivencia de dos mundos distantes, Tecnología y Derecho, que por mor de las circunstancias confluyen intensamente en el Ciberespacio y, además, hacerlo sin renunciar al uso de las categorías jurídicas, logradas en un riguroso proceso de depuración constante, ofrecerlas a la Tecnología, que como realidad más joven las necesita, y, a la vez, ser capaz de ver en ella un magnífico instrumento para lograr la eficacia del Derecho.
- Los intérpretes y aplicadores del Derecho han de ser conscientes de la innovación normativa que se avecina en todos los órdenes jurisdiccionales, lo que requerirá un esfuerzo adicional para la plena comprensión de la dimensión digital como requisito para entender la nueva realidad social, y todo ello, con independencia de la posición concreta en la que se encuentren, como promotores de la defensa de la legalidad y del interés público protegido por la Ley; de la asistencia jurídica del Estado, Administraciones Públicas y órganos constitucionales; la de entidades privadas, o sujetos particulares; la alta tarea de impartir Justicia mediante el dictado de resoluciones y sentencias; el ejercicio de la fe pública como cualificado «tercero de confianza» tan necesario en las relaciones electrónicas; la representación y procura, o de sus imprescindibles aportaciones como jurisconsultos.
- Sin olvidar la docencia, como pilar básico para la formación de generaciones futuras y, en este caso, también presentes, de forma que les impida ser excluidas por la propia dinámica de la evolución del cambio de paradigma que supone la llegada del mundo digital, contribuyendo al desarrollo de la sensibilidad necesaria para detectar los problemas en un nuevo ámbito, y a mantener la línea de finura y rigor de las que el jurista español ha hecho gala a lo largo de la historia.

Pero además de sus respectivas funciones como hombres y mujeres de leyes, estos son también ciudadanos, empleados públicos, asalariados o profesionales independientes y, por tanto, sujetos pasivos de toda una revolución que les afecta en su quehacer cotidiano, en su vida, en la de las organizaciones a las que pertenecen y en su mundo de relación.

La llegada de la era digital es todo un reto lleno de posibilidades y oportunidades tanto para la Ciencia Jurídica como para los profesionales del Derecho.

De todos ellos, por su función, número y versatilidad de tareas, así como por su contacto directo con el tejido social y productivo, habría que hacer una especial mención a los Abogados y sus organizaciones, que, en este nuevo escenario, están llamados a convertirse en paladines de un orden digital justo, equitativo y seguro, donde los derechos de sus patrocinados, lejos de ser debilitados en un entorno tecnológico complejo, que para muchos se les antoja extraño, en el que abunda la controversia, salgan reforzados por la simbiosis de

una inteligente y audaz utilización del Derecho, la Tecnología y el compromiso con la Sociedad.

CONCLUSIONES

Los retos del Derecho ante las ciberamenazas requieren el previo análisis del concepto y naturaleza de Ciberespacio, sus vulnerabilidades, la determinación de sus amenazas, y conocer el alcance de las posibilidades jurídicas.

De ello se podría deducir que los retos del Derecho ante el Ciberespacio son los derivados de su condición de instrumento de ordenación social aplicado a un ámbito global de relación, de naturaleza artificial, abierto, inseguro, estructurado en forma sistémica y mediado por las tecnologías. Lo que exige profundizar en los elementos configuradores de este ámbito y sus relaciones, verdadero sustrato fáctico sobre el que ha de operar el Derecho.

De forma muy especial requiere analizar las TIC's como componente esencial de la naturaleza del Ciberespacio y la incidencia de su utilización por el ser humano en los aspectos básicos de la «relación jurídica» y de «la persona y la personalidad» como sujetos de la misma, así como el papel de la seguridad en todo ello, para, de este modo, ir sentando las bases sobre las que determinar los retos del Derecho ante las ciberamenazas y construir un armazón legal consistente.

En el plano jurídico, esta incipiente formulación es *iuspublicista* y tiene su paralelo y complemento *iusprivatista*, basado en los derechos de la personalidad que pertenecen fundamentalmente al Derecho privado.

Mientras los derechos del hombre se preocupan, sobre todo, de su tutela pública, aspirando a poner al individuo bajo la protección del Derecho público, la teoría de los derechos de la personalidad pertenece al Derecho privado y responde al propósito de que sean reconocidos y proclamados tales derechos como una nueva especie de derechos privados, dotados de protección civil.

La significación política que acompaña tanto a la teoría de los derechos humanos como a los llamados derechos individuales resulta muy clara y están vinculados a las declaraciones de derechos formuladas a partir del siglo XVIII, en los que la doble característica política e individualista, se manifiesta con nitidez. Todos los derechos proclamados en las declaraciones de derechos humanos son individuales, en cuanto tratan de determinar exenciones o libertades cuyo beneficiario es el individuo, pero, al mismo tiempo, tienen un alcance político, en cuanto suponen una afirmación frente al Poder o son de garantía frente al mismo. De donde se deriva el carácter público-privado que la

dimensión jurídica de los elementos esenciales configuradores de una política de información.

La clasificación de información resulta esencial para determinar los distintos ámbitos y tipos de información, su valoración en cuanto a la transparencia o reserva e interconexiones recíprocas, será fuente de inspiración de la regulación de la publicidad o transparencia y los secretos, en el Ciberespacio, así como el grado de protección que ambas realidades requieran. Por ello viene a ocupar uno de los espacios más sensibles de cualquier sociedad democrática por cuanto supone la posibilidad de plasmar el equilibrio entre libertad y seguridad, y el riesgo de no hacerlo.

i

*José María Molina Mateos**
Doctor en Derecho,
Máster Universitario en Estudios sobre Paz, Seguridad y Defensa
Especialista en Criptología
Profesor visitante de la UCJC

*NOTA: Las ideas contenidas en los **Documentos de Opinión** son de responsabilidad de sus autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del IEEE o del Ministerio de Defensa.