

Opinión

La privacidad en la era digital, ¿protección o redefinición?

POR VIRGINIA SIMARI

"Con Internet sentimos que accedemos a un mundo iluminado y, es cierto, pero olvidamos que ese mundo tiene acceso a nosotros y amenaza nuestra privacidad de modos que ni siquiera imaginamos" Nicholas Constantine Barbutles (1)

El desarrollo de la informática en sus diversas expresiones, sitios, blogs, redes sociales y los buscadores que posibilitan acceder a aquellos, es por todos conocido.

Es tiempo de ir reflexionando acerca de qué se hace con las consecuencias no deseadas del uso de Internet en sus diversas expresiones o, bien, cómo se responde cuando desde allí se aleccion derechos que son tan legítimos como el de su desarrollo como canal de expresión.

Los datos y la información circulan sin control por la red, parecen tener vida propia.

Chanto referiré seguidamente supongo aquel punto de partida sobre el que asumo que no es preciso extenderse.

Jeffrey Rosen (3) recuerda que el paradigma de la era digital es el fin de olvido; entonces, si ésta se transforma en una amenaza para la privacidad, ¿cómo compatibilizamos la defensa del derecho a la privacidad y la realidad que ofrece la *web*? ¿cómo se dirime esa tensión?

El sociólogo Thomas Mathiesen escribió *"...the many are watching the many"* (2) al referirse al alcance de la *web*.

Es función del derecho civil distribuir cargas y costos sociales de modo equitativo, y en este punto recordemos que nos hallamos frente a una materia no regulada, lo que le añade complejidad al escenario.

El nuevo escenario debe ser analizado desde una perspectiva amplia, abarcadora de la multiplicidad de realidades que afecta, y con ello interdisciplinaria.

I. Las garantías en juego o el juego de las garantías

De tal modo, pretender examinar la cuestión tan sólo desde la mirada del Derecho ofrecería un panorama incompleto y, como tal, susceptible de conclusiones erróneas o cuando menos, incapaz de aportar respuestas eficaces.

La expresión a través de nuevas herramientas no debe alterar la esencia de los derechos que puedan resultar afectados.

Dado ello y a modo de disparador cabe la pregunta ¿Cómo se defiende la privacidad en la era digital? y aun más ¿Cómo se define el ámbito de la privacidad en la era digital?

Digo con esto que el derecho a la libre expresión tiene jerarquía constitucional sin importar cuál sea el medio del que se valga, en tanto que el derecho personalísimo a la imagen la conserva, aun en la era digital.

Ello va en consonancia con el concepto de que el Derecho no debe ser visto como una ciencia autosuficiente y portadora de la virtud de resolver todo por imperio de la voluntad normativa.

No podemos perder de vista que una norma que consagre el servicio de Internet como comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no tiene más ni menos relevancia que otras normas con las que debe ser compatibilizada en el caso concreto; esto es, frente a la tensión entre derechos y garantías de igual rango, es precisa la ponderación.

Vamos a revisar entonces el tema desde al menos dos perspectivas: la jurídica y la que podríamos denominar sociológica o tal vez social.

Según Directivas para los Estados Miembros de la Unión Europea, quien gobierna la información debe asumir los costos de la dañosidad social.

Notas

- (1) Doctor en Filosofía de la Educación de la Universidad de Stanford.
- (2) Mathiesen, "The viewer society: Michel Foucault's "Panopticon" revisited".
- (3) Profesor en George Washington University.

De cara al impacto que la irrupción de Internet produjo y continúa generando en el mundo de la comunicación y sobre la propáganda de ideas e imágenes, cabe revisar cómo responde el derecho civil ¿cuenta con herramientas adecuadas para acompañar la era digital? y en todo caso ¿de qué instrumentos puede valerse?

(Continúa en pág. 2) >

La práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo

POR JUAN B. FICHERY

Después de la Segunda guerra Mundial, varias Naciones Europeas llevaron adelante un proceso de reordenación política por medio del cual pasaron del tradicional Estado de Derecho formal a un Estado material de Derecho. (1) Dicho cambio se caracteriza por la incorporación en las constituciones de: (i) derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable; y (ii) sistemas de control judicial de constitucionalidad.

Este fenómeno, denominado "neoconstitucionalismo", se ha expandido sobre buena parte del mundo occidental. Quienes se han ocupado de este fenómeno en el mundo anglosajón han puesto su atención sobre el alcance del control judicial de constitucionalidad. Los principales defensores de esta posibilidad han reconocido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una "lectura moral de la constitución". (2)

Históricamente, el modelo "neoconstitucionalista" se ha desarrollado en debate contra un modelo puramente *legalista*, al que busca superar. Este debate puede ser sintetizado con cuatro fórmulas que reflejan el cambio de un modelo por otro: (i) valor en lugar de norma; (ii) ponderación en vez de subsunción; (iii) omnipresencia de la constitución en vez de independencia del derecho ordinario; (iv) omnipotencia judicial apoyada en la constitución —sobre todo de los tribunales con jurisdicción constitucional— en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la constitución. (3)

Con este trabajo buscamos iluminar cómo el fenómeno neoconstitucionalista repercute en la práctica del Derecho. Para ello, explicaremos estas cuatro fórmulas conectando dichas explicaciones con las siguientes cuatro preguntas: (i) ¿cómo afecta la práctica del Derecho la necesidad que tienen los operadores jurídicos de aplicar principios?

(ii) ¿qué implicancias tiene que el Derecho no pueda ser aplicado de modo "mecánico"?; (iii) ¿qué supone que los operadores jurídicos pueden distinguir entre ley, derechos y justicia?; y (iv) ¿qué consecuencias tiene que el Derecho deje, en algunas ocasiones, márgenes de discrecionalidad a los operadores jurídicos?

No sólo un sistema de reglas, sino también un sistema de principios y valores

Muchos sistemas jurídicos occidentales hacen referencia o incorporan un gran número de estándares valorativos de decisión jurídica. A modo de ejemplo, puede advertirse cómo la Constitución de Estados Unidos de América establece, en su octava enmienda, que no se infligirán penas "crueles e inusuales". Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 1 de la Constitución Alemana que establece que: "La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público". La Constitución de Timor Oriental promulgada pocos años atrás por uno de los últimos países en ser reconocido como independiente por la comunidad internacional) también recoge este tipo de estándares. Por ejemplo, en su artículo 34 establece la invalidez de la prueba obtenida por medio de "la violación de la integridad física o moral de un individuo". (4) La Constitución argentina no es una excepción en este sentido. Como ejemplo, basta con nombrar su artículo 14 bis que establece que se le asegurarán al trabajador condiciones "dignas y equitativas de labor".

Más aun, estas prácticas constitucionales establecen estos principios —y muchos otros— "como tests explícitamente morales de jurisdicción que requieren que los jueces y abogados se involucren con argumentos morales sustantivos cuando decidan cuestiones de validez jurídica". (5)

Esto muestra una concepción que considera al Derecho en parte relacionado con la moral. En otras palabras, este tipo de sistemas jurídicos recepta algunos límites

Notas

- (1) Cf. E. W. Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs" in Elmke, H., Schmid, C. y Scharoun, H. (eds.), *Rechtschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt, 1969, 53-76. Traducción al castellano de Agapito Serrano, R. de, "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho" en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Trotta, Madrid, 2000, 17.
- (2) Cf. R. DWORCKIN, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", en R. DWORCKIN, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 1-38.
- (3) Cf. R. ALEXY, *Der Begriff und Geltung des Rechts*, Friburg/München, Verlag Karl Albert, 1992. Traducción al castellano de J. M. Peña, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1994, 159-177.
- (4) Sobre la constitución de Timor Oriental cf. J. B. FICHERY, "Building a Democracy respectful of Human Rights: the Constitutional Design that Emerges from the Philosophical Roots of the Constitution of Timor-Leste", en W. BINCHY (ed.), *The Constitution of Timor-Leste*, Dublin, Clarus, 2010.
- (5) W. WALLUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 140.

(Continúa en pág. 2) >

La privacidad ...

(Viene de pág. 1) >

II. Una vez más ¿Desde dónde se crea el Derecho?

Tal es el escenario en que los jueces son llamados a decidir sobre esa tensión en los casos concretos.

Cabe preguntarse entonces desde dónde suple el juez el vacío legal; a partir de qué asume la elaboración de la norma (sentencia) para cubrir una laguna dejada por el legislador.

Según Gény el juez tiene que recurrir a un criterio de justicia y utilidad proyectado sobre el trasfondo de los hechos sociales.

Las decisiones de los jueces constituyen una elección fundada en parámetros de justicia de cara a los hechos que presentan los nuevos tiempos.

La interpretación de las normas ya búsqueda de la solución tienen que orientarse al principio de autonomía de la voluntad, al orden y el interés público y a la armonización de los intereses privados contrapuestos.

Cada magistrado construye el objeto de la ciencia jurídica refiriéndolo a lo que interesa incluir, diseñando un orden de reparos; es decir, permite al derecho lograr su función ordenadora de la sociedad, consagrar los derechos evitando darle la espalda a los valores y a la realidad social.

decisiones cuyo efecto se proyecta a futuro.

Portalis, coautor del Proyecto del Código francés expresaba “preverlo todo es una imposible pretensión”, “Hágase lo que se quiera, jamás las leyes podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los negocios de la vida.” “Las necesidades de la sociedad son tan variadas, el comercio entre los hombres es tan activo, los intereses son tan múltiples, sus relaciones son tan extensas, que es imposible al legislador prevenir todo”, sostenía que era la jurisprudencia la que puede dar luz al legislador y en tal caso, cumplir una función adaptadora necesaria.

La Constitución es en cada supuesto el marco de las incumbencias que garantiza la legitimidad de las normas individuales (sentencias) para suplir las lagunas dejadas por el legislador.

“...La aspiración legislativa, ni la interpretación de las leyes por parte de la doctrina y la jurisprudencia pueden permanecer fuera de las corrientes profundas de la vida social. No hay un jurista posmoderno que no se preocupe de poner su interpretación en armonía con las necesidades actuales...” (“Les méthodes juridiques”, conferencias dadas por profesores universitarios en el Colegio Libre de Ciencias Sociales en 1910 publicadas con prefacio de Paul Deschanel citado por la CSJN en “Avico c. de la Pesa” Fallo 172:21, La Ley Online).

De la misma cita se refieren las palabras de Ihering “... no son los hechos los que deben seguir el

derecho, sino es el derecho el que debe seguir a los hechos.”

Hasta aquí el camino que se abre a los operadores del derecho y especialmente a los jueces frente a supuestos fácticos modernos y no contemplados por las normas.

III. ¿Quién asumirá los costos? El quid de los buscadores

La realidad se suscita y es necesario que desde el Derecho se brinde una respuesta adecuada y oportuna en cada caso concreto, pero es preciso también que como operadores jurídicos efectuemos una lectura con proyección, que posibilite un crecimiento de la *web* armonizado con los valores de la sociedad expresadas en las garantías constitucionales.

La complejidad de Internet facilita el anonimato del emisor del mensaje; la cuestión es establecer las responsabilidades que subyacen en el sistema normativo.

Los buscadores —como facilitadores de acceso a contenidos dispersos por la red— pueden exponer a los usuarios a nuevos riesgos y a daños efectivos.

En la mayoría de los casos, los contenidos e información son creados, editados y/o colgados por terceros que en numerosos casos sus puestos permanecen anónimos, por tal razón desconocer la responsabilidad civil de los buscadores consagra en la práctica la desprotección de los individuos afectados.

Estamos de acuerdo en que los buscadores no aportan los conte-

nidos a los sitios, pero es necesario dejar en claro que sin ellos resultaría remotísimo si no imposible, acceder a aquellos. Eso los coloca en una posición peculiar. Son algo así como bibliotecarios con pase casi exclusivo a la llave que conduce al material que los sitios almacenan. Se ha dicho que si bien es posible diseñar tecnologías que protejan tanto la libertad como la seguridad, es más probable que se opte por diseños que favorezcan de manera notable a la seguridad por encima de la libertad. (4)

Dado esto, los prestadores del servicio deben asumir las consecuencias de esos riesgos, ya que poseen el gobierno de la información y la capacidad técnica de acceder, analizar y seleccionar.

Los buscadores al contribuir al acceso a los sitios se encuentran en mejores condiciones técnicas para prevenir la eventual generación de daño.

En todo caso, la capacidad con que cuentan los buscadores tienen para generar búsquedas seguras, focalizadas, con filtros, con posibilidad de indexación los muestra como un operador que puede ser responsabilizado.

Todo aquel que maneja riesgos sociales derivados de su actividad debe responder por los daños que ocasione.

Notas

(4) En Rosen, “The naked crowd”, Random House, NY USA.

La práctica ...

(Viene de pág. 1) >

al Derecho positivo vinculados a los derechos fundamentales (humanos o morales). Para que tenga sentido la recepción de este tipo de derechos, éstos no pueden ser definidos de un modo meramente positivo; esto sucede, ya que, en dicho caso, los derechos humanos resultarían degradados a meras concesiones de la autoridad, re-vocables y, por lo tanto, perderían su naturaleza absoluta. (6)

Lo anterior supone que los operadores jurídicos no sólo aplican reglas, sino también principios. Los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica concreta y determinada como las reglas. Por otra parte, los principios tienen una

Los jueces como productores de normas ubican las fuentes formales en la culminación de un camino de participación muy regulado y limitado que es el proceso, lo que constituye la garantía que enmarca la facultad y la obligación que pone en nuestro régimen sobre sus hombros, la norma del art. 16 del Código Civil.

El cambio histórico y la mutabilidad de la realidad requieren la ponderación de principios diversos, que constituyen los desafíos que enfrentan los jueces.

El Derecho está sujeto a formulaciones generales, evolucionan de modo dinámico a partir de la inclusión de la conducta como objeto de su estudio en su interiego con las normas que la regulan, y de valores con arreglo a los cuales revisamos la consistencia de cada norma con su sistema, ello le asegura su carácter orgánico.

El juez es llamado a decidir aun cuando la cuestión civil no pueda resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley y es allí donde de modo manifiesto como elaborador de la norma (sentencia) debe nutrirse de los hechos, de los valores, recurrir al elemento sociológico y axiológico para insertarlo en el normativo.

El Derecho va detrás de la realidad y el juez actúa esencialmente con sentido histórico resolviendo el conflicto pasado a través de

dimensión de “peso e importancia” que las reglas no tienen. A diferencia de lo que suele ocurrir con las reglas, la aplicación de los principios no se realiza “a todo o nada.” La aplicación de los principios admite grados de cumplimiento y, por ello, cuando en un caso dos principios entran en conflicto, el encargado de dirimirlo ha de tener en cuenta el “peso relativo” de cada uno de ellos. (7)

Claramente, la aplicación de los principios exige un tipo de razonamiento que no es meramente formal o no valorativo. De hecho, también la aplicación de las reglas depende de un tipo de razonamiento práctico valorativo, porque la validez de dichas reglas depende

de su compatibilidad con algunos principios. En suma, los principios se deben tener en cuenta incluso para subsumir un caso a una regla.

La aplicación del Derecho requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo

Como ha sido explicado, los sistemas jurídicos neconstitucionalistas se encuentran abiertos a argumentos valorativos. Esto puede ser claramente advertido si se tiene en cuenta que incorporan derechos fundamentales. Dichos derechos han sido receptados como principios, renunciándose de este modo a definidos en forma clara y precisa. En cambio, su intensidad y alcance se dejan abiertos y, por tanto, necesitan de balance, peso o ponderación. Por un lado, debido a su contenido, estos principios exceden los tests de origen o pedigrí mera-

(6) Cfr. Ibid, 43.

(7) Cfr. W. WALUCHOW, op. cit., 122, 184-185 y J. RAZ, “Incorporation by Law”, Legal Theory 10 (2004), 10-12.

(8) Cfr. Ibid, 43.

Omnipresencia de la Constitución

El hecho de que el contenido material o sustantivo de la Constitución funcione como test de validez de las normas infra-constitucionales supone

un importante límite al poder del Derecho ordinario. Por ello, puede decirse que el contenido material o sustantivo de la Constitución se vuelve omnipresente en todo acto de creación y aplicación del Derecho. Esto supone reconocer el “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) que produce la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Una de las consecuencias de lo anterior es que los operadores jurídicos pueden distinguir entre ley, derechos y justicia. Esta distinción supone que, en la práctica del Derecho, los operadores jurídicos deben ser conscientes de que: (i) el conjunto de materiales normativos con los que disponen para resolver conflictos no sólo cuenta con reglas, sino también con principios; (ii) toda aplicación e interpretación de las reglas ha de ser compatible con los principios constitucionales; y (iii) el razonamiento que tienen que hacer para aplicar tanto las reglas como los principios resultará en alguna medida valorativo y, por tanto, no será mera y exclusivamente formal.

Por otra parte, el paso del tradicional Estado formal de Derecho al Estado material de Derecho,

(6) Cfr. R. SPAEMANN, Das Naturrecht und das Verfassungsrecht, München, Piper, 1987, Traducción al castellano de D. Innerarity and J. Olmo, Lo natural y lo racional, Madrid, Rialp, 1989, 91.

(7) R. DWORCKIN, Taking Rights Seriously, London, Duckworth, 1979, 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas cfr., entre otros, I. CIANCARDI, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 108 (2003), 891-906.

Si reconocemos la dificultad y, aun más, la imposibilidad de controlar la potencial capacidad de producir perjuicios y al mismo tiempo afirmamos que la generación de daños no debe estar exenta de responsabilidades ulteriores, en ausencia de normas específicas, debemos hallar la respuesta en el marco constitucional.

Las reglas individualistas de la responsabilidad no resuelven adecuadamente a la realidad que fluye a partir de la red mundial.

IV. Con la mirada en la sociedad: El impacto económico del daño y el camino de la evitación del daño

Otra arista a considerar es la vinculada con el costo económico que representa para la sociedad el daño provocado a través de Internet.

No se requiere dominar las disciplinas informáticas y jurídicas para percibir que si hay una afectación, debe ser protegida y resarcida. Pero aun más, se reconozca o no el perjuicio generado por vía virtual como un daño indemnizable, no caben dudas de la potencial capacidad para provocar lesión a derechos personalísimos.

En términos globales, el daño impacta sobre la economía toda.

El ámbito de la responsabilidad civil mira hoy al conjunto social y ello pone el foco en la prevención.

La tendencia moderna hacia la evitación del daño y hacia el solidarismo requieren el acogimiento de herramientas que afiancen ese camino de cara a la realidad actual y con la mirada en un derecho civil que esté a la altura de las circunstancias. Hablamos del compromiso de trabajo sobre la prevención del daño a través de la capacitación.

Hemos de coincidir en que la *web* y sus diversas expresiones deben crecer, mas no a expensas de los derechos de terceros.

El uso de las tecnologías y el modo de navegar por la red depende de la educación; y es desde allí que el sistema no debería desligarse de las consecuencias derivadas de la falta de educación: "la gente se está obnubilando con el poder de la tecnología y no está pensando en los problemas de la privacidad y cómo deben solucionarse" (María Cantwell, senadora por Washington, USA). (5)

La red es un camino de ida que proyecta posibilidades sin retorno, mas su desarrollo no puede ser a cualquier costo; constituye una construcción colectiva que involucra al Estado, las empresas y la sociedad toda.

¿Vamos a tolerar la consagración de daños y la propagación de la afectación de los derechos con impacto incluso sobre la confianza en el sistema? A modo de ejemplo, la instalación del botón de pánico

Notas

(5) Id.

en las redes sociales conforma un paso adelante en el camino a la protección, pero al ser opcional, se queda en un punto tibia que se activa en un universo muy limitado de casos; una vez más se evidencia la necesidad de trabajar sobre la capacitación para forjar conciencia sobre los peligros que acechan.

Hay maneras de modificar la configuración que viene por *default* indicando el tipo de información que se habilita a exhibir, pero se trata de mecanismos que no son sencillos.

Debe considerarse la brecha que se genera por la facilidad con que nos sumergimos en el uso de la tecnología y la dificultad preexistente a darle contenido. La pedagogía coincide en que enseñar nuevas tecnologías no es permitir dominar su empleo sino darle sentido al uso.

El derecho moderno comenzó a cuestionar la ecuación daño/ reparación, lo que lleva a abrazar el concepto prevención, capacitación, sensibilización; que conduce a una ecuación inversa a la de la sanción.

Habría entonces que asumir un rol preventivo a través del aprovechamiento de la ventaja tecnológica a fin de evitar o al menos minimizar la generación de daños. En foros internacionales se ha coincidido acerca de la necesidad de instar a los proveedores de Internet a desarrollar e implementar códigos de conducta.

En todo caso, el usuario es un consumidor y tiene derecho a la

protección frente a los daños y perjuicios (art. 42 CN, ref. 1994) ocasionados con la participación de los motores de búsqueda que permiten acceder a sitios de terceros ligados a actividades que afectan la imagen personal.

Se impone una ética ejercida desde los referentes del nuevo escenario; la magnitud del impacto que provocan sobre el conocimiento las coloca en un lugar de privilegio, pero de singular responsabilidad social. Revisemos: ¿cuántos años requirió el avance hacia la protección de los derechos de los consumidores frente a la denominada la letra chica? ¿Podremos como sociedad aprender de allí?

El nivel de desarrollo de la conciencia del consumidor muestra asimetría entre el usuario y el buscador.

La falta de consideración de ese desequilibrio torna meramente formal o cuando menos insuficiente a la norma general o individual.

La actualidad exige proponer la fórmula superadora que viene de la mediación que se expresa como "gamar-gamar".

Si bien el marco normativo constituye la base para el ordenamiento de una actividad y para el reconocimiento de los derechos, no podemos desligarnos de la consideración acerca de la efectividad de las reglas, reconociendo la necesidad de complementar la escena con una mirada responsable que no se agote en la sanción y se proyecte hacia la prevención.

Para aclarar esta idea, puede decirse que esta tarea constructiva puede suponer un tipo de trabajo en el que sólo se cuenta con los lineamientos generales sobre cómo ha de ser realizado y, por lo tanto, resulta necesario definirlo o determinarlo por medio del razonamiento práctico. (11) Como se ha sugerido, la incorporación de principios en la Constitución supone la aceptación de algún tipo de objetivismo o cognitivismo ético, sin el cual la existencia de los principios no tendría sentido. (12) Por otra parte, resulta imaginable un sistema jurídico en el que todas las respuestas jurídicas estén contenidas en la Constitución y que no deje un espacio o margen para la creación discrecional de otras normas o para el ejercicio de las funciones de otros poderes. Por ello, el poder de los jueces no tiene por qué prevalecer sobre el de los

¿Cómo afecta el neoinstitucionalismo a la práctica del Derecho?

A modo de conclusión podemos decir que la práctica del Derecho en tiempos del neoinstitucionalismo requiere tener presente que los sistemas jurídicos usualmente: i) están formados no sólo por reglas, sino también por principios capaces de guiar, dirigir y ofrecer respuestas como Derecho directamente aplicable; ii) establecen que la validez de sus reglas no depende sólo de su corrección formal, sino también de su compatibilidad con los contenidos materiales o sustantivos de la Constitución; iii) reconocen algunos contenidos ju-

Vale revisar las conductas y cara a los principios de la buena fe que atraviesan el ordenamiento jurídico que consolidan las bases sociales.

V. Para terminar: ¿Qué haríamos?

La lectura global de la realidad que se abrió con la *web* debe ser camino para encontrar una alternativa superadora de la mera reacción espasmódica; construida desde todos los sectores involucrados, que contemple los derechos en juego y con ello las posibles garantías afectadas.

La madurez de las sociedades se mide en términos de su capacidad para articular cursos acción para asumir las nuevas realidades; propongo que tarde desde los operadores del derecho como desde los referentes interesados directos en el camino desarrollo de la tecnología se asuma el desafío de trabajar sobre la formación de conciencia en el uso responsable de *web* en la inteligencia de que buen empleo, lejos de acotar crecimiento, habrá de permitir proyección sin los costos sociales que ocasiona la indiferencia a sistema frente al daño.

Se trata de un camino que complementa el que a cada uno le cabe transferir y que nos muestra como una sociedad menos tolerante al daño y atenta a su evitación. Percibo que bajo el paraguas compromiso social de las empresas, podemos empender esa tarea conjunta. ♦

propio del neo-constitucionalismo, se caracteriza no sólo por la incorporación de derechos fundamentales (humanos o morales) en las cartas constitucionales, que obligan como Derecho directamente aplicable, sino también por sistemas de control judicial de constitucionalidad.

Los tribunales tienen un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos

Todo esto coloca a los tribunales encargados de ejercer el control de constitucionalidad en un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos. Esto desafía toda distinción tajante entre creación y aplicación del Derecho y supone cambios para la concepción estricta del principio de división de poderes. (10)

Notas

(10) En tiempos de la Convención Federal norteamericana de 1787, la concepción de la división de poderes que prevaleció fue la popularizada por James Madison y que proponía un sistema de "frenos y contra pesos" entre los tres poderes. Al respecto, cfr. The Federalist Papers: No. 47. En los últimos años, algunos académicos

pertenecientes a esta tradición han comenzado a cuestionar la legitimidad del sistema judicial de control de constitucionalidad, a diferencia de lo que ocurre en la tradición europea continental. Por ejemplo, cfr. M. TUSHNET, Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton University Press, New Jersey, 1999

Y J. WALDRON, Law and Disagreement, Oxford University Press, New York, 2001.

(11) Cfr. J. B. FITCHEVERRY, Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart, Granda, Comares, 193.

(12) Cfr. P. ZAMBRANO, "Antipaternalismo y antiperfeccionismo en John Rawls y Ronald Dworkin", Boletín mexicano de derecho comparado 113 (2005), 869-887.

(13) Cfr. R. VIGO, "Constitucionalización y neoinstitucionalismo: Riesgos y prevenciones", in E. Ferrer Mac-Gregor

and A. Zaldívar Lelo De Larrea (ORDS). La ciencia del derecho procrea constitucional. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en treinta años como investigador UNAM-Marcial Pons, México, 2004, 403-451.