

REVISTA INTERNACIONAL & COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS

El libre desarrollo de la personalidad y los derechos emergentes ante la transformación digital:

Reflexiones jurídicas en clave universal y española

Mónica Martínez López-Sáez

Viejos problemas, nuevos desafíos: la necesidad de prevenir la violencia en contra de las mujeres en el entorno digital. A propósito de las propuestas de reforma de la Ley No. 26.485 en Argentina

Camila A. Ormar

Mariana Brocca

El auge del Constitucionalismo digital en México. Retos y Perspectivas

Aristeo García González

El derecho de acceso universal a Internet en la Carta de Derechos Civiles de Coahuila de Zaragoza

José Rafael Belandria García



I | D | H

ACADEMIA
INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS,
Año 2022, Vol. 5, Núm. 1, Enero-Junio 2022; pp. 260; 24cm; Semestral.

I. ARTÍCULOS DOCTRINALES, II. COMENTARIOS NORMATIVOS Y
JURISPRUDENCIALES, III. NOTAS, IV. RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS.



REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS, Año 5, Núm. 1, Enero-Junio 2022, es una revista semestral editada por la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Carretera 57 km. 13. Ciudad Universitaria. Arteaga, Coahuila. Tel: +52 (844) 4 11 14 29, <https://www.academiaidh.org.mx/revista-icdh>, revista.icdh@academiaidh.org.mx. Editor responsable: Irene Spigno.

Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2022-011415483600-102, ISSN: EN TRÁMITE, No. de radicado: 00006811, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representan en forma alguna la opinión institucional de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado del Centro de Estudios Constitucionales Comparado de la Academia IDH.

Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons.

Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>.



REVISTA INTERNACIONAL & COMPARADA
— DE DERECHOS HUMANOS —

REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA
DE DERECHOS HUMANOS

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE
JOURNAL OF HUMAN RIGHTS

Directorio / Directory

Vol. V Núm. I

Luis Efrén Ríos Vega

José Rafael Belandria García

Irene Spigno

Editor científico

Dirección

Scientific Editor

Direction

Santiago Daniel Sánchez Juárez

Irene Spigno

Coordinación

Editora en jefe

Coordination

Editor in Chief

Juan Antonio Corral Reséndiz

María Gpe. Imormino De Haro

Víctor Manuel Vera García

Coordinación editorial

Formateo de textos

Editorial Coordination

Text Formatting

Sandra Elizabeth Martínez Torres

Diseño editorial y maquetación

Editorial Design & Layout

Ana Daniela García Hernández

Diseño de portada

Cover Design

Contacto / Contact:

revista.icdh@academiaidh.org.mx

<https://www.academiaidh.org.mx/revista-icdh>

Consejo editorial

Jaime Fernando Cárdenas Gracia, Jorge Castellanos Claramunt,
Eleonora Ceccherini, José Ramón Cossío Díaz, Sergio Díaz Rendón,
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tania Groppi, Marco Olivetti, José de
Jesús Orozco, Ilenia Ruggiu, Irene Sobrino Guijarro.

Comité evaluador

Santiago Álvarez Carreño	Diana María Molina
Andrea Arriola Ortega	Gustavo Marcelo Silva Cajas
Alejandro Canónico Sarabia	Joaquín Pablo Reca
Manuel Carrasco Durán	Dante Preisser Rentería
Jorge Castellanos Claramunt	Mauro Arturo Rivera León
Marica Di Pierri	Alfonso Sánchez García
Arturo Flores Rodríguez	Juan Carlos Sánchez Lora
Rodrigo Edmundo Galán Martínez	Bárbara Stepien
Ángel Humberto Mendoza	Mariana Villarreal

Equipo editorial

María Guadalupe Imormino de Haro
Juan Francisco Reyes Robledo
Carlos E. Zamora Valadez

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- 13 **El libre desarrollo de la personalidad y los derechos emergentes ante la transformación digital: Reflexiones jurídicas en clave universal y española.**
Mónica Martínez López-Sáez
- 67 **Viejos problemas, nuevos desafíos: la necesidad de prevenir la violencia en contra de las mujeres en el entorno digital. A propósito de las propuestas de reforma de la Ley No. 26.485 en Argentina.**
Camila A. Ormar
Mariana Brocca
- 99 **El auge del *Constitucionalismo digital* en México. Retos y Perspectivas.**
Aristeo García González
- 131 **Un desafío de las redes sociales: la fiscalización electoral y marcas comerciales en México a través del caso Samuel García [2018].**
Karla Victoria González Briones
- 173 **El Internet de las cosas: la importancia de salvaguardar el derecho a la privacidad.**
Diana Vanessa Gutiérrez Espinoza
Víctor M. Vera García

COMENTARIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

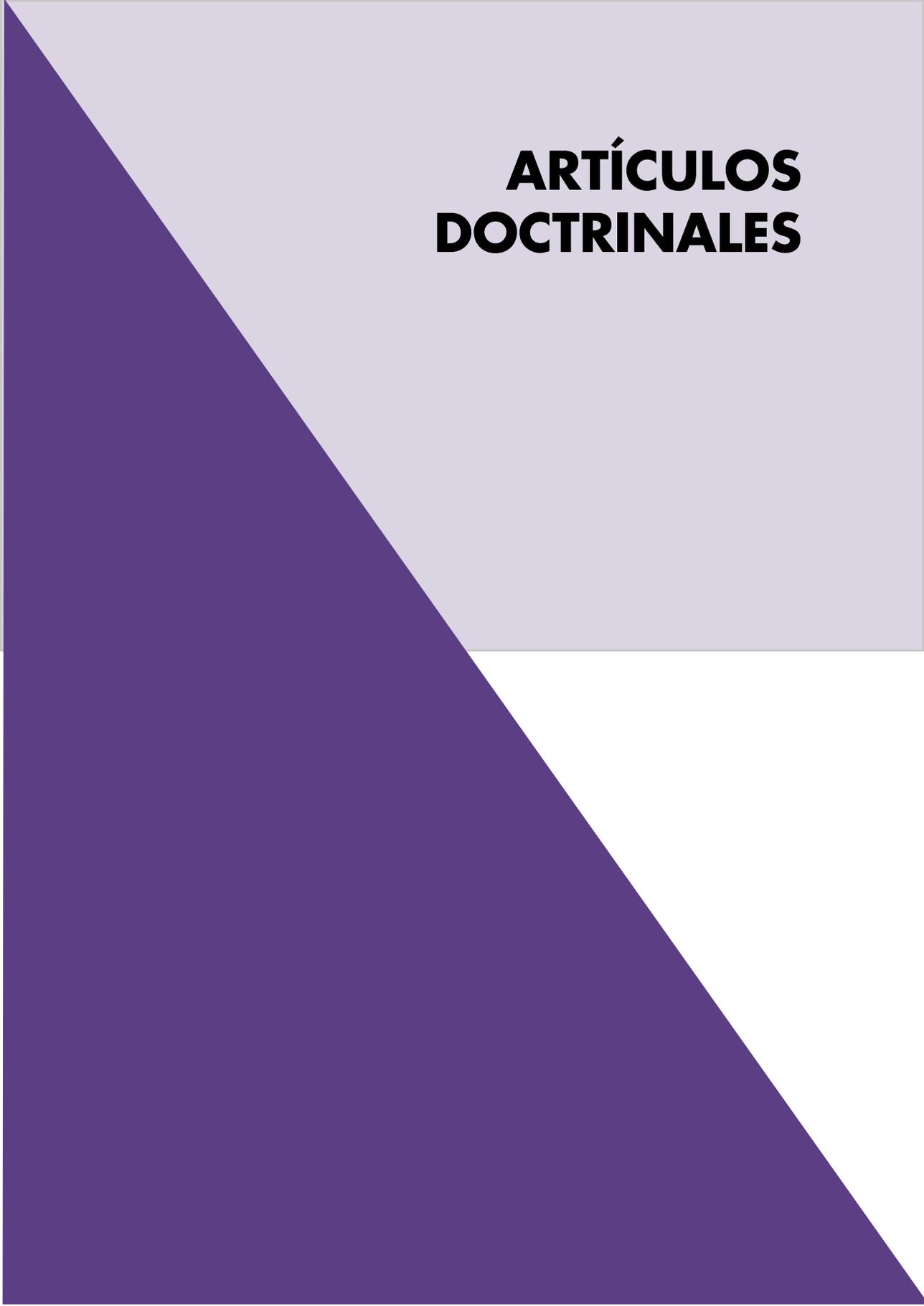
- 205 | El derecho de acceso universal a Internet en la
Carta de Derechos Civiles de Coahuila de Zaragoza.
José Rafael Belandria García
- 219 | El debate de la libertad de expresión en redes
sociales a raíz de la sentencia SUP-JRC-168/2016.
Francisco Duarte Tello

NOTAS

- 235 | El Tribunal de Facebook:
garante de la libertad de expresión.
Larissa Lizbeth Niño Soto

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- 247 | **Castellanos Claramunt, Jorge, *La participación ciudadana en el ámbito local. La integración democrática de lo local y de lo global en la era digital.* España, Corts Valencianes, 2020.**
María Guadalupe Imormino de Haro
- 251 | **Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Directores), Esquivel Alonso, Yessica (Coordinadora), *Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XIX. Cuestiones actuales de las candidaturas independientes,* Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, 363 pp.**
Wendy Yadira Mata Valdez



ARTÍCULOS DOCTRINALES



Esta sección conforma el apartado distintivo de la Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos. Contiene los artículos doctrinales académicamente consistentes que constituyen los temas prioritarios y específicos de la publicación y cuyo enfoque es el estudio de los derechos humanos en perspectiva internacional y comparada. Para decidir sobre su publicación los textos recibidos son sometidos a un sistema de evaluación por pares de doble ciego conforme a estrictos estándares académicos.

El libre desarrollo de la personalidad y los derechos emergentes ante la transformación digital: Reflexiones jurídicas en clave universal y española

*The free development of personality and the emerging rights
in the face of the digital transformation:
Legal reflections in a universal and spanish key*

MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ¹

Universitat de València

ORCID: 0000-0002-6111-5798

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 01 de abril de 2022

*the only unfailing and permanent source of
improvement is liberty, since by it there are
as many possible independent centres of
improvement as there are individuals*
(J.S. Mill)

SUMARIO: I. Consideraciones generales en aras de la contextualización y de la claridad conceptual. 1. Puntos introductorios y de partida: los derechos y la dignidad de la persona como ejes fundamentales. 2. Estado de la cuestión socio-digital y el impacto de transformación digital para la dignidad y los derechos: oportunidades y riesgos. II. Las respuestas jurídicas a la transformación digital en perspectiva *iusfundamental*. 1. El papel del Derecho ante las transformaciones sociales y digitales. 2. Redefinición/protección reforzada de *viejos derechos* y reconocimiento de *nuevos derechos*. III. Una aproximación *iusfilosófica* al desarrollo de la

¹ El presente artículo se redactó en el marco de mis funciones como Investigadora García Pelayo contratada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (Madrid).

personalidad a la luz de la transformación digital: especial referencia al caso español. 1. Configuración jurídico-filosófica del libre desarrollo de la personalidad y su revisión ante las nuevas realidades socio-digitales. 2. El libre desarrollo de la personalidad y su conexión intrínseca con los derechos vinculados a la privacidad. 3. El caso concreto del derecho a la protección de datos: la autodeterminación informativa como garantía del libre desarrollo de la personalidad. IV. Nuevos mecanismos de tutela *iusdigitales*: tendencias y propuestas a debate. 1. Nuevas garantías digitales: propuestas en clave material. 2. Más allá del reconocimiento y refuerzo de los derechos: una propuesta en clave formal. V. Reflexiones finales.

RESUMEN: La existencia de nuevos y mejorados entornos para la realización de los derechos también ha conllevado a plantearse si estos están debidamente protegidos, si su ejercicio efectivo queda garantizado y, en consecuencia, si hay que reconfigurarlos o crear nuevos. Uno de los retos más notables a los que se enfrenta el Derecho no es otro que el de defender la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y una amalgama amplia de derechos ante la imparable e impredecible transformación socio-digital. Ante un contexto de interrelación e interconexión digital, el planteamiento jurídico también obliga a reflexionar sobre la interrelación e interconexión de determinados derechos, especialmente aquellos afectados por las NTIC (sobre todo el uso que se hace de ellas). Por todo ello, el presente trabajo pretende indagar y reflexionar sobre el impacto de las NTIC en el libre desarrollo de la personalidad, en la identidad y en otros derechos afines ante las nuevas realidades y riesgos asociados a la transformación digital, con mención especial al ordenamiento jurídico europeo y español.

ABSTRACT: Given the new and improved environments available for the fulfilment of rights has also led scholars to question whether these rights are adequately protected, whether their effective exercise is guaranteed and, consequently, whether they need to be reconfigured or new rights need to be incorporated. One of the most notable legal challenges is none other than that of defending human dignity, the free development of personality and a broad amalgam of rights in the face of an unstoppable and unpredictable socio-digital transformation. In a context of digital interrelation and interconnection, the legal approach also makes it necessary to reflect on the interrelation and interconnection of certain rights,

especially those affected by the use and abuse of NTICS. For the above reasons, this paper aims to examine and reflect on the impact of NTICS on the free development of personality, identity and other related rights in the face of the new realities and risks associated with the digital transformation, with special mention of the European and Spanish legal systems.

PALABRAS CLAVE: *libre desarrollo de la personalidad, construcción de la identidad digital, transformación digital, protección de datos, derechos y garantías digitales.*

KEYWORDS: *free development of the personality, digital identity construction, digital transformation, data protection, digital rights and guarantees.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES EN ARAS DE LA CONTEXTUALIZACIÓN Y DE LA CLARIDAD CONCEPTUAL

1. Puntos introductorios y de partida: los derechos y la dignidad de la persona como ejes fundamentales

Ninguna persona es ajena al concepto de *dignidad humana* pues ha devenido en referente metafísico y jurídico. Cuando estudiamos cuestiones relacionados con los derechos, tenemos que hablar ineludiblemente de la dignidad humana. El concepto de dignidad (del latín *dignitas* traducido, generalmente, por “valioso”) hace referencia, según su acepción kantiana, a un valor inherente al ser humano por el simple hecho de serlo, en cuanto ser racional, dotado de libertad; es decir, como cualidad consustancial al ser humano. El concepto de dignidad ha ido evolucionando con el paso del tiempo, siendo completado como una garantía negativa (derecho a no sufrir vejaciones/injerencias) y una positiva (autodisponibilidad y autodeterminación de la persona). La dignidad, por lo tanto, es el fundamento de los derechos, como concreciones y derivaciones de ella para el desarrollo integral de la persona que se han positivizado con el paso del tiempo.

Ya decía Peces-Barba (1987: 226) que los derechos humanos son, a fin de cuentas, la realización histórica, social y cultural de una determinada concepción moral que “sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores libertad e igualdad como cauces para alcanzarla”. Por todo ello, no es de extrañar que la dignidad humana sea el denominador común del enfoque basado en los derechos humanos, figurando de manera destacable en los principales instrumentos jurídicos internacionales y regionales y siendo explícitamente codificada en las constituciones nacionales.

Por tanto, cualquier referencia a los derechos ha de partir de la idea de que el Estado social y democrático de derecho no puede concebirse sin estos. Existe un “estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales” (Pérez Luño 2016: 15). Evidentemente, los derechos constituyen el núcleo esencial de cualquier ordenamiento constitucional, siendo, como es bien sabido, los derechos mandatos y límites directos del poder. De tal forma que hemos aceptado que, en el horizonte del constitucionalismo (nacional y global), los derechos desempeñan una doble función: de una parte, son garantías de la libertad contra injerencias externas y, de otra parte, son premisas para asegurar el mantenimiento de la democracia y factores esenciales para la consecución de objetivos y valores constitucionales.

Muchos textos internacionales, regionales y nacionales contienen cláusulas generales relativas al orden axiológico fundamental, asentado en la dignidad y libre desarrollo de la persona. En el caso español, por ejemplo, la Constitución Española (CE) [1978] lo reconoce en su art. 10.1 al establecer que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Y, además, seguidamente, esta disposición constitucional también contiene una cláusula relativa a la apertura a los estándares internacionales en lo que respecta a la protección e interpretación de los derechos humanos (art. 10.2 de la CE).

Sin duda, si hablamos de derechos, debemos de hablar de la dignidad de la persona, pues existe una “conexión genética entre dignidad y derechos” (Jiménez Campo 2018: 220). Este complejo concepto ha sido completado como garantía negativa y positiva, o lo que se ha resumido como el pleno desarrollo de la personalidad (Pérez Luño 2010: 324). La dignidad de la persona es el fundamento de los derechos humanos, siendo estos concreciones de aquella para el desarrollo integral de la persona. La dignidad humana, como mínimo (y máximo) denominador común del enfoque basado en los derechos humanos, se ve particularmente reflejada en los principales instrumentos jurídicos internacionales, europeos así como nacionales. Volviendo a la teoría kantiana de la dignidad, su concepción como valor fundamental de las nociones de persona hace que esta también englobe una dimensión moral de la personalidad, fundamentada en la propia libertad y autonomía individual, encarnándose a su vez, como principio legitimador de los llamados derechos de la personalidad.

Elocuentemente nos lo indica Alegre Martínez (1996, 19) pues en su condición de ser racional, la persona “merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisoluble, a las ideas de libertad e igualdad”. En semejante línea se ha evocado que los derechos fundamentales (o si se prefiere, humanos)² son la expresión singular:

² Cabe aclarar que utilizamos los términos *derechos humanos*, *derechos fundamentales*, de manera indistinta y los englobamos en *derechos* a lo largo de este trabajo. Así, con independencia de las posiciones doctrinales que diferencian ambos términos (cosa muy común en la doctrina constitucional española por razones principalmente didácticas), nuestra postura se basa en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia de los derechos y su fundamento compartido en la dignidad humana, como categoría universal, deviniendo todos en derechos que gozan del máximo reconocimiento y protección, con independencia de su denominación, la cual a veces ha conllevado a reconocer prioridades axiológicas derivadas de prioridades cronológicas ante el encasillamiento o clasificación generacional de los derechos. De ahí que rechazemos la jerarquización de los

“de la dignidad humana y así, el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento para los derechos humanos hace posible su dignificación, y en última instancia, su reconocimiento, delimitación e interpretación. La dignidad se reconoce así, como una premisa cultural e universal, claramente destacada en el Derecho constitucional común europeo e internacional, deducible del conjunto de constituciones y cartas o declaraciones de derechos, tanto históricas como vigentes actualmente” (Martínez López-Sáez, 2018: 48).

Uno de los retos más notables a los que se enfrenta el Derecho Constitucional global no es otro que el de defender la dignidad humana³, el libre desarrollo de la personalidad y una amalgama amplia de derechos fundamentales ante la imparable e impredecible transformación social, directamente influenciada por la transformación tecno-digital.

2. Estado de la cuestión socio-digital y el impacto de transformación digital para la dignidad y los derechos: oportunidades y riesgos

La realidad socio-digital actual es, ciertamente, una realidad ambivalente. El desarrollo sin precedentes ni límites de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (NTIC) ha quedado grabado en múltiples facetas de la vida económica, política, social, cultural y jurídica, y, sin duda, ha redefinido conceptos inmutables hasta la fecha, como el espacio y el tiempo, así como otros más transitorios, como la identidad. También ha propiciado una evolución y ajuste en cuanto a la conformación social. Estos avances han favorecido (y seguirán favoreciendo) modelos de convivencia basados, entre otras cosas, en el constante aumento de la creación y difusión (instantánea y universal) de información y opiniones a distancia.

derechos en tanto que establece “escalonamientos previos y rígidos” y jerarquizaciones “fuertemente marcadas por condicionamientos ideológicos” que “desentienden en gran medida del valor justicia” (Toller 2005: 1028).

³ Véase las consideraciones de Rey Martínez (2013) para un examen detallado de las cuestiones constitucionales suscitadas.

En esta nueva era digital, “la Red define la morfología social” y el poder “se extiende, bifurca y desplaza de las instituciones y de las organizaciones hacia los sistemas globales de información, que circulan y mutan en un sistema de geometría variable y geografía desmaterializada” (Rodríguez Ayuso, 2017: 2-3). Experimentamos, de este modo, una nueva fase de la “modernización” (Beck 1992: 50), en general, y de la “revolución digital” (Lucchi 2010: 10-11), en particular, caracterizadas, en esencia, por un nuevo paradigma en el que, por un lado, se han alterado los clásicos mercados de bienes y servicios (Acquisti, Taylor, y Wagman, 2016), en los que, los bienes más preciados no son los tangibles, como eran antaño el oro o el petróleo, sino más bien intangibles⁴, personales y al alcance de todos; y, en el que, por otro lado, se ha alterado la forma en la que interactúan las personas entre sí.

Estos cambios y mutaciones, naturalmente, han traído ventajas para las sociedades modernas en relación con la apertura, accesibilidad y difusión instantánea de contenidos y de información, lo que ha conllevado a una ciudadanía más concienciada y participativa. Además, por lo que nos interesa, la innovación tecnológica y la transformación digital han sido un auténtico catalizador del proceso de globalización y, sin duda, han sido las responsables de los cambios y transformaciones sociales. Han conferido la posibilidad de creación, acceso y difusión inmediata e universal de la tecnología, de la información y de las ideas, las cuales han producido verdaderas revoluciones. En palabras de Carreño Dueñas (2012, 266): “Las redes sociales son otras de las nuevas formas de movilización y revolución de lo social, se han constituido en expresiones masivas de sanción política y social sin precedentes”.

En efecto, han sido instrumento clave para la acción de movimientos sociales, al permitir “movilizar, organizar, deliberar, coordinar y decidir”, a la vez que ha constituido el fundamento de lo

⁴ Según Lucchi (2010, 11) hablamos de una “*entropía considerable en el mundo, consolidado por un paradigma comercial inesperado y por el uso de activos intangibles*” (traducción propia).

que se ha llamado la “cultura de la autonomía”, fomentando la apertura a nuevas ideas y acciones construidas paralelamente a las instituciones de la sociedad, de acuerdo con los valores e intereses propios, a nivel individual y colectivo; constituyendo una suerte de “círculo virtuoso” entre las NTIC y la autonomía individual y desarrollo de la personalidad y la identidad, que se concreta “a través de la conexión en red” (Castells 2012: 19).

La transformación digital y la innovación tecnológica han venido de la mano de un cambio socio-cultural, lo que algunos han bautizado con la expresión “cultura tecnológica” (Bijker 2008); vinculada a la omnipresencia de la tecnología en las sociedades modernas y desarrolladas. Ya no es solamente la Red la que se ha convertido en un símbolo emblemático de nuestra sociedad digital, sino que, como productos directos de ella, el surgimiento de la autonomía e identidad digital y, como causa y consecuencia, el auge de las libertades informativas se han instaurado como signos distintivos de la sociedad digital, reforzando la libertad para expresarse, participar y desarrollar la personalidad e identidad de nuevas formas y en nuevos entornos.

Son muchos los calificativos que caracterizan a las NTIC, en general, y a la Red, en particular: son herramientas generalizadas y persistentes (en cuanto a la trasmisión y durabilidad de los contenidos que estas crean o almacenan), visibles y fácilmente localizables (en tanto que la huella digital de nuestra presencia por el cosmos digital se hace universal e instantáneamente accesible). Estos rasgos, entre otros, permiten a los usuarios articular y hacer visibles su presencia (y la presencia de otros) en la Red, lo que, actuando conjuntamente, engendra una serie de riesgos y oportunidades. En palabras de Megías Quirós (2002, 515):

“Junto a las mejoras de calidad de vida que han reportado y las nuevas vías de promoción de la dignidad del hombre, también encontramos nuevas formas de ataque a los derechos personales y a los intereses sociales por quienes utilizan los nuevos medios

para fines ilícitos, ataques más difícil de neutralizar y perseguir dadas las características tecnológicas actuales”.

Las facilidades y oportunidades que han propiciado estos instrumentos tecnodigitales para la sociedad no deben hacerla olvidar los riesgos que también conllevan: los rasgos de las NTIC y, en particular, de las redes sociales y la *World Wide Web*, hacen que estas “sean un medio óptimo para el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos a la libertad de información y de expresión, pero esto lleva aparejado que también sean un escenario idóneo para que otros derechos se vean vulnerados, precisamente en ejercicio de aquellos” (Espinosa Díaz 2019: 343).

Por un lado, la persona es simultáneamente creadora, sujeto y consumidora del contenido disponible en línea, construyendo y redefiniendo su identidad (digital) constantemente. Por otro lado, la experiencia humana y la memoria social han quedado relegadas a un cúmulo sin fin de máquinas y bancos de datos, creando una *memoria digital* que lo recuerda todo y que, con frecuencia, revela la información que se le ha confiado de manera no neutral, y cuando menos, descontextualizada. Volveremos a esto más adelante. Las NTIC han dado lugar a un nuevo grado de interactividad, interconexión e instantaneidad; algo indudablemente muy positivo. Por otro lado, como todo progreso, el progreso tecnológico ha traído también riesgos. En este sentido, las primeras palabras que enunciaba Beck (1992, 19) en su obra *Sociedad de Riesgo*, son de obligada referencia. A pesar de formularse cuando las NTIC, y en particular la Red, estaban todavía en una fase embrionaria, siguen siendo de gran relevancia y actualidad en los tiempos que corren, pues reflejan a la perfección cómo el éxito y proliferación de los avances tecnológicos traen necesariamente consigo riesgos y amenazas.

Con independencia del término que se utilice para este nuevo paradigma y fenómeno socio-digital, el problema que surge parece claro: cuando las relaciones humanas son confiadas, y la memoria

humana está relegada, a infinitos bancos de datos y a una amalgama ilimitada de herramientas y sistemas, que permiten el almacenamiento por tiempo indefinido y la accesibilidad universal e inmediata, con independencia del contexto espacio-temporal, perdemos la capacidad de controlar nuestra propia identidad. Es incontable que las personas dejamos una huella digital: “Incluso la más retraída y menos proactiva de las personas deja, en la actualidad, un rastro de su existencia” (Delgado Valle 2013: 436), venga este dado por las exigencias de vivir en un sistema democrático y burocrático, o venga de las consecuencias naturales de interactuar en la Red, haciendo la expresión *quod nos est in Google, non est in mundo* (Martínez Martínez 2013) tan cierta como reveladora y desconcertante.

Sin entrar en cuestiones controvertidas sobre la publicidad comportamental, el determinismo informativo o las discriminaciones insertas en los algoritmos, la propia interacción social a través de las NTIC también refleja esa sobreexposición e intrusismo en la dignidad personal. Las plataformas de medios audiovisuales o sociales como *YouTube, Twitter, Instagram y Facebook* han introducido nuevas formas en las que las personas, y de manera especial los jóvenes, pueden expresarse: sean *selfies* en Instagram, estados en Facebook, compartiendo *mashups, hacks* o bailes en *TikTok*. Todas estas herramientas se basan en una comunicación asíncrona, en una conectividad absoluta, en el exhibicionismo y en la naturaleza pública y persistente de la comunicación en línea. Aunque todas presentan nuevas dinámicas de experimentación y autoexpresión, también hemos visto cómo han generado nuevas dinámicas de riesgo (para la integridad física o moral de aquellos que se atreven a confiarle a las NTIC un asiento en primera fila de la construcción de su identidad y personalidad).

Todo lo que se le ha confiado a la Red, sea de manera consciente o no, sea de manera consentida o no, queda barnizado en un espacio sin fronteras y que no conoce límites. Asimismo, la innovación tecnológica y la transformación digital han abierto nuevas

y alarmantes posibilidades de control social y político a través de un transformado y mutado Panóptico, el llamado Períptico (Szekely 2012: 352), en tanto ya no sabemos ni quién nos vigila, ni cómo, ni con qué fin. En análoga línea, un problema que se plantea en la sociedad actual que el aparato público o privado tome decisiones a través de técnicas informáticas y algorítmicas que perfilan a las personas y/o predican comportamientos, y, en consecuencia, pueden derivar en tratamientos discriminatorios.

A modo de colofón, la problemática y los riesgos de los que parto quedan perfectamente plasmados en *Armas de Destrucción Matemática*, en la que O'Neil (2016) explica como los algoritmos y el *big data* aumentan la desigualdad y amenazan la democracia; en el *Filtro Burbuja* donde Pariser (2011) nos muestra los peligros de la personalización masiva y lo que él llama el determinismo informativo, pues estos son los algoritmos predictivos, siervos de los organismos públicos y privados, los que han decidido quienes somos y qué queremos, afectando no sólo a cómo nos llega la información, sino también qué partes de esta nos llegan; y en el *Capitalismo de Vigilancia* donde Zuboff (2020) trata el tema de las nuevas dinámicas socio-económicas en las que los mercados y los bienes y servicios se basan en predicciones sobre nuestro comportamiento o directamente tratan sigilosamente de alterarlo.

II. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS A LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN PERSPECTIVA IUSFUNDAMENTAL

1. *El papel del Derecho ante las transformaciones sociales y digitales*

Como magistralmente dijo en su día García Pelayo (1994: 28) “le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo”. En efecto, la desprotección que han generado, de manera directa o indirecta,

la innovación tecnológica y la transformación digital, así como la supracitada pérdida de control, han obligado al Derecho, en su acepción objetiva, a afrontar continuas demandas de adaptación y, en ocasiones, incluso a dotarse de nuevos instrumentos jurídicos. Para algunos, no nos encontramos con nuevos conflictos, sino con “conflictos viejos” muy conocidos por el Derecho, pero con la novedad “en la difusión que adquieren y el número de sujetos implicados” (Espinosa Díaz 2019: 346), y nosotros añadiríamos, con la novedad del alcance y gravedad de la injerencia en los derechos.

El Derecho no ha estado exento de auto reforma y reinvento ante los cambios y revoluciones en los que se ha visto envuelto, pues tiene la constante obligación (y subsiguiente desafío), en tanto que ciencia llamada a regular los comportamientos sociales y resolver los conflictos jurídicos externos con trascendencia jurídica, de tener que continuamente adaptarse a las nuevas e impensables realidades; vengán estas impuestas por la transformación tecnodigital o vengán impuestas por las demandas de la ciudadanía. De tal forma, se hace imprescindible asegurar la protección de la persona, no sólo frente a potenciales injerencias del poder estatal, sino también (y en los tiempos que corren, especialmente), frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada y principalmente basada en la recopilación, almacenamiento y análisis masivo de información (en muchas ocasiones, de carácter personal).

La relación entre el Derecho y la Tecnología ha sido ampliamente estudiada por la doctrina académica. Entre otras cosas se ha hecho especial referencia a daños específicos que generan las tecnologías en función del sector o el contexto (Brewer 2007) así como al papel que debe desempeñar el Derecho en cuanto mecanismo de construcción y reajuste de los comportamientos humanos y de las posibilidades de la transformación digital y la innovación tecnológica:

“La tecnología emerge como una institución social dinámica participando plenamente con otros mecanismos para crear orden

social y epistemológico en las sociedades modernas. La interrelación entre el Derecho y la tecnología adquiere un significado especial, puesto que el poder del Derecho para articular normas sociales se entrelaza fuertemente con los esfuerzos de la tecnología para aplicar los conocimientos de la ciencia sobre la naturaleza del mundo físico y de nosotros mismos” (Aranda Serna 2018: 160-161).

Un desafío añadido, inherente al binomio tecnología-derecho, es que la respuesta jurídica tiende a ir muy por detrás de los avances y retos tecnológicos, y como llevamos observando el inalcanzable *correcaminos tecnológico* cruelmente juega y gana al persistente pero lento *coyote jurídico* (Martínez López-Sáez 2021: 48). Por ello, parte de la doctrina académica ha recordado que en muchas ocasiones las transgresiones y abusos de la mano de los avances tecnodigitales no necesariamente constituyen “una negligencia imputable al legislador” pues en el binomio Informática-Derecho, “cada Feria tecnológica abre nuevas proyecciones informáticas al Derecho, o innova bienes informáticos que requieren nuevos procedimientos de tutela jurídica, o da a conocer dispositivos que condenan al anacronismo los medios de protección jurídica anteriormente” (Pérez Luño 2002: 105).

Y así, en palabras de Sánchez Barrilao (2016: 3), al Derecho no le toca otra que ir “parcheando los baches y agujeros” que los avances tecnodigitales generan en el aparato social y jurídico. No obstante, a pesar de que el Derecho ha tendido a dar respuestas lentas a los problemas de “(in)seguridad jurídica” e “(in)seguridad informativa” (Jimena Quesada 2018: 19), siempre ha avanzado con miras a reconocer nuevos derechos y garantías, a reforzar y proteger mejor los derechos ya existentes ante los nuevos retos que presenta la tecnociencia y siempre en aras de la dignidad, la libertad y la igualdad.

El Derecho, como herramienta para mantener el orden, resolver conflictos y proteger los derechos y libertades de la ciudadanía, debe establecer normas que ponderen los intereses en juego. A pe-

sar de la necesidad de regular el nuevo medio que supone la Red (y los que se nutren y actúan en ella), dadas sus especificidades, también es necesario adaptar el ordenamiento jurídico para garantizar el ejercicio y la conciliación entre derechos y libertades fundamentales, para poder así aprovechar las ventajas y oportunidades que brinda el progreso tecno-digital, a la vez que se aseguran la autonomía y el libre desarrollo de la identidad y la personalidad y, en última instancia, la dignidad.

Considerando la compleja realidad sociodigital y la subsecuente pluralidad ordinamental que han generado las NTIC (principalmente debido a la perpetuidad y accesibilidad universal, en la Red Internet, de todo tipo de información), el Derecho ha tenido que replantearse y revisar las normas y juridificar nuevas situaciones, relaciones y problemáticas jurídicas desconocidas hasta la fecha. La problemática va más allá de la cuestión del nacimiento y desarrollo de la innovación tecnológica y la transformación digital, que inexorablemente ha cambiado nuestra sociedad: más allá de una mera sociedad de la información y sociedad del conocimiento, hemos pasado al “mundo de la virtualización” o la sociedad o “realidad” virtual, en la que los elementos tecnodigitales han colonizado todas las facetas de la vida contemporánea. De tal manera que, además, somos testigos de la complejidad que supone hacer frente a las transformaciones “ontológicas y antropológicas que subyacen a estas nuevas formas de lo virtual, que transmutan la realidad actual” (Carreño Dueñas 2012: 253).

Así, no es de extrañar que se hayan inaugurado, de una parte, la “compulsiva” tendencia a “fundamentalizar todos aquellos componentes que se juzguen como determinantes en la conquista de nuevos espacios de seguridad jurídica o confort existencial” para la persona, y de otra parte, la “seductora vía de ampliación y extensión del espacio de protección *iusfundamental*. Bien dilatando objeto y contenido de tales derechos, bien incorporando a las listas de derechos fundamentales nuevos constructos o espacios dignos

de una protección óptima o máxima por parte de los poderes públicos” (Chueca 2019: 14).

Además de regular (y potencialmente limitar el uso de) la innovación tecnológica y la transformación digital, teniendo en cuenta el nuevo paradigma en el que nos encontramos envueltos, observamos también la necesidad de revisar, reforzar y redefinir los derechos ya reconocidos y dotarlos de mecanismos de tutela nuevos y adecuados para garantizar su protección y ejercicio efectivo. Todo ello naturalmente responde a un proceso de evolución de las necesidades humanas, como respuesta a los cambios y revoluciones y, por ende, a las consiguientes y potenciales amenazas que estos pueden ejercer sobre la libertad y la dignidad de la persona. Los derechos fundamentales pueden y deben redefinirse para adaptarse a los requisitos siempre cambiantes de nuevos contextos y realidades (incluidos los tecnodigitales).

2. *Redefinición/protección reforzada de viejos derechos y reconocimiento de nuevos derechos*

Como apunta magistralmente Chueca (2017: 16) en las últimas décadas ha habido determinados derechos que han sufrido especialmente, bien sea con “sobrecargas funcionales”, “inadecuaciones en su configuración” o directamente menoscabos en su protección y ejercicio efectivo.

De la no tan pacífica transformación de la tecnología y de la informática han nacido los movimientos que han reivindicado o bien *nuevos* derechos, o bien la actualización de los *viejos*, además de la creación de nuevos mecanismos de tutela, con el fin de transcribir la realidad actual y proteger a la persona de los efectos secundarios de la naturaleza variable y cambios impredecibles de las NTIC, así como del uso que se haga de ellas. A pesar de nuestra insistencia *ut supra* en el respeto de la dignidad humana en la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos, cabe al menos hacer una breve referencia a las generaciones de los derechos hu-

manos. A diferencia de las mal llamadas primera, segunda y tercera generación de los derechos humanos, como productos de teorías y movimientos de diversa índole, la archiconocida ‘cuarta generación’ de derechos es el resultado directo de la experiencia humana y su relación con el entorno tecno-digital, y específicamente en el contexto del ciberespacio, la “expansión del concepto de ciudadanía digital” y la “apropiación social de las nuevas tecnologías” (Delgado valle 2016: 418-421). Estos derechos también se han llamado, y hemos llamado en otras ocasiones *nuevos* derechos o *derechos digitales* o *emergentes*.

En efecto, la era digital actual ha creado nuevas situaciones que han obligado a la aparición paulatina (como suele pasar a nivel jurídico con cualquier tipo de progreso) de derechos. En este sentido, la reglamentación jurídica de la informática ha revestido un interés no sólo significativo sino también prioritario ante la rápida e imparable naturaleza de los avances tecno-digitales. A pesar de la necesidad de regular en sí los nuevos espacios, medios y actores que ha supuesto la transformación digital, dada sus especificidades, también ha sido necesario adaptar los ordenamientos jurídicos, aquende y allende las fronteras nacionales, para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades que ahora se expresan, se desarrollan y se vulneran a través de las nuevas tecnologías. Por añadidura, se requiere de respuestas adecuadas, proporcionales y equilibradas para asegurar que se aprovechan “las posibilidades económicas y los beneficios sociales de estas tecnologías y, por otra, se faciliten instrumentos eficaces para la defensa de la autonomía, la dignidad y los derechos fundamentales en la era del *Big data* y la computación ubicua” (Garriga 2015: 251).

Ante un panorama evidente de pérdida de la esfera más personal del ser humano, el aparato jurídico ha intentado garantizar la convivencia en este nuevo escenario socio-digital y dar una mayor cobertura a las garantías protegidas por los derechos tradicionales. No obstante, los mecanismos habituales no han llegado a ser del todo eficaces, precisamente debido a que la innovación

tecnológica y digital, dada su naturaleza propia, está en constante mutación. La ineficacia de utilizar categorías jurídicas tradicionales en lo que a la innovación tecnológica y digital concierne, ha obligado “al legislador [y deberíamos añadir también al juez] a reciclarse para prever nuevas formas de asegurar a los ciudadanos el control sobre su información privada” (Sancho López 2017: 17).

La creación jurídica (bien normativa, bien jurisprudencial) de estos *nuevos* derechos ha sido más que necesaria vista la influencia de la economía, la ciencia y la técnica, presentando una “vía donde aprovechar las oportunidades ofrecidas por este nuevo mundo, sin tener que sufrir las tiranías y los riesgos, tratando de dejar bajo el control del derecho y de los ciudadanos unos procesos que de otra manera podrían arrastrar, de una sola tacada, a las personas y a la democracia” (Rodotà 2014: 76). Es por ello que surgió el reconocimiento de derechos *emergentes*, en el seno de la mal llamada última o cuarta generación de derechos, como cauces procesales para salvaguardar el libre desarrollo y dignidad de la persona en el marco de una nueva era tecnodigital. Entre estos derechos, sin duda, cabe destacar el derecho a la protección de datos, también llamado libertad informática, *Habeas Data*, autodeterminación informativa⁵ entre otras muchas propuestas *iusconceptuales*.

Si bien, el derecho fundamental a la protección de datos surgió paulatinamente, se ha desarrollado en los últimos años de manera exponencial, tanto a nivel legislativo como, sobre todo, jurisprudencial, teniendo que ir más allá de las dimensiones tradicionales, intentando regular la nueva faceta *digital* de la persona, o lo que han llamado algunos, el *cuerpo electrónico* (Rodotà 2014: 81); todo ello con el objetivo de evitar, o al menos intervenir, una progresiva pérdida del control de datos de carácter personal, y por lo tanto, de la propia construcción de la identidad y personalidad.

⁵ Para más información sobre la conceptualización *iusconstitucional* de este derecho y la reflexión sobre su denominación, vid. las aportaciones, décadas más adelante, de Lucas Murillo de la Cueva (2009) en tanto que padre fundador de este concepto y derecho en el ordenamiento jurídico español.

Gran parte de los instrumentos jurídicos a nivel nacional, regional e internacional, incluidos los *bills of rights* más conocidos a nivel europeo, amparan de forma más o menos explícita la protección de los datos no sólo como expresión del reconocimiento y tutela de nuestra intimidad y vida privada, sino también, y de manera especial, del libre desarrollo de nuestra personalidad.

La especialización *iusfundamental* que se ha hecho desde las dos grandes organizaciones europeas por excelencia obedece a la necesidad de dar mejor respuesta y mayor protección a la persona ante las posibilidades impensables e imparables de la transformación tecno-digital. Así surgió, al menos, el reconocimiento y desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos, como nueva concreción de la dignidad, libertad y autonomía personal ante los riesgos que traía el uso (y abuso) de las NTIC. La materialización inicial del derecho a la protección de datos se manifestó en Europa en la segunda mitad del siglo pasado, con la adopción de vertientes distintas para su regulación: a través de una legislación *ad hoc* (el caso alemán, sueco y francés) y a través de disposiciones de rango constitucional relativas al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (el caso portugués y español). El resto de países europeos inspirados por los desarrollos normativos a nivel internacional relativos al procesamiento de datos de carácter personal: adopción de las Directrices OCDE en 1980 (revisadas en 2013) y un año más tarde con la adopción del Convenio núm. 108 sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del CDE (actualizado en 2018 y ratificado por España en 2021).

En el seno de la Unión Europea, el reconocimiento y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal se reflejan tanto en su Derecho originario como derivado. Concretamente, el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce a la unión una competencia general para legislar en materia de protección de datos. Sobre esta base jurídica se han ido adoptando las directivas y reglamentos en esta materia, siendo

la normativa más relevante, a día de hoy, el RGPD, lo que he llamado la Directiva Policial (reguladora del tratamiento de protección de datos en el ámbito policial y judicial) y lo que he llamado el Reglamento Institucional (regulador del tratamiento de datos personales por parte del marco institucional de la UE). Además, como ya se ha dicho, la CDFUE, convertida, desde 2007, en un documento jurídicamente obligatorio y con el mismo valor que los demás tratados constitutivos de la UE, consagra, de manera explícita, en su artículo 8, un derecho fundamental y autónomo a la protección de datos de carácter personal (separándolo del derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar recogido en el artículo 7).

En el caso español, cabe decir que una de las principales novedades que incorporó la CE de 1978, siendo una de las pocas constituciones de la posguerra que lo hizo, fue la incorporación de un precepto (artículo 18 en su cuarto apartado) que reconociera, de manera expresa, la protección de las personas frente al uso de la entonces embrionaria *informática*. El constituyente español tuvo suficiente visión para establecer un mandato legislativo para limitar las NTIC en la medida que resultara necesario para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de la ciudadanía. Aunque el legislador tardó más de una década en cumplir este mandato, finalmente se materializó en sendas leyes que se han ido reformando ante las exigencias de la integración europea y la necesidad evidente de actualizar los sistemas de protección de los derechos, para dar mejor respuesta ante la transformación socio-digital. Actualmente contamos con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

A pesar de la materialización constitucional de limitar la informática, la falta de aclaración e insuficiente desarrollo normativo obligaron al Tribunal Constitucional español a llevar a cabo

una labor de adaptación e integración, por vía interpretativa, con el fin de perfilar y perfeccionar el contenido y alcance del artículo 18.4 de la CE. Así contamos en los años 90 con los *leading cases* en esta materia que han servido de base para la configuración constitucional de este derecho: quizás bastaría con citar la STC 254/1993 de 20 de julio y las SSTC 290 y 292/2000 de 30 de noviembre, en las que se reconoció lo que ahora llamamos derecho a la protección de datos (pero se llamó entonces libertad informática o autodeterminación informativa) como un derecho fundamental y autónomo, distinto del derecho a la intimidad (el *privacy* anglosajón). El derecho a la protección de datos, al contrario que el derecho a la intimidad no implica un espacio o ámbito propio reservado, ni impide las injerencias o intromisiones de terceros. Sólo con leer el texto constitucional, nos percatamos de la diferencia. El artículo 18.1 CE limita el qué (qué información no puede ser revelada) y el artículo 18.4 CE limita el cómo, pero no el qué (información personal puede ser revelada o divulgada bajo unos fines legítimos y bajo unos principios). Así lo ha confirmado el Tc, quien además ha explicado como el derecho fundamental a la protección de datos tiene un contenido más amplio que el derecho a la intimidad: no se limita a datos íntimos o a aquellos que pueden afectar a la intimidad, sino que abarca todo tipo de información que identifica o hace identificable a una persona y que, por ende, esta debe poder ejercer un control sobre los mismos.

El régimen jurídico español en materia de protección de datos, nutrido por las normas y jurisprudencia europea vigente en su momento, y retroalimentado por la praxis de sus órganos jurisdiccionales (en última instancia la Sala de lo Civil y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y, por supuesto, el Tribunal Constitucional) y no jurisdiccionales (la Agencia Española de Protección de Datos), pretendía garantizar los derechos afectados por la informática, también llamada 'autodeterminación informativa' o, siguiendo las líneas de Frosini (1988) y de lo que luego dijo inicialmente nuestro intérprete constitucional, *libertad*

informática, a través del establecimiento de unos principios para el tratamiento de los datos personales y un elenco de derechos.

Parte de la doctrina académica ha dejado sobradamente claro que “incluir nuevos derechos fundamentales”, sobre todo, por vía hermenéutica, debe hacerse “con especial contención”, y sin olvidar la “capacidad protectora del legislador mayoritario”, especialmente cuando se trata de juridificar nuevos espacios y situaciones (Chueca 2017: 19). Por ello, quizás, hayan surgido nuevas generaciones de derechos y garantías digitales que estudiaremos más adelante (Rallo Lombarte, 2020).

III. UNA APROXIMACIÓN IUSFILOSÓFICA AL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD A LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL

1. Configuración jurídico-filosófica del libre desarrollo de la personalidad y su revisión ante las nuevas realidades socio-digitales

Por un lado, recordemos que la dignidad humana se presenta como un ineludible denominador común que diseña un nuevo estatuto de la persona, siendo los derechos una “traducción normativa” de la dignidad (Villacorta Mancebo y Villacorta Caño-Vega 2013: 69). Así, a través de los derechos fundamentales se expresan contenidos concretos hacia una realización de la dignidad humana, en tanto en cuanto valor supremo y principio fundamentador, todo ello como despliegue del libre desarrollo de la personalidad⁶. Corresponde, cabalmente, a la teoría kantiana haber propuesto un concepto de dignidad humana como valor fundamental de las

⁶ Al hacer referencia al libre desarrollo de la personalidad en el marco del Derecho europeo continental, es de obligada referencia la constitución y jurisprudencia alemana, pero cabe recordar lo enormemente ilustrativo que supone la mención a la jurisprudencia constitucional colombiana, entre otras de América Latina, en la que se recoge el principio del libre desarrollo de la personalidad, reconocido por su texto constitutivo de manera prácticamente idéntica al análogo alemán, en clave *iusnaturalista*.

nociones de persona y de personalidad; dignidad que engloba una dimensión moral de la personalidad, fundamentada en la propia libertad y autonomía de la persona. De ahí que la dignidad de la persona se encarne como principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad.

Los derechos humanos son simplemente una expresión particular de la dignidad humana y así, el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento para los derechos humanos hace posible su *dignificación*, y en última instancia, su reconocimiento, delimitación e interpretación. Así, todos los derechos están vinculados a la dignidad como autonomía y libertad moral, y así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español: “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁷. Ello queda elegantemente reflejado en el contenido del art. 10 de la CE, que, además, constituye piedra angular y hermenéutica del sistema constitucional español.

Por otro lado, el libre desarrollo de la personalidad, como su propio nombre parece aludir, también está íntimamente ligado a la noción de libertad. Mills (2011: 87) decía que el único fundamento permanente e inquebrantable que tiene la mejora o el progreso personal (lo que nosotros conocemos como el desarrollo de la personalidad) es la libertad, puesto que, debido a esta, hay tantos posibles centros independientes de mejora como individuos. De ahí que también se articule el libre desarrollo de la personalidad en relación con la autonomía, pues la persona ha de asumir autónoma y libremente la construcción del desarrollo integral de su persona, su vida y su destino.

Aunque lo veremos más adelante, adelantamos que desde la perspectiva *iusfundamental*, el libre desarrollo de la personalidad

⁷ Vid. Fundamento Jurídico 8 de la STC 53/1985 de 11 de abril, y, más reciente, vid. por todas, STC 115/2010 de 24 de noviembre.

es también una cuestión de derechos y existe una relación directa entre ambos, no solo por cuestión de la indivisibilidad de los mismos, sino porque todo desarrollo se ve facilitado por determinadas posibilidades y poderes de actuación, y a mayor protección y ejercicio efectivo de los derechos, mayor será el efectivo y libre desarrollo de la persona y su proyecto de vida. Así lo ha resumido Aguilar Sahagún (1999: 124): “en razón de su conciencia moral, de su libertad y de su dignidad, el hombre tiene derecho al desarrollo de su personalidad que se verifica de forma implícita en el ejercicio de cualquier otro derecho”. Es decir, el libre desarrollo de la personalidad deviene en instrumento para la realización de otros muchos derechos, en tanto que la dimensión positiva del mismo está orientada a la plena realización de la misma a través de facultades de actuación jurídicas reales y efectivas:

“a libertad a la que se refiere el concepto de este nuevo derecho al libre desarrollo de la personalidad reside en una concepción del ejercicio de los derechos, que va más allá de la idea de universalidad que les es propio, ya que implica la acepción desarrollada por Lucy Taylor de la ‘diversalidad’ en el sentido de que los derechos deben ser factibles en la realidad del día a día de todos los ciudadanos; pero para que esto ocurra se debe ampliar la posibilidad de su ejercicio a las necesidades diversas que requiera cada cual en su otredad” (López Serna y Kala 2018: 71).

Bien se considere como un principio rector (general de libertad) o como un derecho genérico de libertad, no cabe duda que el desarrollo de la personalidad, por un lado, constituye valor superior del ordenamiento, al menos en el caso español, e implica la capacidad de autodeterminación, es decir, una libertad de hacer conforme a la voluntad propia la cual deberá ser objeto de protección jurídica, eso sí, con los límites o excepciones constitucionalmente marcados: el libre desarrollo de la personalidad “no puede ser concebido, en consecuencia, como una fuente de legitimación del propio arbitrio, al margen del Derecho” (Jiménez Campo 2018: 223).

Tanto es así que la expresión máxima de la libertad existencial deviene en una libertad jurídica denominada derecho de autodeterminación (no entendida en su acepción de Derecho Internacional o vinculada a sensibilidades nacionales) pues se debe asegurar un espacio vital, y por extensión lógica, un espacio jurídico, en el que se asegure que la persona puede gobernarse a sí misma, puede desarrollarse con o sin los demás. En otras palabras, lo que hoy en día se conoce como autonomía personal, hasta la fecha íntimamente ligada a la relación de la persona con su cuerpo, en el ámbito privado o público, pero ahora extendida a múltiples espacios a causa de los avances en las ciencias de la computación, automatización y de la salud. Recordemos que la “vida y cuerpo se definen en el constante fluir de la libre construcción de la personalidad” (Rodotà 2014: 249).

En esta línea, el libre desarrollo de la personalidad es un concepto que también está íntimamente vinculado con la identidad. El libre desarrollo, en definitiva, es la posibilidad que tiene la persona de experimentar con su identidad y buscar y encontrarse a sí misma:

“Todos los humanos estamos llamados profundamente a buscar nuestra identidad, a indagar en torno a nuestro ser propio y sus fuentes. Por eso, ya San Agustín [...] escribió [...] *Factus sum ipse mihi magna quaestio* («yo mismo me convertí para mí en un gran interrogante»). Esta búsqueda de nosotros mismos resulta capital a la hora de orientarnos en el mundo y en la existencia. Además, nos pone en camino hacia nuestra maduración y realización, a la vez que nos lanza hacia el encuentro, en ese camino, de los otros” (Barraca Mairal 2017: 57).

Rodotà (2014: 273-283) habla de los cuatro paradigmas de la identidad todos los cuales son perfectamente plasmables a (e incluso más evidentes en) la realidad socio-digital actual: el de la identificación, el de la construcción incesante, el de la multiplicación y el de la reducción. La identidad hace de la persona ser la que es, y no ser otra: la persona se configura como tal mediante un com-

ponente estático u objetivo (generalmente asociado a lo biológico, genético o natural en tanto que lo trae consigo) y otro dinámico o subjetivo (generalmente asociado a una estructura socio-cultural que acabará por forjar su pasado, presente y futuro). En palabras de Chueca (2019, 36) “cada ser humano individual posee un conjunto de experiencias mentales complejas que configuran su autoconcepción como individuo e integran su acervo existencial. Se trata de la identidad que podemos denominar narrativa”. Sin embargo, el desarrollo personal e identitario no sólo se formaliza de manera aislada, privada o permanece inmutable. Desde las teorías de la identidad narrativa, no hay lugar a duda de que la identidad personal se construye, se refuerza o se debilita en función de la interacción social y no es una construcción inalterable, muy al contrario: “la identidad narrativa viene a formar una tercera capa de la personalidad, superpuesta a adaptaciones y rasgos [...] un diseño único para cada persona, evolutivo, de múltiples capas y complejamente situado en la ecología social de la vida de una persona” (McAdams 2011: 103).

Sin desarrollar en profundidad las teorías contextuales de control identitario (Burke 2006; Burke y Stets, 2009) o las teorías de la multiplicidad del yo desde la perspectiva del rol social (Goeffman 1963: 79-81), al menos cabe decir unas palabras sobre la ecología social como factor determinante en la construcción de la identidad y de la personalidad. La formación de la identidad se enmarca en un proceso de retroalimentación y reconsideración constante a través de las interacciones, roles y percepciones sociales. De tal forma que el componente relacional de la construcción de la identidad, o el *the relational self* (Chen, Baucher y Kraus 2011: 149), permite y condiciona la construcción de uno mismo. La identidad, por tanto, “es variable, cada cierto tiempo necesita una reidentificación” (Rodotà 2014: 279).

Con todo ello, debido a que nuestra historia y el desarrollo de nuestra personalidad e identidad son elementos en constante evolución, inspirados e influidos por esa ecología social y la parti-

cipación en actividades de naturaleza pública y privada, se ha aceptado que la identidad, en tanto que cambia gradualmente con el paso del tiempo, debe verse más bien en un continuo y forma parte de una visión más holística e integradora de la personalidad. Como se ha sostenido en otro lugar, aunque más vinculado a la identidad trans, la identidad narrativa “no es más que la historia interiorizada y evolutiva del *yo* generada a través de la construcción y re-construcción selectiva (*selective appropriation*) del pasado y la anticipación y aspiración de un futuro imaginado en función de la propia autodeterminación” (Martínez López-Sáez, 2020: 460).

La identidad personal ha dejado de ser un misterio desde que esta se desarrolla casi exclusivamente en línea, creando nuevas posibilidades de experimentar con nuestra identidad, en muchos casos, y menoscabando nuestro desarrollo integral como personas, en otros muchos. Así, en el contexto de la autodeterminación, la construcción libre de la identidad forma parte del núcleo central del desarrollo de la personalidad, alimentado e impulsado por necesidades psicológicas básicas tales como la autonomía y la capacidad personal (en resumen, la libertad) y la aceptación ajena, las cuales hacen posible las “elecciones con relevancia identitaria” (Soenens y Vansteenkiste 2011). Estas no existen en un vacío social, pues, como es bien sabido, la persona se desarrolla mediante una interacción continua con sus semejantes (en términos simples, con su entorno social).

Y es precisamente el tipo de interacción social la que puede fomentar o socavar el desarrollo libre de la identidad personal. Así se ha creado la conocida como *identidad digital*, una especie de doble digital construido en y para el mundo en línea. Para algunos autores, este concepto se asienta en una identidad narrativa desarrollada y plasmada en los espacios virtuales; una suerte de historia interior de la persona, la cual necesita construir, desarrollar y reescribir a lo largo del tiempo para definir y redefinir su proyecto vital. Bajo estas premisas, la digitalización de las identidades implica algo más que el uso de las NTIC para *identificar* quién

es alguien. A través de la transformación digital, se adquieren, almacenan y procesan grandes cantidades de datos personales y otra información que *identifica* a la persona, pues la tecnología utilizada en la era de la transformación digital está diseñada para registrar información sobre cada acción, generando y almacenando hasta el mínimo detalle de los comportamientos de las personas.

De tal forma que los identificadores basados en información personal rastrean, vinculan y conectan a los individuos y producen perfiles personales sin precedentes. Son precisamente estos perfiles elaborados los que constituyen identidades digitales: elecciones pasadas, desplazamientos, preferencias y forman una imagen más o menos completa de quiénes somos. Las nuevas formas de relacionarse y los usos y abusos de las NTIC han sido las que han frustrado u obstaculizado, bajo el espejismo de mayor libertad y acceso, esta necesidad innata de experimentar y desarrollarse a nivel interno y externo. De esta manera, nuestra identidad puede llegar a ser definida no desde la propia autonomía personal sino de manera heterónoma, pues ha sido desplazada a través de configuraciones y algoritmos que pueden vigilar, controlar y diseñar (a través de limitaciones, reconducciones o redefinición de gustos o prioridades) la identidad en línea, seamos conscientes o no, todo lo cual pone en cuestión, o cuanto menos cercena, el libre y autónomo desarrollo de la personalidad.

Resulta ciertamente preocupante la facilidad con la que se obtiene y se relaciona todo tipo de información personal, convirtiendo portales o identidades digitales en las que la persona no participa con conocimiento de causa ni consentimiento. Esta afectación de la identidad digital impacta el desarrollo libre y autónomo de la persona, su capacidad de decidir quién quiere ser, o qué faceta quiere mostrarle al mundo. Al debilitamiento de la capacidad de decidir, debemos, por tanto, añadir el gran desafío de la era de la transformación digital que no es otro que la pérdida de control sobre quiénes queremos ser y la constante y terrible afrenta a la dignidad,

al libre desarrollo de la personalidad y a la construcción dinámica de la identidad en tiempos digitales:

“el ser humano está separado de sí mismo por una nueva mediación, la de los medios de comunicación que sustituyen en todas partes el libre juego de la vida y de su sensibilidad por la copia de un universo irreal, artificial, estereotipado, envilecedor, donde la vida ya no puede sino huir de sí misma, en lugar de realizarse [...] no solo la relación con los demás sino también la relación con uno mismo se convierte en una relación consumida” (Koninck 2006: 65).

La revolución tecnológica y digital ha creado un nuevo mundo caracterizado por la constante e imparable creación, almacenamiento, procesamiento e intercambio masivo de información y datos, que construyen identidades y perfiles digitales de los que nos volvemos esclavos y no podemos escapar. Rodotà, en esta línea, habla del desafío a la identidad, del empobrecimiento de la capacidad de decidir, de la inutilidad de suplicar mayor privacidad y de que se percibe como una auténtica pérdida del control sobre uno mismo: “andamos buscándonos a nosotros mismos y encontramos alguna información, a veces lejanísima, mixtificada, falsificación total de nuestra identidad, que cualquiera puede confeccionar y colgar en la red [...] una imaginaria biografía nuestra que los motores de búsqueda dejaran luego disponible a quien la quiera usar” (Rodotà 2014: 309-310). Parece que, en una época en la que la verdad es todo aquello que existe (en la Red), somos testigos de un nuevo tipo de dictadura, en la que estamos condenados a quedar invadidos, sometidos y manipulados, en función de los datos que recogen y exponen sobre nosotros, incluso “de manera invisible”, por “mecanismos ingeniosos y máquinas pensantes” (Rodotà 2014: 289) construidas y operadas bajo premisas legítimas, pero con intenciones encubiertas y riesgos impredecibles.

La sociedad y el progreso deben contribuir a desarrollar la personalidad e identidad de la persona y no deben “sacrificar o aplastar, aniquilar” ésta en aras de un supuesto bien común. Quizás por ello, se ha afirmado que habría que también reflexionar so-

bre “las célebres redes sociales y sus tecnologías en la actualidad” pues éstas “existen para permitir la expresión de la persona y su relación con otros, pero con frecuencia terminan por convertirse en espesas mallas que parecen oprimir nuestra identidad original, asfixiando nuestra singularidad con un afán comunitarista” (Barraca Mairal 2017: 77).

2. El libre desarrollo de la personalidad y su conexión intrínseca con los derechos vinculados a la privacidad

Constituye casi una máxima en las disciplinas jurídicas, y concretamente, para el Derecho Constitucional, que cuando nos referimos a los derechos, automáticamente los relacionamos con la protección efectiva de una parcela en la que la persona es soberana para desarrollar, con autonomía, su libertad. La privacidad (o, con el afán de ser técnicamente más correctos, la intimidad⁸) constituye una necesidad vital, sin la cual el hombre no puede formar ni desarrollar su personalidad, siendo en el marco de ese ámbito de privacidad en el que configura sus pensamientos, sus creencias y su conciencia. Pero también es el marco de la privacidad, donde el individuo va fraguando el modelo de relación que quiere compartir con los demás, y que le permitirá desenvolverse con ellos.

Además de la interacción y participación social, la privacidad también juega un papel clave en la construcción de la identidad. Lo que pretende la privacidad, al igual que la dimensión interna de múltiples derechos de la esfera personal, es proteger al círculo más íntimo de la persona; definiéndose, en ocasiones, como “la libertad frente a injerencias desproporcionadas a la construcción de la identidad” (Goffman 1959: 7). El célebre *right to be let alone*, así bautizado por los padres norteamericanos del *right to privacy*,

⁸ Nos encontramos ante un dilema *iusconceptual* de difícil resolución pues ha devenido práctica habitual utilizar el concepto ‘privacidad’ como término genérico para referirse a distintos derechos personalísimos (o vertientes de los mismos) en la era digital, aunque este sea, en realidad, la traducción literal del *privacy* anglosajón, y por tanto, hace realmente referencia, al menos en el ordenamiento jurídico español, a nuestro derecho a la intimidad.

comparte con los demás derechos personalísimos la necesidad de mantener cierta información en secreto, o, al menos, accesible a un número limitado de personas, elegidas por el titular de dicho derecho. Quizás por ello, este derecho también se le ha llamado, en el ordenamiento del otro lado del Atlántico, el protector de la individualidad y autodeterminación frente a disrupciones, distorsiones o frustraciones derivadas de intromisiones, cualesquiera que sea el medio y la gravedad de las mismas:

“los mecanismos de privacidad definen las fronteras y límites de uno mismo. Cuando la permeabilidad de estas barreras está bajo el control del propio interesado, se forja un sentido de individualidad y se desarrolla la identidad –pero la inclusión o exclusión de los demás no es la pieza clave para la autodefinición del yo, sino la capacidad de regular el grado de accesibilidad y contacto cuando se desee. Si puedo controlar qué soy y qué no soy, si puedo definir quién soy y quién no soy, si puedo observar los límites y ámbito de mi control, entonces podré seguir tomando los pasos necesarios para desarrollar mi identidad y el entendimiento que tengo sobre mí mismo” (Altman 1975: 50).

En efecto, la preservación de la intimidad es un “punto de apoyo para el pleno desarrollo de la personalidad” (Carrillo 2016: 23). Todo lo anterior en parte se ha visto mutado desde el cambio de siglo con el auge de Internet y las NTIC. Hoy en día, no sólo nos relacionamos y desarrollamos nuestra identidad, personalidad y nuestras relaciones personales a través de estas nuevas herramientas, dejando huellas digitales allá dónde vamos, sino que la información personal que directa o indirectamente le confiamos al ciberespacio o a terceros en nuestro proceso de retroalimentación y experimentación social, se han convertido en componente estratégico del control y construcción (*mutatis mutandis*, del descontrol y destrucción) del libre desarrollo de la propia identidad, a través de un menoscabo de los derechos intrínsecamente ligados a ella.

Es conocida la importancia que se le atribuyó, al menos en el ordenamiento jurídico español, a la vida privada y la intimidad,

como garantía para la libertad y “autodeterminación personal”, y en última instancia como garantía de “una mejor calidad de vida” (Carrillo 2016: 15). Estos derechos, si se configuran bajo el paraguas amparador de la dignidad humana y la libertad, inexorablemente requieren de cierta potestad de control, y esto resulta especialmente necesario en el contexto de la revolución y mutación de la informática: “la libertad informativa representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal” (Frosini 1988: 23). No obstante, es una verdad, a nuestro juicio evidente, que la potestad de control que debería brindar la libertad, se ve coartada y limitada por el empleo de técnicas informáticas, que comprometen o menoscaban gravemente su práctica, en particular aquellas relativas al tratamiento de datos de carácter personal, como potencial agresión al libre desarrollo de la personalidad, y en última instancia, a la dignidad humana, provenientes del (ab)uso de las herramientas tecnodigitales.

La protección de datos, así como el haz de facultades jurídico-digitales con las que este cuenta, ha devenido en garantía para el libre desarrollo vital del individuo, manifestándose en la capacidad de decidir por uno mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar y utilizar información de carácter personal. Y es, justamente esta especial conexión entre los derechos de la esfera personal la que ha hecho que la doctrina clásica haya clasificado algunos de ellos como *derechos de la personalidad*, incluidos el derecho al honor, el derecho a la imagen, el derecho a la intimidad, el derecho al respeto a la vida privada y, por supuesto, también, en la era digital actual, el derecho a la protección de datos. Ahora bien, la autodeterminación individual se viene asociando con los denominados *nuevos* derechos o derechos emergentes, es decir, aquellos que afectan a la esfera vital del individuo o su proyecto identitario o vital, en relación con los nuevos avances científicos y tecnológicos.

Así, la facultad de actuación jurídica insertada en el contenido de estos derechos ya reconocidos, ha servido de justificación para el posicionamiento jurídico y para la consagración de la na-

turalidad del derecho a la protección de datos. Todos ellos están vinculados a la dignidad como autonomía y libertad moral, y así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español: “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985 de 11 de abril (FJ 8), y, más reciente, STC 115/2010 de 24 de noviembre); o que la intimidad, como derecho “estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana [...] [supone] la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad de vida humana” (STC 57/1994 de 28 de febrero (FJ 5)). Lo que significa afirmar la pretensión genérica de reconocer al individuo unos derechos que le corresponden por el mero, pero significativo, hecho de ser persona y protegerlos para el ejercicio efectivo y desarrollo autónomo y libre de la personalidad, identidad y proyecto vital.

La consideración de la dignidad como fundamento principal de aquellos derechos personalísimos comporta no sólo una garantía negativa que asegura que no deberá ser objeto de intromisiones sino también, y especialmente relevante, una garantía positiva que permita la preservación y que sirva como punto de apoyo para el pleno desarrollo de la personalidad. Así, despejamos toda duda de que el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión jurídicamente (constitucionalmente) protegida, sino también a aquellos derechos personalísimos análogos que pertenecen, de alguna manera u otra, al ámbito del libre desarrollo de la personalidad e identidad en un contexto tecno-digital.

3. El caso concreto del derecho a la protección de datos: la autodeterminación informativa como garantía del libre desarrollo de la personalidad

Los derechos personalísimos hacen referencia a un espacio delimitado de disposición y autonomía individual para el libre desarrollo y configuración de la personalidad, lo que, en la era digital actual, naturalmente, no sólo trae consigo una garantía negativa de evitar injerencias, sino, y, sobre todo, una positiva por la que se ejerce “un control autónomo sobre los datos propios, sobre la propia identidad informática” (Frosini 1988: 23). No obstante, resulta evidente que la autodeterminación informativa, en entornos tecnodigitales, se ve reducida pues estos comprometen o menoscaban gravemente su pleno y libre ejercicio, en particular aquellas relativas al tratamiento de datos de carácter personal. Por ende, el derecho a la protección de datos (Troncoso Reigada 2021), se configura como un nuevo o emergente derecho, en el ámbito de los derechos personalísimos, aunque para algunos también una suerte de “subprincipio” de la “libertad de la voluntad” y de la “tutela de la personalidad” (Adinolfi 2007: 6), propio de la era de la transformación digital.

Por lo tanto, los derechos de la personalidad, como derechos connaturales e innatos del hombre, incluyen aquel derecho de la persona a proteger la revelación y tratamiento de los aspectos más profundos de su persona, o al menos aquellos que pueden directa o indirectamente dañarla, en el contexto de una mutada y revolucionada informática. De este modo, las intromisiones que las NTIC hacen en el libre desarrollo de la personalidad, que condicionan las conductas del individuo en el ámbito socio-digital, deben limitarse devolviéndole al individuo el control de conocer y decidir cómo quiere desarrollarse, sin obstáculos, y poder decidir sobre la construcción y manifestación externa de su iden-

tividad. Debemos recordar que lo que se protege no son los datos o la información, sino a la persona, como sujeto titular de esos datos⁹; en otras palabras, hablamos del control de uno mismo y de su propia construcción (Rodotà 2014: 162) a través de un poder de control sobre los datos que nos identifican. Independientemente de la denominación por la que uno opte, los fundamentos de este derecho emergente a la protección de datos de carácter personal lo que protege, originariamente, es la dignidad de la persona y se engloba en un ámbito de libertad personal y por ello, la dignidad de la persona se instituye como fundamento o base del derecho a la protección de datos.

El derecho de toda persona a definir libremente su proyecto de vida queda en entredicho por las NTIC. En el caso del derecho a la protección de datos, lo que se pretende es asegurar la autorrealización del individuo, en el desarrollo de su identidad y de su personalidad, intrínsecamente relacionados con la libertad y la dignidad personal. De ahí que el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la intimidad sean derechos conexos a la *autodeterminación personal* en la era digital, pues inexorablemente requieren de cierta potestad de control, y esto resulta especialmente necesario en el contexto de la revolución y mutación de la informática:

“la potestad de control que debería brindar la libertad, se ve coartada y limitada por el empleo de técnicas informáticas, que comprometen o menoscaban gravemente su práctica, en particular aquellas relativas al tratamiento de datos de carácter personal, como potencial agresión a la dignidad y libertad personal, y concretamente, al libre desarrollo de la personalidad y a la autónoma construcción de la identidad” (Martínez López-Sáez, 2020: 100).

⁹ Recordemos que los datos personales son aquellos que identifican o hacen identificable a la persona, siendo los datos aspectos característicos, o la exteriorización, de nuestra identidad; desde el ámbito genético-biológico, hasta el ámbito socio-económico y todo lo que existe entre medio que nos hace directa o indirectamente reconocibles o localizables.

Dado que la información que se proporciona o se comparte digitalmente es universal y automáticamente accesible, es infinitamente conservada en la memoria colectiva, o si se prefiere, en la “memoria transaccional” (Wegner 1987), la cual es utilizada por los motores de búsqueda para hallarla, descontextualizada (con independencia de su veracidad actual y del tiempo transcurrido), lo que, *de facto*, supone la imposibilidad de avanzar (mejorar) personalmente debido al lastre (y la imposibilidad de alejarse) de identidades o manifestaciones de la personalidad pasadas:

“Mantener *sine die* cierta información de carácter personal tiene efectos gravemente perjudiciales para la dignidad y el libre desarrollo de la persona y esa construcción de su identidad, llevándole, potencialmente, a ningún otro puerto que al de una suerte de muerte civil -en ocasiones incluso laboral y mercantil-, imposibilitando la autorrealización de cualquier faceta vital. Es precisamente a tal efecto que se han generado no pocas preocupaciones sobre el impacto de la memoria extraordinaria e infalible de las NTIC y en particular de la Red, que lo hace todo más accesible, sobre el libre desarrollo y dignidad de las personas. De esta, precisamente, ha surgido la paradójica necesidad de ‘acordarse de olvidar’, pues el olvido, como veremos, tiene más virtudes que vicios en el contexto digital” (Martínez López-Sáez 2020: 94-95).

Como pórtico de esta contribución, exponíamos las consideraciones de Mills (2011: 87): “*the only unfailing and permanent source of improvement [entendido como mejora o progreso personal, también conocido hoy en día como libre desarrollo de la personalidad] is liberty, since by it there are as many possible independent centres of improvement as there are individuals*”. Pues bien, resulta difícil hoy en día imaginarse la existencia humana sin la garantía al más alto nivel jurídico-digital de derechos tan estrechamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, por utilizar una de las expresiones del art. 10.1 CE a la cabeza del contenido *iusfundamental* de nuestra constitución normativa.

El uso agregado y masivo de datos personales mediante los sistemas avanzados y las herramientas propias de la transformación

digital, ha supuesto no solo riesgos para los derechos fundamentales puestos en entredicho por las NTIC (las libertades informativas y los derechos de participación en jaque por la desinformación y el determinismo informativo, entre otros) sino también, e igualmente preocupante el encasillamiento del ser humano, a través de una suerte de “*curriculum personae* abierto, posibilitando a la propia tecnología, o terceras personas con acceso a ella, a tomar decisiones discriminatorias en función de la información recopilada” (Martínez López-Sáez 2020: 172). De tal forma que el derecho a la autodeterminación informativa, posibilita y empodera a cada persona decidir libremente sobre su propia construcción y tomar control de su propio desarrollo, identidad personal y destino. En análoga línea, algunos autores han considerado que:

“si el derecho a la protección de datos personales sirvió durante las últimas décadas para preservar los derechos individuales frente a buena parte de los efectos generados por las tecnologías de la información y del conocimiento, la sociedad digital en la que nos hallamos completamente inmersos demanda un haz de derechos que se extienda a la práctica totalidad de los ámbitos en que el individuo se desarrolla en sociedad. Los nuevos derechos digitales son, en buena medida, el corolario de una evolución en la que el derecho a la protección de datos ha servido como auténtica punta de lanza frente a la realidad digital” (Rallo Lombarte 2019: 133).

IV. NUEVOS MECANISMOS DE TUTELA IUSDIGITALES: TENDENCIAS Y PROPUESTAS A DEBATE

1. Nuevas garantías digitales: propuestas en clave material

Aunque tiene asociada una problemática jurídico-constitucional de mayor complejidad, una de las propuestas regulatorias en el contexto tecno-digital ha sido reconocer nuevos derechos. Ante los retos planteados, se trata más bien de asegurar una verdadera y efectiva autodeterminación informativa a través del diseño y ejercicio de nuevos mecanismos de tutela (o, si se prefiere, de nue-

vas garantías). En análoga línea, cabe recordar que, en España, la elaboración de una Carta de Derechos Digitales¹⁰ ha sido uno de los compromisos fundamentales cuasi previsto en el Título X de la LOPDGDD que ha cobrado verdadera fuerza; si bien no es un texto jurídicamente vinculante sino más bien programático, este pretende inspirar las políticas públicas y moldear el espacio normativo con el fin de proteger los derechos individuales y colectivos en los nuevos escenarios digitales; lo que algunos han llamado la “nueva generación de derechos digitales” (Rallo Lombarte 2020).

Entre estas garantías, aunque ya se reconocía con anterioridad, se encuentra el derecho al olvido digital¹¹, que consideramos es una de las garantías más efectivas ante los retos de la transformación digital, aunque cabe al menos aludir que su alcance también se ha

¹⁰ La versión definitiva de este instrumento programático se encuentra disponible en: «https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf». En una primera lectura, se aprecia con facilidad la doble finalidad de la Carta: adaptar y concretar los derechos y las garantías para dotarles de efectividad ante los retos que plantea el entorno digital actual. Como se ha llegado a decir, “aunque el borrador inicial hacía una mención a la ausencia de carácter normativo, una lectura más detenida de la Carta daba pie a cierta confusión sobre si estábamos ante un instrumento normativo que constituye (o al menos identifica) nuevos derechos y garantías en esta nueva situación o si, por el contrario, estábamos ante una declaración política o código de buena conducta, que recoge una reproducción (a veces parcial y por ello confusa) de lo ya previsto en el ordenamiento, a fin de guiar mejor la futura acción (normativa y de creación de políticas públicas) de los poderes del Estado ‘de forma que se garantice la protección de los derechos individuales y colectivos en los nuevos escenarios digitales’”. De tal forma, ha venido a perfilar los derechos ya existentes ante un proceso naturalmente dinámico en tanto que el entorno digital se encuentra en constante evolución. Por ello la Carta tiene un objetivo descriptivo (para concienciar a la sociedad), un objetivo prospectivo (al anticipar futuros escenarios y desafíos en clave digital) y un objetivo asertivo (revalidar y legitimar los derechos, principios, técnicas y políticas existentes y garantistas). *Vid.*, la crónica tras su acto de presentación en: «<http://www.cepc.gob.es/blog/la-carta-espanola-de-derechos-digitales-ulteriores-reflexiones-de-un-texto-descriptivo-prospectivo-y>»

¹¹ Para un estudio exhaustivo de su materialización y desarrollo normativo-jurisprudencial, *vid.* Rallo Lombarte (2021) y Jiménez-Ballesteros (2021).

cuestionado por parte de la doctrina (Burguera Ameave *et al.* 2021). En términos simplificados, este se resume en el desideratum de solicitar la supresión o inaccesibilidad de información o enlaces a información que ha devenido obsoleta o innecesaria pero que, a pesar de ello, la red ha convertido en presente (continuo) y cuya búsqueda y localización instantánea produce algún perjuicio, sea de índole patrimonial o moral. Como el resto de derechos, en tanto que facultades jurídicas de actuación, debemos anclar el fundamento del derecho al olvido digital en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, consagrados en el art. 10.1 CE, pues, recordemos, tanto la posibilidad como la finalidad del derecho al olvido responden a cuestiones inherentes a estos valores y principios *iusfundamentales*, en tanto que la dignidad no es más que la premisa lógica y ontológica para la existencia y singularización de los demás derechos. Así, el derecho al olvido, de manera similar a los derechos de personalidad encuentra su fundamento en la necesidad de evitar el detrimento de la dignidad y la pérdida de capacidad para decidir, de manera libre y autónoma, la personalidad e identidad; tiende, en definitiva, a hacer más realizable el derecho de toda persona a llevar una vida sin restricciones o injerencias internas o externas, y sin gravámenes perpetuos y crónicos.

Esa necesidad de *olvidar* o, mejor dicho, de *desvincular* información y la persona pretende liberar a la persona de cadenas pasadas perpetuas y proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo en su presente y su futuro. El derecho al olvido digital, que nace principalmente de una preocupación social creciente ante la inconcebible e irrefrenable fuerza de la transformación tecno-digital que, a su vez, ha transformado a la sociedad, en general, y a la identidad y la intimidad de las personas, en particular: estas últimas han devenido:

“en escaparates unidimensionales donde todo es universal e indefinidamente accesible, se ha entendido como derecho a borrar, o si se prefiere, a ocultar los datos personales vinculados a hechos pasados irrelevantes que pueden afectar el libre desarrollo personal [...] olvido que, por el mero paso del tiempo, no sucede motu

propio en la red por la visibilidad que otorga a la información en línea, que perpetúa los hechos pasados de modo generalmente irrestricto [...] Funciona, por tanto, como una nueva garantía para el control de los datos y la información personal visible en la red; esto es, una garantía del derecho fundamental a la protección de los datos [...] De tal modo, consideramos necesario establecer una clara diferenciación entre un derecho de supresión de información personal almacenada (sea esta digital o no), y un derecho a una suerte de restauración digital que libera a la persona de las cadenas de un pasado que no se corresponde con la realidad, pero que consta, de manera instantánea, universal y descontextualizada, como la única verdad presente para cualquiera que la busca en Internet (lo que hemos decidido llamar “derecho al libre desarrollo de la identidad digital” o a la ‘re-contextualización digital’)” (Martínez López-Sáez 2020: 216-217).

También se ha planteado definir el derecho al olvido como derecho al libre desarrollo de la personalidad o de identidad digital pues “exigencia no es tanto la de bloquear informaciones, sino de atribuirle una importancia en el contexto de un escenario general que ve la identidad como protagonista” (Finocchiaro 2015: 32), haciendo el distanciamiento del pasado y el autodesarrollo o la automejora (como diría Mill) factible. Debido a la propia naturaleza de la Red, nos encontramos que los clásicos elementos espacio-temporales en la creación y difusión de contenidos desaparecen, y, los nuevos actores en el tablero socio-económico-digital, han aprovechado el almacenamiento ilimitado y la difusión instantánea y universal para aprovechar el uso de esta información, lo que, en ocasiones, puede generar distorsiones en la identidad digital: lo que ha supuesto que, bajo el espejismo de mayor libertad y mayor información, la persona ha devenido menos libre, quedando “perfilada”, “manipulada” y “prisionera de mecanismos que ni conoce ni puede controlar” (Rodotà 2014: 361, 264-365). Así, debido a una suerte de efecto Lázaro en su versión digital, y para evitar que nuestros clics decidan nuestra identidad (digital y real) y, por consecuencia, nuestras futuras oportunidades y vías de desarrollo personal y laboral, el derecho al olvido no tiene otro objetivo que el de retornarle a la

persona autonomía y poder de decisión y control sobre su propia existencia (sea dentro o fuera del ciberespacio), y, por ende, devolverle a la persona autonomía, libertad y dignidad.

A la “colonización” (Pérez Luño, 2021) de la intimidad, vida privada y los demás derechos personalísimos a través de medios tecnológicos se suman las hipotecas vitalicias, modelos y estructuras digitales de opresión y esclavitud que trae consigo una Red y memoria digital omnipresentes, omnipotentes que lo recuerdan todo y no perdonan ni olvidan nada. Además de la esclavitud derivada de una falta de control de los datos,

“liberarse de la opresión de los recuerdos, de un pasado que sigue hipotecando pesadamente el presente, es como llegar a la meta de la libertad. El derecho al olvido se presenta como derecho a gobernar [...] construir personalidades e identidades liberadas de la tiranía donde una memoria omnipresente y total quiere encerrarlos a todos” (Rodotà, 2014).

El derecho al olvido resulta ser, en definitiva, un recurso ante hipotecas vitalicias y nuevos modelos de opresión en tiempos digitales.

2. Más allá del reconocimiento y refuerzo de los derechos: una propuesta en clave formal

La doctrina académica lleva décadas planteándose “la necesidad o conveniencia de proceder a las modificaciones [entendemos que al texto constitucional] oportunas y adecuadas frente a las nuevas amenazas a la libertad y autodeterminación del individuo” (Ruiz Lapeña 2019: 190). Sobre esta cuestión de si es necesario reformar la CE, ya se ha pronunciado parte de la doctrina en sentido negativo por dos razones principales: una de índole fáctica y otra, quizás de más peso, de índole jurídica que justificarían la falta de necesidad práctica de reformar nuestra Norma Suprema pues acudiendo a estándares flexibles e universales no requería introducir variaciones normativas constantes y sería la labor hermenéutica (el llamado auxilio interpretativo e integrador) la que se encargará

de adaptar los principios a las situaciones que vayan generando las nuevas (e impensables a día de hoy) tecnologías y, por ende, garantizar el ejercicio efectivo de los derechos, y, en última instancia, el libre desarrollo de la persona y su proyecto vital.

Así, no se puede negar que una potencial enmienda constitucional sobre el artículo 18.4 CE (bien sea a nivel terminológico o a nivel sustantivo, incluyendo nuevos elementos de la actual era digital del siglo XIX), un día no quede también desfasada y obsoleta ante cambios socio-tecnológicos, inimaginables bajo la perspectiva espacio-temporal y socio-digital actual. Por ello, solemos abogar por mecanismos que refuercen los derechos fundamentales, a través de un modelo uniforme de protección de datos y a través de altos estándares universales de protección. A tal efecto, cabe recordar que muchos textos constitutivos, incluyendo el español, contienen cláusulas generales relativas al orden axiológico fundamental, asentado en la dignidad de la persona y relativas a la apertura a los estándares europeos e internacionales en materia de derechos humanos.

Sin perjuicio de lo anterior, se requiere pues que la regulación y la aplicación de los derechos y garantías digitales se haga desde una ética y perspectiva de los derechos humanos: “antes los derechos fundamentales solo valían según la medida de las leyes, hoy las leyes solo valen en la medida de los derechos fundamentales” (Villacorta Mancebo y Villacorta Caño-Vega 2013: 41). Además, ello requiere encontrar un justo equilibrio para la ponderación efectiva y la protección de los intereses en juego; por ello propondremos dos derechos al olvido en función de la necesidad de un absoluto borrado y en función de la necesidad de que la información quede menos accesible. Sin perjuicio de lo anterior, las respuestas jurídicas no sólo deben ser globales, con estándares de protección universales, adecuados y efectivos, sino que, también deben ser consensuadas tras un “trílogo, entre derecho, tecnología y ética”, pues el Derecho debe enfrentarse “a tecnologías también disruptivas cuya evolución futura resulta simplemente impredecible. Sólo

desde una perspectiva interdisciplinaria podrán abordarse los retos que la innovación presenta en el marco de la sociedad digital” (De La Quadra Salcedo y Piñar Mañas 2018: 17).

Asimismo, ante una Red y una transformación digital sin límites espacio-temporales o digitales, se requiere, como respuesta efectiva, la aplicación de reglas allá donde opera: dado que el hábitat natural de las NTIC es omnipresente y global, igual de global deberán ser su construcción y limitación jurídica. En definitiva, el Derecho que debe regular unas ciencias de la computación en acelerada metamorfosis debe de ser un Derecho flexible, y, ante las premisas y efectos de la globalización, debe también ser un Derecho universal:

“Para evitar los riesgos derivados de la pérdida no solo de toda intimidad, sino también de la posesión del yo, expropiado por quienes tienen la posibilidad de observarnos y reconstruir a su antojo toda nuestra identidad, la totalidad de nuestro cuerpo electrónico, se han establecido límites basados en el consentimiento del interesado y en normas que regulan con precisión los casos en que la interconexión está permitida. Pero esta forma de afrontar el problema debe hacer frente a una realidad en la que la dimensión supranacional [...] no podrán anular las garantías existentes” (Rodotà 2010: 102).

Rodotà encuadra los retos inherentes de la nueva sociedad digital, y, por ende, los retos inherentes a un posible constitucionalismo global, en una estructura fundamentada en lo que denomina la *expansión horizontal* del Derecho. Con respecto a la expansión vertical del mismo, igualmente necesaria, se han pronunciado otros académicos:

“La Tecnología, la Informática y sus sucedáneos han dejado patente la ‘preocupante paradoja, que deriva de su eficacia global e ilimitada para atentar contra bienes y derechos, mientras que la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por las fronteras nacionales. Por ello, la reglamentación jurídica del flujo interno

e internacional de datos es uno de los principales retos que hoy se plantean a los ordenamientos jurídicos nacionales y al orden jurídico internacional” (Pérez Luño 2002: 105).

La apertura a estándares internacionales (o, si se prefiere, la internacionalización del derecho constitucional), ha alimentado lo que Chueca (2017, 17) ha llamado la *lucha por la universalización de los espacios iusfundamentales*. Así, una lectura constitucionalista de la globalización, bajo el enfoque *iusfundamental* debe tener como *desideratum* que, ante un reto global que afecta a categorías universales como es la dignidad humana a través del libre desarrollo de la personalidad en tiempos digitales, lo estatal deberá dar paso a lo supraestatal. Ante una transformación tecno-digital mutable, la sociedad digital requiere un derecho flexible y de garantías específicas. En palabras de Megías Quirós (2002)

“resulta muy notoria la distancia entre lo que nos promete el Derecho como garantías y protección de nuestra privacidad y lo que realmente se puede conseguir en la práctica, y es que las actividades de hackers y crackers van muy por delante de cualquier diseño de seguridad por parte de las autoridades o del sector privado, de modo que es difícil hacer efectiva la promesa de protección ofrecida por las normas jurídicas”.

En definitiva, ante una Red y una transformación digital sin límites ni fronteras, se requiere, como respuesta efectiva, la aplicación de reglas y límites allá donde opera, y dado que su hábitat natural es global, igual de global deberán ser los límites que imponga el Derecho. Ante desafíos globales que ponen en entredicho y deterioran gravemente el ejercicio efectivo y disfrute de los derechos que le pertenecen a la persona por el mero hecho de existir, el Derecho, desde todas sus ópticas y disciplinas, debe también responder en sentido global. Resulta evidente que deberá responder haciendo un ejercicio de balance sumamente complejo, pues deberá oscilar la balanza en el punto mágico en el que no se ponga freno al progreso en sí mismo, pero se delimite lo suficiente para proteger y reforzar el estatuto jurídico de la persona, instaurando

mecanismos de garantía para el efectivo disfrute de sus derechos más fundamentales.

Ante una nueva realidad en la que imperan los objetos conectados a Internet y la capacidad de procesar ingentes cantidades de información de forma lógica [y podríamos añadir, discriminada y descontextualizada], el Derecho no puede seguir en silencio. En efecto, si el Derecho es el reflejo positivizado de la sociedad, este no puede quedar al margen de los cambios y transformaciones provocadas por (o perpetradas sobre) esta. Al igual que el significado de normas (o la norma en sí misma) debe ser flexible, cambiante, en concordancia con las cambiantes realidades impuestas o imprevistas, con las necesidades sociales y con las exigencias de justicia, también debe ser el Derecho flexible (o como diría Zagrebelsky, dúctil).

V. REFLEXIONES FINALES

El sistema social actual y las NTIC están estrechamente conectadas. Ha quedado de sobra claro que uno de los retos más acuciantes de la sociedad actual consiste en encontrar una ecuación equilibrada y exacta, acorde con las posibilidades (oportunidades y riesgos) de la transformación digital en el marco de la relación entre los avances tecnológicos y la tutela de los derechos y libertades fundamentales. Si bien es largo el camino que queda por recorrer, plagado de incertidumbre jurídica a la par que tecnológica, no puede obviarse que el progreso jurídico pondrá siempre freno a las afrentas a la dignidad humana del progreso tecnológico, aunque naturalmente vaya más lento en su examen de reflexión, juridificación y ponderación.

Entre tanto, y en lo que se refiere a la protección del libre desarrollo de la personalidad y la libre construcción de la identidad en tiempos digitales, el recordatorio constante y la posibilidad de acceso ilimitado a información obsoleta convierte el pasado

en un condicionante, casi determinante, del presente y el futuro, ya sea laboral, económico, social, familiar o personal. De tal forma que el derecho al olvido funciona como un recurso ante hipotecas vitalicias y nuevos modelos de opresión en tiempos digitales:

“liberarse de la opresión de los recuerdos, de un pasado que sigue hipotecando pesadamente el presente, es como llegar a la meta de la libertad. El derecho al olvido se presenta como derecho a gobernar la propia memoria para restituir a cada uno la posibilidad de reinventarse, de construir personalidades e identidades liberadas de la tiranía donde una memoria omnipresente y total quiere encerrarnos a todos” (Rodotà 2014: 368).

En otras palabras, el derecho al olvido funciona como un nuevo mecanismo de tutela, o garantía *iusdigital* ha sido el derecho al olvido. Puesto que partimos de la premisa de que la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad constituyen fundamentos y valores superiores que garantizan el derecho de toda persona a definir libremente su proyecto de vida, en la era digital actual, las NTIC ponen en entredicho esta máxima. En el caso del derecho a la protección de datos, y su concreción singular en el derecho al olvido, observamos cómo estos se convierten en garantías para la autorrealización del individuo, para el desarrollo de su personalidad, asegurando un control sobre la construcción de su identidad online y las repercusiones que esta puede tener en la vida real.

Como bien sabemos, el Derecho no es sólo un fenómeno normativo, sino que es el reflejo de un fenómeno social; que se circunscribe a un contexto histórico y espacio determinado, impregnado de elementos sociales, políticos, culturales y económicos, de valores morales y pautas de conductas particulares. La sociedad que el Derecho regula es, a su vez, la que lo condiciona y moldea. *Mutatis mutandi*, el Derecho funciona como instrumento de cambio social. En definitiva, el Derecho debe siempre reformarse ante los cambios y revoluciones en los que se vea envuelto, y, desde todas sus ópticas y disciplinas, debe responder; sin poner freno al progreso en sí mismo, delimitarlo a través de su reglamentación jurídica, y re-

forzar el estatuto jurídico de la persona, instaurando mecanismos de garantía para el efectivo disfrute de sus derechos. En el caso de la transformación digital y los retos para el Derecho y riesgos para los derechos fundamentales que esta genera, la ductilidad del mismo cobra más sentido e importancia.

Hay que encontrar un equilibrio, y en caso de dudas o conflictos de derechos el principio *pro personae* debe ser el faro *ius-fundamental* y de las políticas digitales. Es decir, a pesar de que su configuración jurídica se materializa como mecanismo de tutela y garantía del derecho a la autodeterminación informativa. En el marco de la protección de datos y del derecho al olvido, no podemos ignorar que, para paliar los riesgos producidos por la transformación digital, es necesario un tipo de empoderamiento sobre los datos personales; empoderamiento que debe canalizarse a través de mecanismos proactivos y reactivos (como es el derecho al olvido) que sitúen a las personas en condiciones de igualdad, con las mismas armas digitales para afrontar los problemas inherentes a un mundo digital hiperamnésico y universalizado del que los gobiernos, las empresas y la sociedad en su conjunto se aprovechan continuamente.

Más que reconocer nuevos derechos lo que hay que hacer es dotar de más garantías para la protección y ejercicio efectivos de los derechos (se identifiquen como clásicos o como nuevos), pues como bien nos han explicado los maestros constitucionalistas, los derechos valen lo que sus garantías, y, en última instancia, para garantizar los principios y valores sobre los que se asientan las democracias actuales, entre los que destacamos, la dignidad, la libertad, la igualdad y la autodeterminación, puestas en entredicho en tiempos digitales.

BIBLIOGRAFÍA

- Acquisti, Alessandro *et al.* (2016): “The economics of privacy”, en *Journal of Economic Literature*, vol. n54, núm. 2, 442-492.
- Adinolfi, Giulio (2007): “Autodeterminación informativa. Consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 17, 3-29.
- Aguilar Sahagún, Luis Armando (1999): *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, ITESO-Universidad Iberoamericana plantel Golfo Centro, Puebla.
- Alegre Martínez, Miguel Ángel (1996): *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León.
- Altman, Irwin (1975): *The environment and social behavior: Privacy, personal space, territory and crowding*, Brooks/Cole, Monterey.
- Aranda Serna, Francisco José (2018): *Consecuencias Jurídicas de las Grandes Innovaciones Tecnológicas: de la Imprenta a Internet*, Tesis Doctoral, Universidad Católica de Murcia, Murcia.
- Barraca Mairal, Javier (2017): *Originalidad e Identidad Personal. Claves antropológicas frente a la masificación*, Ed. San Pablo, Madrid.
- Bijker, Wiebe E. (2008): “La vulnerabilidad de la cultura tecnológica”, en *Redes*, vol. n27 (mayo), núm. 14, 117-140.
- Brenner, Susan W. (2007): *Law in an Era of “Smart” Technology*, Oxford University Press, Oxford.

- Burguera Ameave, Leyre *et al.* (2021): *La construcción social de la identidad colectiva en Internet: el derecho a la memoria digital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- Burke, Peter J. (2006): “Identity Change”, en *Social Psychology Quarterly*, vol. n69, núm. 1, 81-96.
- Burke, Peter J. y Stets, Jan E. (2009): *Identity theory*, Oxford University Press, New York.
- Canto Ortiz, Jesús M. y Moral Toranzo, Félix (2005): “El sí mismo desde la teoría de la identidad social”, en *Escritos de psicología*, núm. 7, 59-70.
- Carrillo, Marc (2016): “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación” en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Castells, Manuel (2012): *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza Editorial, Madrid.
- Chen, Serena *et al.* (2011): “The Relational self” en *Handbook of Identity Theory and Research*, Schwartz, Seth J. *et al.* (eds.), Springer, New York, 149-176.
- De Koninck, Thomas (2006): *De la dignidad humana*, Dykinson-IDHBC, Madrid.
- De La Quadra Salcedo, Tomás, Piñar Mañas, José Luis *et al.* (2018): *Sociedad Digital y Derecho*, Boletín Oficial Del Estado, Madrid.
- Delgado Valle, Eneko (2013): “Derecho al recuerdo en Internet” en *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, Valero Torrijos, Julián (coord.), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 407-454.

- Espinosa Díaz, Ana (2019): “Las redes sociales como reto para los derechos de la personalidad y la protección de datos” en *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*, Chueca, Ricardo Luis (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 339-373.
- Finocchiaro, Giusella (2015): “Il diritto all’oblio nel quadro dei diritti della personalità” en *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Zeno-Zencovich, V. (Dir.), Rome-Tre Press, Roma, 29-42.
- Frosini, Vittorio (1988): *Informática y Derecho* (trad. Guerrero, J. y Ayerra Redín, M.), Temis, Bogotá.
- García Pelayo, Manuel (1994): *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid.
- Goffman, Erving (1963): *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires.
- Jiménez Campo, Javier (2018): “Artículo 10.1” en *Comentarios a la Constitución Española XL Aniversario*, Rodríguez-Piñero, Miguel *et al.* (dirs.), Ministerio de Justicia-Wolters Kluwer, Madrid, 213-229.
- Jiménez-Castellanos Ballesteros, Inmaculada (2021): “Últimas aportaciones de la jurisprudencia española al derecho al olvido digital”, en *Cuestiones actuales sobre protección de datos en España y México*, Murga Fernández, Juan Pablo, Fernández Scagliusi, María de los Angeles, Espejo Lerdo de Tejada, Manuel (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 155-169.
- Leturia Infante, Francisco J. (2016): “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido, ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. n43, núm. 1, 91-113.

- López Serna, Marcela Leticia y Kala, Julio César (2018): “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad”, en *Ciencia Jurídica-Universidad de Guanajuato*, vol. n7, núm. 14, 65-76.
- Lucas Murillo De La Cueva, Pablo y Piñar Mañas, José Luis (2009): *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Lucchi, Nicola (2010): *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Springer, Milano.
- Martínez López-Sáez, Mónica (2020): *La garantía del derecho al olvido: protección de datos, retos futuros y propuestas de regulación de situaciones de vulnerabilidad en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Valencia.
- Martínez López-Sáez, Mónica (2018): *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Martínez Martínez, Ricard (2013): “¿Quién debería olvidarnos en Internet?”, en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 864 (junio), 1-3.
- McAdams, Dan P. (2011): “Narrative identity” en *Handbook of Identity Theory and Research*, Schwartz, Seth J. et al. (eds.), Springer, New York, 99-116.
- McAdams, Dan P. (1999): “Personal narratives and the life story”, en *Handbook of personality: Theory and research*, Pervin, Lawrence A. y John, Oliver P. (eds.), Guilford Press, New York, 478-500.
- McAdams, Dan P. y Olson, Bradley D. (2010): “Personality development: Continuity and change over the life course”, *Annual Review of Psychology*, núm. 61, 517-542.

- Megías Quirós, José Justo (2002): “Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales”, en *Anuario de derechos humanos*, núm. 3, 515-560.
- Mill, John Stuart (2011): *On Liberty. With an Introduction by W. L. Courtney, LL.D.*, The Walter Scott Publishing Co., Ltd., London.
- Mills, Jon (2008): *Privacy. The Lost Right*, Oxford University Press, Oxford.
- O’Neil, Catherine (2016): *Armas de destrucción matemática: Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza a la democracia*, Capitán Swing, Madrid.
- Pariser, Eli (2011): *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding From you*, Penguin Books, London.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1987): “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 4, 220-258.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2010): *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2002): “Internet y los Derechos Humanos”, en *Derecho y conocimiento (Facultad de Derecho. Universidad de Huelva)*, núm. 2, 101-121.
- Rallo Lombarte, Artemi (2021): “Una década de derecho al olvido en Internet”, en *Revista de privacidad y derecho digital*, Vol. 6, núm. 22, 21-24.
- Rallo Lombarte, Artemi (2020): “Una nueva generación de derechos digitales”, en *Revista de estudios políticos*, núm. 187, 101-135.

- Rallo Lombarte, Artemi (2019): “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía de Nuevos Derechos Digitales” en *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, García Mahamut, Rosario y Tomás Mallén, Beatriz (eds.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 133-160.
- Rallo Lombarte, Artemi (2017): “De la ‘libertad informática’ a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)”, en *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 100, 639-669.
- Rey Martínez, Fernando (2013): *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, Porrúa, México.
- Rodotà, Stefano (2014): *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid.
- Rodotà, Stefano (2010): *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid.
- Rodríguez Ayuso, Juan Francisco (2017): “Naturaleza del fenómeno contractual electrónico desde una perspectiva documental: un lastre heredado”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 17 (Segunda Época), 1-31.
- Ruiz Lapeña, Rosa María (2019): “Autodeterminación individual y derecho fundamental” en *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*, Chueca, Ricardo (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 185-210.
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco (2016): “El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26 (julio-diciembre).

- Soenens, Bart y Vansteenkiste, Maarten (2011): “When Is Identity Congruent with the Self? A Self-Determination Theory Perspective” en *Handbook of Identity Theory and Research*, Schwartz, Seth J. et al. (eds.), Springer Science+Business Media, 381-402.
- Tóller, Fernando (2005): *Interpretación Constitucional*, Porrúa, Méjico.
- Troncoso Reigada, Antonio (2021): “El marco jurídico de la protección de datos personales: Reglamento UE 2016/679 y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 23-64.
- Villacorta Mancebo, Luís-Quintín y Villacorta Caño-Vega, Antonio (2013): *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- Wegner, Daniel M. (1987): “Transactive memory: a contemporary analysis of the group mind” en *Theories of group behaviour*, Mullen, Brian y Goethals, George R. (eds.), Springer Nature, Basel, 185-208.
- Zuboff, Shoshanna (2020): *La era del capitalismo de vigencia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Paidós, Barcelona.

Viejos problemas, nuevos desafíos: la necesidad de prevenir la violencia en contra de las mujeres en el entorno digital. A propósito de las propuestas de reforma de la Ley No. 26.485 en Argentina

Old problems, new challenges: the importance of preventing violence against women in the digital sphere. Regarding the reform projects for the Act 26.485 in Argentina

CAMILA A. ORMAR

*Universidad Nacional del Centro de la
Provincia de Buenos Aires (UNICEN)*

ORCID: 0000-0002-7073-0637

MARIANA BROCCA

*Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos
Aires (UNICEN) & Consejo Nacional de Investigaciones
Científicas y Técnicas (CONICET)*

ORCID: 0000-0002-7525-9098

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 04 de mayo de 2022

SUMARIO: I. Consideraciones iniciales. II. La apropiación del espacio público por parte de las mujeres: de la lucha en las calles al espacio digital. III. ¿Por qué las mujeres son violentadas sexualmente? IV. Acerca de las actuales propuestas de reforma de la Ley No. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. V. Una lectura de la reforma de la Ley 26.485 desde el derecho internacional de los derechos humanos: la necesidad de incorporar la prevención de la violencia digital en contra de las mujeres. VI. Reflexiones finales.

RESUMEN: En Argentina, la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres reconoce

el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, sea física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica y política. No obstante, con la pandemia por COVID-19 se visibilizó otro tipo de violencia que no se encuentra incluida entre aquéllas: la digital. En particular, la violencia digital ha sido un factor relevante en la limitación al pleno ejercicio de los derechos políticos de las mujeres, tanto de las activistas como de aquéllas que ocupan cargos políticos. Actualmente, existen dos propuestas legislativas que resultan de interés en la materia: la de la senadora Cristina del Carmen López Valverde y la de la diputada Josefina Mendoza, las cuales buscan modificar la Ley 26.485, incorporando a la violencia digital como un tipo específico. Ambas propuestas consagran medidas contra la violencia una vez que el hecho ha ocurrido —y, por tanto, ya generado el daño— (por ejemplo, exigiendo el retiro de fotografías y videos que circulen en redes sociales sin autorización de la víctima). Sin embargo, ninguna de ellas aborda de manera sustantiva la adopción de medidas preventivas para evitar o reducir la violencia de género en espacios digitales —más allá de la formación de personas que revistan la calidad de funcionarias públicas y la adopción de protocolos—. Con base en ello, el objetivo de este trabajo es visibilizar la necesidad de incorporar la prevención de la violencia digital en la discusión de la reforma de la Ley 26.485, con el fin de que esta sea respetuosa de los estándares internacionales de derechos humanos.

ABSTRACT: In Argentina, Act 26,485 on Comprehensive Protection to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women recognizes women's right to live a life free of violence. According to the law, violence against women can be of six different types: physical, psychological, sexual, economic and patrimonial, symbolic, and political. However, with the COVID-19 pandemic, another type of violence became visible: digital violence. Digital violence has been a relevant factor in limiting the whole exercise of women's political rights, both activists and those who hold political office. Currently, two legislative proposals are of interest: those submitted by Senator Cristina del Carmen López Valverde and Deputy Josefina Mendoza, who seek to modify Act 26,485, incorporating digital violence as a specific type. Both proposals enshrine measures against violence once the act has occurred —and, therefore, once the damage has been generated— such as removing photographs and videos circulating on social networks without the victim's authorization. However, none substantively address the adoption of preventive measures to avoid

or reduce gender-based violence in digital spaces – beyond the training of people who have the quality of public officials and the adoption of protocols. Based on this, the objective of this work is to make visible the need to incorporate the prevention of digital violence in the discussion of the reform of Act 26,485 for it to be respectful of international human rights standards.

PALABRAS CLAVE: *Mujeres – violencia digital – sujetas políticas – estereotipos de género – pandemia – empresas y derechos humanos.*

KEYWORDS: *Women – Digital Violence – Political Subjects – Gender Stereotypes – Pandemic – Enterprises and Human Rights.*

I. CONSIDERACIONES INICIALES

El 14 de abril de 2009 se publicó en el Boletín Oficial la Ley No. 26.485 denominada “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”¹. De acuerdo con su artículo 5º, la referida legislación comprende seis tipos de violencias contra las mujeres, a saber: violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica y política². Asimismo, el artículo 6º recepta las siguientes modalidades de violencia: doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica, mediática y en el espacio público³.

¹ Ley núm. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Disponible en: «<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/224005/20191220>».

² La violencia política fue incorporada mediante la Ley 27.533. Disponible en: «https://oig.cepal.org/sites/default/files/2019_ley27533_arg.pdf».

³ Esta última incorporada mediante Ley 27.501. Disponible en: «<http://www.saij.gob.ar/27501-nacional-modificacion-ley-proteccion-integral-para-prevenir-sancionar-erradicar-violencia-contra-mujeres-incorporacion-como-modalidad-violencia-mujer-al-acoso-callejero-lnn0029916-2019-04-16/123456789-0abc-defg-g61-99200ncanyel>».

No obstante, con la pandemia por COVID-19 se visibilizó otro tipo de violencia: la digital. Específicamente, la violencia digital ha sido un factor relevante en la limitación al pleno ejercicio de los derechos políticos de las mujeres, tanto de quienes son activistas como de quienes ostentan cargos políticos. Por ejemplo, el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires informó que los casos de violencia de género digital en época de pandemia se triplicaron (Agencia de Noticias Ciencia de la Comunicación - UBA 2020) y dentro de los principales tópicos que activaron dicha violencia está emitir opiniones políticas (Fundación Calala Fondo de Mujeres 2020).

Actualmente, existen dos propuestas legislativas que resultan de interés en la materia: la de la senadora Cristina del Carmen López Valverde y la de la diputada Josefina Mendoza, las cuales buscan modificar la Ley 26.485, incorporando a la violencia digital como un tipo específico. Ambas propuestas prevén la adopción de medidas para combatir, por ejemplo, la difusión de material personal no autorizado, exigiendo el retiro de fotografías y videos. Sin embargo, ninguna consigna acciones suficientes para prevenir dicha violencia, a pesar de que la difusión del contenido en internet se caracteriza por la masividad y la reproducción exponencial del mismo. Ello complejiza la adopción de medidas eficaces luego de ocurrido el daño y, consecuentemente, exige pensar medidas que busquen prevenir la violencia digital.

Así, el objetivo del trabajo es visibilizar la necesidad de incorporar este aspecto en la discusión de la reforma de la ley para que sea respetuosa de los estándares internacionales de derechos humanos. Para ello, en primer lugar, nos referiremos a la profundización del impacto diferenciado que afrontamos las mujeres cuando nos apropiamos de los espacios digitales para reafirmarnos como sujetas políticas. Seguidamente, nos aproximaremos a ciertas razones por las que dicha violencia tiene un especial impacto en las mujeres (en particular, cuando se trata de agresiones con contenido sexual). A continuación, advertiremos algunas de las razones que motivan la necesidad de incorporar a la discusión actual de la

reforma de la Ley 26.485 la adopción de medidas que contribuyan a prevenir la violencia digital en contra de las mujeres desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por último, presentaremos las conclusiones alcanzadas.

II. LA APROPIACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO POR PARTE DE LAS MUJERES: DE LA LUCHA EN LAS CALLES AL ESPACIO DIGITAL

Tradicionalmente, el espacio público ha sido concebido como un ámbito de actuación exclusivo para el hombre heterosexual, blanco y propietario (Pautassi 2007). Debido a ello, las mujeres fuimos relegadas a la esfera privada para desempeñar el trabajo reproductivo (Kergoat 2003). Frente a ésta y tantas otras desigualdades, los feminismos trabajaron para que las mujeres seamos visibilizadas e incluidas en la vida pública como sujetas políticas. Sin embargo, todavía encontramos diferencias muy marcadas en torno a las consecuencias que implica apropiarse del espacio público. Así, el simple hecho de poner un pie en la calle nos obliga a adoptar una serie de recaudos que no pasan por la cabeza del varón al momento de transitar por la vía pública ¿Quién de nosotras no ha avisado cuando hemos llegado a nuestras casas, ante el miedo latente de que algo pueda pasarnos en el camino? Las mujeres modificamos nuestras rutinas, cambiamos los lugares por donde transitamos y los horarios en los cuales circulamos producto del miedo y la desprotección que nos genera la violencia machista y patriarcal que enfrentamos cotidianamente en la vía pública (Piedra Durán y Esquivel Lobo 2012). Como señala Rainero:

“[...] son las mujeres las que, por temor, limitan el uso y apropiación de la ciudad; son ellas las que arbitran estrategias individuales evitativas de determinados lugares del barrio o de la ciudad. Estas conductas son naturalizadas y, en consecuencia, en muchos casos sus causas son ‘invisibilizadas’ y no reconocidas ni siquiera por las propias mujeres que las vivencian” (Rainero 2009: 167).

La violencia en contra de las mujeres se observa especialmente en el marco de las protestas sociales cuando salimos a la calle no sólo para apropiarnos del espacio público, sino además para exigir el respeto de nuestros derechos o para manifestar nuestro descontento frente a alguna situación que consideramos injusta. Es habitual escuchar en los medios de comunicación que las personas que participan en las protestas suelen ser víctimas de la deliberada represión que el Estado ejerce hacia quienes se encuentran habitando el espacio público. En particular, el poder y la violencia sexual ejercida como una herramienta de represión hacia las mujeres tienen un objetivo específico vinculado a reafirmar estereotipos de género según los cuales nosotras, por ser ciudadanas de segunda categoría, no nos encontramos en condiciones de participar de las decisiones que se adopten en el ámbito público.

Por ejemplo, la represión estatal en el marco de las protestas sociales ocurridas a partir del 18 de octubre de 2019 en Chile tras los diversos anuncios de alzas de coste de servicios públicos y privados y, en particular, tras anunciar a comienzos de octubre el aumento de la tarifa del pasaje de metro, dejó huellas permanentes en el cuerpo de las mujeres. Al 30 de noviembre de 2019, es decir, apenas un poco más de un mes de haber comenzado las manifestaciones, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) había presentado 96 querellas por torturas o tratos crueles inhumanos y degradantes con violencia sexual. Sobre ello, el Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el año 2019 elaborado por el referido instituto señaló que “la violencia sexual afectó en mayor medida a mujeres y niñas, pues del total de víctimas representadas por el INDH tres de cada diez mujeres denunciaron este tipo de delitos, en comparación a uno de cada diez hombres”⁴. Las expresiones frecuentes de violencia sexual correspondieron a tocaciones y amenazas de violación sexual todas contra mujeres, incluyendo aquellas que requieren especial protección como las mujeres embarazadas (INDH 2019) siendo Carabine-

⁴ Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 2019.

ros de Chile el agente imputado en el 80% de los casos de amenazas de violación (INDH 2019).

De manera similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México* (2018) se refirió al uso de la violencia sexual en contra de las mujeres como represalia por participar en protestas

“[...] en el presente caso, los agentes policiales instrumentalizaron los cuerpos de las mujeres detenidas como herramientas para transmitir su mensaje de represión y desaprobación de los medios de protesta empleados por los manifestantes. Cosificaron a las mujeres para humillar, atemorizar e intimidar las voces de disidencia a su potestad de mando. La violencia sexual fue utilizada como un arma más en la represión de la protesta, como si junto con los gases lacrimógenos y el equipo anti motín, constituyeran sencillamente una táctica adicional para alcanzar el propósito de dispersar la protesta y asegurarse de que no volviera a cuestionarse la autoridad del Estado. Este tipo de conductas en el mantenimiento del orden público, más que reprochable, es absolutamente inaceptable” (Corte IDH 2018: 78).

Los casos de Chile y México ejemplifican el uso de la violencia sexual en el marco de protestas sociales como una estrategia de control e imposición de poder. Lo anterior parecería indicar que el propósito era precisamente que los demás manifestantes vieran o supieran lo que ocurría a sus mujeres cuando se reta su autoridad, bajo una concepción machista de las mujeres como una posesión u objeto a dominar para doblegar al grupo que se está tratando de controlar (Corte IDH 2018). Como señalan Álvarez *et al.*, “despojarnos de nuestro cuerpo sigue siendo una acción política para afirmar la subordinación al cuerpo de los hombres que detentan el poder y a su visión de la política” (2020: 165).

Ahora bien, con la pandemia por COVID-19 se limitó la presencia en las calles con el fin de evitar el contagio y la propagación del virus, lo cual potenció el uso de la población del mundo digital. Si bien no se trata de un espacio nuevo, el aislamiento físico y las

restricciones generaron que su utilización se multiplicara exponencialmente, trasladando allí el trabajo, las relaciones, el estudio y también las protestas y el activismo (Pérez y Grundberger 2020). De este modo, el espacio digital se convirtió en una extensión del debate público. En consecuencia, la violencia que las mujeres sufren en las calles se vio reflejada de manera generalizada en las redes sociales, siendo la violencia de género la misma, sólo que con distinto soporte: el digital (Pastorini y Refi 2021). De acuerdo con Mariana Marques, directora de Política y Justicia Internacional en Amnistía Internacional Argentina: “[n]o es un tipo de violencia nueva, sino una forma diferente en la que esa violencia se manifiesta” (Agencia de Noticias Ciencia de la Comunicación - UBA 2020). Según un reporte realizado por la referida organización:

“[...] una de cada tres mujeres ha sufrido violencia en las redes sociales en Argentina. [...] De las usuarias de plataformas digitales que sufrió este tipo de agresiones, un 59% fue objeto de mensajes sexuales y misóginos, mientras que un 34% recibió mensajes con lenguaje o comentarios abusivos en general. Un 26% de las mujeres víctimas de violencia o abuso en las redes sociales recibió amenazas directas y/o indirectas de violencia psicológica o sexual.

El informe evidencia además cómo el efecto de la violencia online alcanza otras dimensiones de la vida de las mujeres: 39% de las mujeres que sufrieron este tipo de violencia, sintió que su seguridad física estaba amenazada. Algunas también manifestaron el impacto que tuvo sobre su salud física y psicológica. Un 36% tuvo ataques de pánico, estrés o ansiedad y un 35% pérdida de autoestima o confianza. Un 34% manifestó haber sentido miedo a salir y un 33% identificó haber atravesado un período de aislamiento psicológico.

Uno de los aspectos más importantes del abuso y la violencia es su efecto aleccionador. A raíz de las agresiones recibidas, las mujeres adoptan nuevas estrategias de cuidado personal, reducen su participación en los debates, incrementar los niveles de seguridad y privacidad en la configuración de sus perfiles en las plataformas de redes sociales, se autocensuran y hasta llegan a abandonar las redes por completo” (Amnistía Internacional Argentina 2019).

Ahora bien, las plataformas digitales se encuentran en una posición privilegiada para intervenir en situaciones de violencia. De acuerdo con Amnistía Internacional Argentina: “Las plataformas tienen mecanismos contra este tipo de ataques, lo que pasa es que hoy no son transparentes en decir qué tipos de ataques sus políticas protegen. Qué tipos de contenidos pueden ser denunciados y protegidos o qué tipos de herramientas tienen para que la mujer se proteja” (Agencia de Noticias Ciencia de la Comunicación - UBA 2020).

El problema es que gran cantidad de clases y modalidades de violencia de género que se dan en los espacios digitales están fuera del debate, porque no se conocen o se subestiman. Existen situaciones en el ámbito digital, ya sea a través de las redes sociales, foros, chats y otros recursos semejantes, en las que mayormente los varones ejercen violencia contra la mujer (Pastorini y Refi 2021). Así, dentro de los métodos de violencia en línea, se han identificado, a modo ejemplificativo, los siguientes:

- 1) *Ciberacoso*: entendido como el “daño intencional y repetido infligido mediante el uso de computadoras, teléfonos celulares y otros dispositivos electrónicos” (OEA 2019: 8).
- 2) *Ciberacecho*: “implica el uso de medios electrónicos para acechar a una víctima y generalmente se refiere a un patrón de conductas amenazantes o maliciosas” (Privacy Rights Clearinghouse 2018)⁵.
- 3) *Ciberturbas*: “ocurre cuando grupos en línea publican contenido ofensivo/destructivo en línea, a menudo compitiendo con otros grupos, con la intención de avergonzar a alguien” (OEA 2019: 8).
- 4) *Doxing*: se define como la “recuperación y publicación no autorizadas, a menudo mediante piratería, de la información personal de una persona, incluidos, entre otros, nombres completos, direcciones, números de teléfono, correos electrónicos, nom-

⁵ Citado en: (OEA 2019).

bres de cónyuges e hijos, detalles financieros” (Women’s Media Center 2019)⁶.

- 5) *Robo de identidad*: se produce cuando “los datos personales de una persona son utilizados de manera engañosa por otra persona” (Women’s Media Center 2019)⁷.
- 6) *Porno vengativo / Pornografía no consensuada*: entendida como “la distribución de imágenes sexualmente gráficas de personas sin su consentimiento”⁸.

Si bien existe poca información acerca de la violencia machista virtual (Fundación Calala Fondo de Mujeres 2020), los diversos estudios que se han publicado indican que dentro de los motivos identificados que activan los ataques se encuentran: opinar en una conversación o emitir una opinión; emitir mensajes y opiniones políticas; hablar de violencia machista o sexual y denunciarlas; aparecer en medios de comunicación o haber participado en un acontecimiento público; haber criticado a personas, entidades o partidos que se consideran contrarios a los derechos de las mujeres; y defender a una amiga u otra mujer a la que estaban acosando y violentando en redes (Fundación Calala Fondo de Mujeres 2020).

De acuerdo con un trabajo realizado por la Secretaría General de la OEA, las mujeres que tienen participación en el debate sobre cuestiones relacionadas con la política o la igualdad de género tienen mayores posibilidades de sufrir violencia de género digital, siendo “evidente que uno de los objetivos de la violencia digital es mantener a las mujeres en silencio y en condiciones de subordinación en la Sociedad” (2019: 21). Así, la investigación concluye que:

⁶ Citado en: (OEA 2019).

⁷ Citado en: (OEA 2019).

⁸ Netizens Online Security Guide. [Guía de seguridad en línea para internautas] 2019. (English) «<https://drive.google.com/file/d/0B-xwQoatiZyBVTZid3Zr-dUk2R28/view>» Citado en: (OEA 2019).

“Se ha observado que el simple hecho de ser mujer y ser una figura pública o participar en la vida política conlleva ser blanco de comentarios extremadamente misóginos, violencia sexual y amenazas de violencia física y femicida en línea [Rawlison, 2018]. Las mujeres que participan en debates públicos en internet o que escriben sobre temas de género son, de manera desproporcionada, víctimas de acoso en línea con el fin de silenciarlas e intimidarlas y suelen ser el blanco de campañas masivas de abuso y violencia verbal sexualizada, con discurso de odio y amenazas de abuso y violación sexual [...]” (OEA 2019: 21).

A modo de ejemplo, una de las formas de violencia sexual en el ámbito digital que se ha proliferado contra mujeres que participan de la vida política es la creación de videos pornográficos falsos. En efecto, conforme lo señala el trabajo de la OEA, desde el año 2017 existen programas de *software* capaces de cambiar la cara de una persona por otra, los cuales dan lugar a la creación de videos llamados *deepfakes*. A partir de estas herramientas, se han atacado a mujeres que forman parte de la esfera política (OEA 2019).

Cuando una mujer es atacada en internet, la agresión trasciende el espacio virtual y “tiene impactos reales y afecta a quienes la reciben” (Clika). Este tipo de violencia impacta en el ámbito personal, lo que provoca ansiedad y miedo, y “a nivel colectivo, puede orillar a dejar los espacios y detener la actividad en línea o fuera de línea” (Infoactivismo 2020). Específicamente, se ha identificado que el principal impacto se vincula con:

“[La] autocensura, la baja de autoestima, el cierre de cuentas en redes sociales y preocupaciones; hasta el miedo a salir a la calle, problemas para dormir, problemas psicológicos (como ataques de pánico o episodios de ansiedad) y físicos (como tensiones musculares, complicaciones cervicouterinas, migrañas, y más) (Fondo de Protección Urgente 2020).”

III. VIOLENCIA DIGITAL Y VIDA POLÍTICA

El monopolio de los varones sobre el espacio público no es noticia. Muy por el contrario, las mujeres nos hemos encontrado históricamente segregadas a la esfera privada, a cargo de las tareas de cuidado, privadas de la posibilidad de participar políticamente en la sociedad. Debe recordarse que —hasta 1927— ninguna mujer tenía el derecho a votar en Latinoamérica⁹. Sumado a ello, hasta el día de la fecha, sólo diez mujeres han ocupado el cargo de presidentas en la región (de las cuales, nada más siete fueron elegidas democráticamente)¹⁰.

Los varones, en cambio, han logrado mantener a través de los años una injusta apropiación de las actividades políticas. A pesar de la oleada de mujeres presidentas experimentada en los últimos años, actualmente todas las presidencias de América Latina son ocupadas por varones, a excepción de Honduras¹¹. Asimismo, las leyes de cuota implementadas en la región no han alcanzado los objetivos buscados, encontrándose la arena política aún bajo el mandato de los varones, en consonancia con el sistema patriarcal que rige a nuestra sociedad.

Como explica Carole Pateman, la división sexual entre las esferas pública y privada responde a un contrato sexual previo al contrato social de Rousseau (Pateman 1995). Este contrato nos ha colocado a las mujeres en una situación de desventaja, al poseer el ámbito público un valor social agregado (Kergoat 2003), desco-

⁹ El primer país de Latinoamérica en reconocer el derecho al voto de las mujeres fue Uruguay. Ver: Smink, Verónica (2013): “5 precursoras del voto femenino de América Latina” en *BBC News*, 18 de octubre. Disponible en: «https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131018_100_mujeres_bastiones_feminismo_vs».

¹⁰ Ver: Strategia Electoral (2019): “Presidentas en América Latina” en *Animal Político*, 15 de julio. Disponible en: «<https://www.animalpolitico.com/candidata/presidentas-en-america-latina/>».

¹¹ Ver: Dw (2021): “Xiomara Castro es oficialmente presidenta electa de Honduras” en *Dw.com*, 21 de diciembre. Disponible en: «<https://www.dw.com/es/xiomara-castro-es-oficialmente-presidenta-electa-de-honduras/a-60204060>».

nociendo así la importancia de las tareas de cuidado que —a fin de cuentas— son las encargadas de reproducir la fuerza de trabajo (Pautassi 2007). En consecuencia, la labor de las mujeres en el ámbito privado ha quedado invisibilizado y menospreciado.

Las mujeres hemos sido consideradas como ciudadanas de segunda, sin capacidad para las actividades políticas dada nuestra *inferioridad* en comparación a los varones. Esta categorización ha sido acompañada (y justificada) por estereotipos de género según los cuales existen características que se encuentran presentes en todas las mujeres, por el mero hecho de ser tales. Como explican Rebecca Cook y Simone Cusack, los estereotipos de género han colocado a la mujer en una situación de gran desventaja, quitándole valor a su rol en el marco de la sociedad (Cook y Cusack 1997).

Un ejemplo claro es el mito de que las mujeres somos seres sensibles por naturaleza. Si bien este estereotipo (como muchos otros) no pareciera ser, *a priori*, negativo, debe tenerse en cuenta que ha sido utilizado como uno de los argumentos más fuertes para deslegitimar la participación de las mujeres en la vida política. De acuerdo con esta idea, las mujeres no somos capaces de tomar decisiones objetivas y racionales. Contrariamente, los varones han sido entendidos como seres racionales en quienes el pueblo puede, y debe, depositar su confianza para las decisiones de carácter político. Incluso, cuando los varones adoptan medidas pobres o erróneas, la sociedad tiende a buscar justificaciones de carácter político, mientras que a las mujeres se las condena por su supuesta falta de capacidad para llevar a cabo la tarea.

Ahora bien, debe destacarse que la participación política de las mujeres ha adquirido un nuevo sentido en los últimos años. En efecto, en los países de Latinoamérica se han ido sucediendo distintas manifestaciones organizadas por colectivos feministas con el propósito de reclamar el respeto de los derechos humanos de las mujeres. Entre ellas, puede destacarse la movilización por el #NiUnaMenos que, si bien se originó en Argentina el 3 de junio

de 2015, ha ido reproduciéndose en los distintos países de la región hasta el día de la fecha¹².

En este contexto, resulta preocupante que la marginalización de las mujeres de la vida política siga en vigencia. No puede negarse que las mujeres todavía somos consideradas como *intrusas* en lo que respecta a la toma de decisiones políticas. Esto puede verse de forma clara cuando hablamos de las leyes de cuota y paridad de género en los ámbitos legislativos, siendo uno de los grandes argumentos en contra la supuesta falta de *capacitación* de las mujeres elegidas para la tarea. Esta postura, como muchas otras, no sólo desconoce la discriminación estructural que las mujeres hemos sufrido históricamente, sino que reproduce estereotipos de género que permiten la falta de inclusión en el ámbito político.

Ahora bien, ¿por qué esta falta de inclusión se traduce en violencia sexual en el ámbito político? Conway Henderson explica que las mujeres que se manifiestan políticamente suelen ser objeto de violencia sexual con el objetivo de que los varones puedan perpetuar o profundizar el estado de subordinación en el que aquéllas se encuentran (Henderson 2004). Específicamente, la autora explica que la represión contra las mujeres en el marco de las movilizaciones políticas puede entenderse como un mensaje de dominación. Henderson describe este fenómeno con la siguiente frase: “*stay in your place or expect to be hurt*” (quedáte en tu casa o prepárate para ser herida) (Henderson 2004: 1035). Esta idea reproduce el concepto de mujer como ser inferior y propiedad del varón, entendiéndose así a la violencia sexual como un acto de dominación y subordinación por parte de éste hacia aquélla.

A partir de la pandemia por COVID-19, las mujeres hemos transformado en gran medida nuestra participación en el espacio público a través de distintas estrategias que nos permiten habitar

¹² Ver, por ejemplo: BBC (2016). “#NiUnaMenos: miles de mujeres se toman las calles de América Latina para exigir el fin de la violencia de género” en BBC, 19 de octubre. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37711297>».

el espacio digital. Esto ha sido vital, al menos por dos razones: en un primer lugar, porque “el internet es utilizado como herramienta incluso de acceso a las organizaciones activistas”; y, en un segundo lugar, porque “existe un manejo de la información de manera digital, debido a las facilidades que tiene el internet para organizar la información” (Jiménez Oviedo 2020).

En particular, las feministas que luchan por los derechos humanos sufren de una sobreexposición por su condición de mujeres activistas en sociedades machistas (Jiménez Oviedo 2020). Es importante destacar que, “la violencia de género en línea es una expresión manifiesta de las desigualdades de género profundamente arraigadas en nuestra sociedad” (ONU Mujeres 2021).

Al igual que la violencia documentada en los espacios urbanos, la violencia de género digital se manifiesta como parte de la violencia machista que viven mujeres y niñas: “no hay una separación en línea/fuera de línea y es tan real como cualquier otra forma de violencia” (ONU Mujeres 2020: 2). Para reforzar lo anterior es necesario decir que, al igual que los ataques en espacios urbanos, las agresiones en el espacio digital “son particularmente dañinos para las mujeres, dado que sus cuerpos y su sexualidad están sujetos a normas culturales que, en muchos casos, son misóginas” (OEA 2019: 9). Así, la violencia en línea busca alejar a las mujeres de la esfera pública, principalmente a través de la autocensura (Jiménez Oviedo 2020).

Finalmente, cabe recordar que la crisis sanitaria ha reafirmado las desigualdades existentes y las demandas pendientes, entre ellas la brecha digital: “[e]n pleno aislamiento, la necesidad de acceder a internet y contar con habilidades digitales reflejan importantes desigualdades generadas por las brechas digitales, socioeconómicas, de género y edad. Esto nos lleva a profundizar sobre el rol que tiene Internet en nuestras vidas y el ejercicio de los derechos humanos” (Infoactivismo 2020).

**IV. ACERCA DE LAS ACTUALES PROPUESTAS
DE REFORMA DE LA LEY NO. 26.485 DE PROTECCIÓN
INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR
LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES**

Como indicamos anteriormente, en 2009 entró en vigor la Ley No. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres¹³. De acuerdo con su artículo 2º, los objetivos de esta ley son, entre otros, la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.

En las vísperas al Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) —específicamente, el 6 de marzo de 2020— la senadora Cristina del Carmen López Valverde presentó un proyecto para modificar la Ley 26.485 e incorporar la violencia digital o en línea. El 1 de noviembre de 2021, la Comisión Banca de la Mujer trató el proyecto de ley, el cual aporta como definición de la “violencia digital o en línea” a:

“[A]quella que mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC): plataformas de internet, correo electrónico, mensajes de texto, redes digitales o cualquier otra modalidad digitalizada por el que se obtenga, distribuya, difunda, exhiba, reproduzca, transmita, comercialice, oferte, intercambie y/o comparta imágenes o videos, reales o apócrifos, de contenido sexual íntimo de una o varias mujeres sin su consentimiento, que tenga como fin atentar contra la integridad, dignidad o intimidad de las mismas y/o causar daño psicológico, económico, sexual o moral tanto en el ámbito privado como en el público, a ellas como a sus familias” (Senado Argentina 2021: 2).

¹³ Disponible en: «<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/actualizacion>».

A su vez, propone introducir dentro de las medidas que podría ordenar un juez de oficio o a pedido de parte la posibilidad de exigir a los propietarios o administradores de las plataformas virtuales el retiro de imágenes o videos de contenido sexual íntimo exhibidos sin el consentimiento (Diario Judicial 2021). Sin embargo, no brinda herramientas específicas para la prevención de la violencia.

Por su parte, el 19 de octubre de 2021, la diputada Josefina Mendoza presentó una propuesta ante la Comisión de Mujeres y Diversidad para “reglamentar la violencia machista digital y telemática” (Zagalsky 2021). De acuerdo con la propia diputada, a través de esta propuesta:

“[...] estamos reconociendo los derechos digitales. Si hablamos de los hechos de violencia digital que sufren las mujeres van desde hackeos, o intromisión en las cuentas personales de distintas plataformas; que se difunda de manera no consentida material íntimo —que se la representa erótica o sexualmente—; acciones o amenazas, típicos de violencia ejercida hacia las mujeres de manera digital y telemática. De implementarse esto las víctimas tendrían el amparo de la ley y el derecho de llevar adelante o encauzar (sic) un proceso judicial en este caso por ser víctimas de violencia digital” (Zagalsky 2021).

El texto del proyecto reconoce la brecha de género y propone otro concepto de “violencia digital” (Diputados Argentina 2021), definiéndola en su artículo 6º como:

“La que afecta la dignidad digital de las mujeres al lesionar alguno o varios de sus bienes y/o derechos digitales, como la reputación, la libertad, la existencia, el domicilio, la privacidad y la inclusión digitales, o afectar su acceso y/o apropiación y uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación así como su desenvolvimiento y permanencia en el ciberespacio. Será así considerada también en los casos en que se atente contra la seguridad informática de los equipos, dispositivos, plataformas, aplicaciones y todo recurso tecno-digital utilizado por las mujeres para su desenvolvimiento personal, laboral, profesional, comercial y de

esparcimiento, y con claros fines de control sobre su persona, así como en los casos en que la identidad digital se vea directamente vulnerada por el ejercicio de violencia contra las mujeres, en cualquiera de sus formas, en los términos del Art. 4 de la presente ley” (Diputados Argentina 2021: 2).

Dentro de las medidas para combatir la violencia de género digital, establece:

“La gratuidad en toda instancia de petición de tutela a las autoridades públicas, incluyendo expresamente el íter íntegro y toda diligencia relacionada a la prosecución, impulso y finalización, de procesos judiciales o administrativos en materia de violencia digital y violencia telemática conforme los arts. 5° inc. 6, y 6° inc. g de la presente” (Diputados Argentina 2021: 2).

El proyecto incluye artículos dedicados a generar propuestas de formación y capacitación sobre la temática. Únicamente se refiere al desarrollo e implementación de protocolos de prevención de todas “las formas de violencia contra las mujeres a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), en el ciberespacio y en relación con sus bienes y derechos digitales” (Diputados Argentina 2021: 3) dentro de las facultades a cargo del Consejo Nacional de la Mujer.

A partir de la comparación de ambos proyectos se observa que, si bien el presentado por la diputada Mendoza es mucho más amplio en términos de protección que el de López Valverde, ninguno de los dos aborda de manera específica e integral lo referido a la prevención. A la luz de ello, continuaremos con los estándares internacionales en la materia para demostrar la importancia de su debate y la necesidad de que la reforma incorpore acciones específicas tendientes a la prevención de la violencia digital desde un enfoque de género y derechos humanos.

**V. UNA LECTURA DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA
DE LA LEY 26.485 DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA NECESIDAD
DE INCORPORAR LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA
DIGITAL EN CONTRA DE LAS MUJERES**

Desde 1979, el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido la afectación especial que genera la violencia y la inseguridad en las mujeres¹⁴ mediante la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que consagra una serie de obligaciones de los Estados Parte, reafirma los derechos y define los actos que constituyen discriminación contra la mujer¹⁵. De manera similar, en 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará)¹⁶ en el ámbito regional. Esa convención define a la violencia contra la mujer en su artículo 1º como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufri-

¹⁴ El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha sido una de las primeras ramas del derecho internacional público que comenzó a mirar a la mujer como sujeto de derechos. En el año 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que consagra una serie de obligaciones concretas en cabeza de los Estados parte al mismo tiempo que reafirma los derechos y define los actos que constituyen discriminación contra la mujer. Además, en el plano regional se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) en septiembre de 1994, en vigencia desde mayo de 1995. Este instrumento aporta una definición en su artículo primero de violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

¹⁵ La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se encuentra disponible en: «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>».

¹⁶ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” se encuentra disponible en: «<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>»

miento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” y establece el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia, entre otros.

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias (en adelante, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer) de Naciones Unidas ha advertido que, si bien, ambos instrumentos de derechos humanos son anteriores al desarrollo de las TIC¹⁷, los tratados de derechos humanos resultan plenamente aplicables en tanto “la interacción entre la tecnología y las normas de derechos humanos de la mujer se caracteriza por el reconocimiento del principio de que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet”¹⁸. De este modo, los derechos de la mujer se encuentran “amparados mediante convenciones, jurisprudencia y normas amplias regionales e internacionales deben estar protegidos en Internet, en particular mediante la prohibición de la violencia por razón de género en formas facilitadas por las TIC y en línea”¹⁹.

Lo anterior implica que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias y suficientes para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer incluso cuando esa violencia se produce en el espacio digital. Cuando los actos que originan la violencia son causados por agentes estatales, el propio Estado tiene responsabilidad directa; en cambio, cuando son causados por particulares, los Estados pueden ser responsables por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir las violaciones a derechos humanos o, en caso de haber ocurrido a pesar de las medidas de tipo preventivo, el Estado puede ser responsable en caso de no investigar ni sancionar a las personas responsables. Por ello,

¹⁷ Asamblea General de Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos. Naciones Unidas. A/HRC/38/47. 18 de junio de 2018.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

al momento de analizar la responsabilidad internacional vinculada con la violencia de género en el ámbito digital, los Estados

“tienen obligaciones de diligencia debida a fin de prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer cometidos por empresas privadas, como los intermediarios de Internet, de conformidad con el artículo 2, e) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”²⁰.

Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) recomendó a los Estados

“[f]omentar, mediante el uso de incentivos y modelos de responsabilidad empresarial y otros mecanismos, la participación del sector privado, en particular de las empresas y las sociedades transnacionales, en los esfuerzos por erradicar todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer y en el aumento de su responsabilidad por este tipo de violencia dentro del alcance de su acción”²¹.

Otra de las recomendaciones a destacar es la de adoptar medidas preventivas. Por un lado, las acciones de prevención deben ser eficaces para alentar a los medios de comunicación a que eliminen la discriminación contra la mujer, en particular “la divulgación de una imagen perjudicial y estereotipada de las mujeres o de determinados grupos de mujeres, como las defensoras de los derechos humanos, de sus actividades, prácticas y resultados, por ejemplo, en la publicidad, en línea y en otros entornos digitales”²². Además, las medidas deben alentar la creación de mecanismos de autorregulación por parte de organizaciones de medios de comunicación

²⁰ Ibidem.

²¹ Comité CEDAW. Recomendación General núm. 35 sobre la Violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General núm. 19, 26 de junio de 2017.

²² Ibidem.

para “abordar la violencia por razón de género contra la mujer que se produce a través de sus servicios y plataformas”²³.

De manera similar, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha enfatizado en la necesidad de que no sólo los Estados adopten medidas con el objetivo de prevenir la violencia en línea en contra de las mujeres, sino también las empresas. Dentro de las medidas mencionadas en su informe “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet: medios de cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de derechos humanos”²⁴ destacó la importancia de “reunir datos completos sobre el alcance y la naturaleza de la violencia contra la mujer en Internet y realizar nuevas investigaciones para entender y abordar sus causas subyacentes y la mejor forma de luchar contra ella”²⁵.

Asimismo, el Alto Comisionado se refirió al rol que juegan los intermediarios de internet en el respeto de los derechos humanos en los siguientes términos:

“Cuando participen en la moderación de contenidos, las empresas, en particular los intermediarios de Internet, deben establecer procedimientos claros, transparentes y proporcionados que respeten los derechos humanos, en particular los derechos de la mujer, y los derechos a la intimidad y a la libertad de opinión y de expresión. Los funcionarios competentes, tanto hombres como mujeres, deberán ser capacitados en consecuencia. Las empresas deben asegurar que la información sobre sus condiciones de servicio y la manera en que se aplican sea adecuada, comprensible y de fácil acceso para todos los usuarios. Deben proporcionar información acerca de las mejores prácticas para la seguridad en línea, y examinar y establecer procedimientos específicos para

²³ Ibidem.

²⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet: medios de cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de derechos humanos*, 5 de mayo de 2017.

²⁵ Ibidem.

que los usuarios puedan transmitir sus inquietudes y denunciar los abusos y los contenidos ilegales”²⁶.

Como expusimos anteriormente, los proyectos de reforma de la Ley No. 26.485 abordan una problemática sumamente vigente en nuestro país, como lo es la violencia de género en el entorno digital. Sin embargo, ambos presentan un enfoque que apunta a reparar un daño que ya ha ocurrido, dejando de lado la necesidad de prevenir vulneraciones a derechos humanos de las mujeres —lo cual, incluso, podría resultar hasta más efectivo si tomamos en cuenta las características propias de la violencia en línea—.

De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la violencia en línea en contra de las mujeres presenta, al menos, cinco características: (a) anonimato: quien realiza el daño permanece desconocida/o para la víctima; (b) acción a distancia: el abuso puede ser realizado sin contacto físico y desde cualquier lugar; (c) automaticidad: las conductas abusivas a través de las tecnologías requieren menos esfuerzo y tiempo; (d) accesibilidad: el precio y variedad de muchas tecnologías hacen que estén al alcance de cualquier persona de manera inmediata; y (e) propagación y perpetuidad: las imágenes y textos se multiplican y existen por tiempo largo o indefinido (TEDH 2021).

En sentido similar, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer destacó que la violencia en línea afecta a las mujeres en formas múltiples debido a:

“[...] la especificidad de los tipos de tecnología de la información y las comunicaciones, como la rápida expansión (‘viral’), la posibilidad de búsquedas globales y la persistencia, la replicabilidad y la escalabilidad de la información, lo cual también facilita el contacto de los agresores con las mujeres a las que agreden. La tecnología ha transformado muchas formas de violencia de género en algo que puede cometerse a distancia, sin contacto físico y que va más allá de las fronteras mediante el uso de perfiles anó-

²⁶ Ibidem.

nimos para intensificar el daño a las víctimas. Todas las formas de violencia de género en línea se utilizan para controlar y atacar a las mujeres y mantener y reforzar las normas, los papeles y las estructuras patriarcales, y una relación de poder desigual. Esto es especialmente evidente en casos de violencia, amenazas y hostigamiento como consecuencia de discursos o expresiones relacionados con la igualdad de género y el feminismo, o de agresiones a defensores de los derechos de la mujer a causa de su labor²⁷.

Como puede observarse, la lucha en contra de la violencia de género en línea exige el esfuerzo de manera conjunta de los Estados y las empresas e intermediarios de internet, quienes “también tienen el deber de cumplir con las normas de derechos humanos manteniendo los datos seguros, y deben rendir cuentas de la piratería de los datos si no cuentan con las salvaguardias suficientes” (Asamblea General de Naciones Unidas 2018: 17). Al respecto, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, los Principios) aportan un marco normativo que arroja luz en cuanto a la responsabilidad que recae en los Estados y en las empresas en materia de prevención de violaciones de derechos humanos respecto al “desarrollo, aplicación, venta y uso de tecnologías digitales; con su implementación las compañías pueden dar a conocer y ejecutar internamente a través de un conjunto específico de políticas y procesos, el compromiso público que asuman con los DD. HH.” (Asociación por los Derechos Civiles 2021: 13). Sobre este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha observado que

“[...] si bien Internet ha sido y es desarrollada y operada por una serie de empresas privadas que desempeñan diferentes funciones, su carácter como medio de comunicación global es el de un espacio público y, por lo tanto, su gobernanza debe ser ejercida bajo los principios de un recurso público y no simplemente como un asunto de contratos privados²⁸.”

²⁷ Asamblea General, Op. Cit.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual 2016*. 15 de marzo de 2017.

Los Principios prevén funciones reglamentarias y normativas de carácter general que recaen en los Estados en cumplimiento de sus obligaciones de protección. Tales funciones incluyen, entre otras: hacer cumplir “las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias”²⁹ asesoramiento eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; alentar (y, si es preciso, exigir) a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos (Naciones Unidas 2011);³⁰ y cómo tratar eficazmente las cuestiones de género³¹.

Además, el Principio No. 13 prevé dos exigencias en materia de responsabilidad empresarial:

“a) Evit[ar] que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Trat[ar] de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”³².

Por su parte, el Principio No. 15 establece que las empresas:

“[...] deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;

²⁹ Principio No.1.

³⁰ Principio No.1.

³¹ Naciones Unidas. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Comentario al Principio No.1.

³² *Ibidem*. Principio No. 13.

c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”³³.

Finalmente, los Principios establecen que, a fin de dar seguimiento a las medidas que las empresas hayan adoptado para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, “las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta”³⁴. También deben estar “preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes”³⁵, incluso de manera oficial.

VI. REFLEXIONES FINALES

Siglos de ineludibles luchas han logrado que la participación política de las mujeres haya adquirido, en los últimos años, un nuevo sentido. En particular, América Latina se ha caracterizado por un complejo proceso histórico en el que se han ido sucediendo distintas manifestaciones organizadas por colectivos feministas a nivel regional con el propósito de reclamar el respeto de los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, la marginalización de las mujeres en la participación de la vida pública —incluso en el espacio virtual— continúa en vigencia, reproduciendo estereotipos de género que contribuyen a la falta de inclusión en el espacio público y, en particular, en el ámbito político.

Así, cuando las mujeres deciden apropiarse del espacio público para el ejercicio de su derecho a la asociación y a la libertad de expresión a través de la participación en protestas sociales suelen ser víctimas de represión de carácter sexual. Las fuentes mencionadas en este trabajo señalan que la represión contra las mujeres en el marco de las movilizaciones puede entenderse como un mensaje

³³ Ibidem. Principio No. 15.

³⁴ Ibidem. Principio No. 20.

³⁵ Ibidem. Principio No. 21.

de dominación que reproduce el concepto de mujer como ser inferior y propiedad del varón que tiene por objetivo mantenerla en un rol de subordinación.

Con la pandemia por COVID-19, esta violencia se vio proyectada en las plataformas digitales. Si bien la violencia digital existía desde antes, lo cierto es que —con el aislamiento y las restricciones para evitar la propagación del virus— se vio potenciada. Esta situación, entonces, visibilizó un problema preexistente, sin contar con las herramientas legales necesarias para su prevención y erradicación. Debido a ello, su debate e incorporación en la agenda pública de manera urgente resultan esenciales. En particular, deviene de suma importancia el análisis de los proyectos que proponen la modificación de la Ley 26.485, toda vez que son posibles caminos para establecer un marco jurídico que disponga medidas en contra de la violencia de género digital.

Ahora bien, conforme se expuso en estas páginas, ambos proyectos abordan la cuestión desde una mirada que pretende actuar una vez ocurrido el daño, sin plantear medidas integrales que tiendan a prevenir la violencia en dicho espacio. A la luz de ello, el presente trabajo expuso diferentes motivos por los cuales resulta clave incluir en la discusión de las actuales propuestas de reforma la prevención de la violencia de género. Ello dado que uno de los principales problemas es que la violencia digital se caracteriza por su masividad, distribuyéndose la información en internet de manera rápida y exponencial, lo que provoca que el daño sea difícil de ser frenado. Consecuentemente, es complejo pensar en una reparación absoluta del daño producido como consecuencia de la violencia digital, por lo que se vuelve necesario considerar la adopción de las medidas suficientes para prevenir dicha violencia, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, resultan esenciales los trabajos realizados por organizaciones como la OEA y la ONU que muestran ejemplos prácticos de cómo prevenir la violencia digital contra las mujeres. Estos estándares, claro está, deberán tomarse como guía, teniendo que considerarse las cir-

cunstances y características específicas del país para cristalizarlos de manera adecuada a las necesidades locales.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Noticias Ciencia de la Comunicación - UBA. (2020): “Se triplicaron los casos de violencia de género digital” en *Ancom.sociales.uba.ar*. Disponible en: «<http://ancom.sociales.uba.ar/2020/10/21/se-triplicaron-los-casos-de-violencia-de-genero-digital/>». [Consultado el día 26 de febrero de 2022].

Álvarez, María Belén, *et al.* (2020): “Reverberaciones de un encuentro común Domitila, Marielle, Daniela, Albertina y Lucía: sus voces en las nuestra”, en *Revista Digital de Ciencias Sociales*, 153-174.

Amnistía Internacional Argentina (2019): “Una de cada tres mujeres ha sufrido violencia en las redes sociales en Argentina”, en *Amnistia.org.ar*. Disponible en: «<https://amnistia.org.ar/una-de-cada-tres-mujeres-sufrio-violencia-en-las-redes-sociales-en-argentina/>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].

Asociación por los Derechos Civiles (2021): *El enfoque de género y diversidad en la debida diligencia en DD. HH. Factor clave para el desarrollo de tecnología*, Global Partners Digital, Argentina.

BBC (2016): “#NiUnaMenos: miles de mujeres se toman las calles de América Latina para exigir el fin de la violencia de género” en *BBC*, 19 de octubre. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37711297>».

Cook, Rebecca y Cusack, Simone (1997): *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, Toronto.

- Diputados Argentina (2021): *Proyecto de Ley. Modificación de la Ley 26.485 Violencia Digital y Violencia Telemática. Alfabetización digital*, Diputados Argentina, Buenos Aires.
- Dw (2021): “Xiomara Castro es oficialmente presidenta electa de Honduras” en *Dw.com*, 21 de diciembre. Disponible en: «<https://www.dw.com/es/xiomara-castro-es-oficialmente-presidenta-electa-de-honduras/a-60204060>».
- Fondo de Protección Urgente (s.f.): “Ciber-feministas latinoamericanas: por una internet libre de violencias”, en *fondoaccionurgente.org.co*. Disponible en: «<https://fondoaccionurgente.org.co/es/noticias/ciber-feministas-latinoamericanas-por-una-internet-libre-de-violencias/>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].
- Fundación Calala Fondo de Mujeres (2020): *Las violencias machistas hacia activistas en línea*. Barcelona: Fundación Calala Fondo de Mujeres, Calala Fondo de Mujeres, Barcelona. Disponible en: «<https://calala.org/wp-content/uploads/2020/06/violencias-online-hacia-activistas-calala-2020.pdf>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].
- Henderson, Conway W. (2004). “The Political Repression of Women”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 4, 1028-1049.
- Infoactivismo (2020): “Movilizarnos en pandemia”, en *Infoactivismo.org*. Disponible en: «<https://infoactivismo.org/movilizar-nos-en-pandemia-experiencias-de-activismo-digital/>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].
- Jiménez Oviedo, Estefany (2020): “Seguridad en los activismos feministas” en. *Friedrich-Ebert-Stiftung*, Friedrich Ebert Stiftung. Disponible en: «<http://library.fes.de/pdf-files/bueiros/fesamcentral/17350.pdf>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].

- Kergoat, Danièle (2003): “De la relación social de sexo al sujeto sexuado”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 65, núm. 4, 841–861.
- OEA (2019): *Combatir la violencia en línea contra las mujeres. Un llamado a la protección*, Organización de los Estados Americanos, Estados Unidos.
- ONU Mujeres (2021): “Reflexionemos: por qué debemos tomar-nos en serio la violencia en línea contra las mujeres y las niñas durante la pandemia de COVID-19 y posteriormente”, en *unwomen.org*. Disponible en: «<https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/7/take-five-cecilia-mwende-maundu-online-violence>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].
- Pastorini, Josefina y Refi, Mariano (2021): “Violencia de género digital: Nuevos desafíos para el Sistema Penal Argentino”, en *Perspectivas*, 111-126.
- Pateman, Carole (1995): *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona.
- Pautassi, Laura Cecilia (2007): *¡Cuánto trabajo mujer! El género y las relaciones laborales*, Capital Intelectual, Buenos Aires.
- Pérez, Carlos Andrés y Grundberger, Sebastian (2020): *¿Democracia infectada? Cómo la pandemia transformó la política latinoamericana y qué podemos hacer para sobrevivir*. Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay.
- Piedra Durán, Marcela; y Esquivel Lobo, Danny Marcelo (2012): *Seguridad ciudadana para las mujeres. Una propuesta de política pública con perspectiva de género*. Fundación Friedrich Ebert, Costa Rica.
- Privacy Rights Clearinghouse (2018): “Online Harassment & Cyberstalking”, en *Privacyrights.org*. Disponible en: «<https://>»

privacyrights.org/consumer-guides/online-harassment-cyberstalking» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].

Rainero, Liliana (2009): “Ciudad, espacio público e inseguridad. Aportes para el debate desde una perspectiva feminista”, en *Mujeres en la ciudad. De violencias y derechos*, Ana Falú (ed.), 163-177.

Senado Argentina (2021): *Proyecto de Ley. Modificación de la Ley 26.485 Violencia Digital y Violencia Telemática. Alfabetización digital*, Senado Argentina, Buenos Aires.

Smink, Verónica (2013): “5 precursoras del voto femenino de América Latina” en *BBC News*, 18 de octubre. Disponible en: «https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131018_100_mujeres_bastiones_feminismo_vs».

Strategia Electoral (2019): “Presidentas en América Latina” en *Animal Político*, 15 de julio. Disponible en: «<https://www.animalpolitico.com/candidata/presidentas-en-america-latina/>».

Women’s Media Center (2019): “Online Abuse 101” en *Women’s Media Center*, Disponible en: «<https://www.womensmedia-center.com/speech-project/online-abuse-101>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].

Zagalsky, Alejo (2021): “Proponen incluir la violencia machista digital en la Ley de Violencia de Género: ‘Queremos reconocer los derechos virtuales’”, en *TN*, 6 de noviembre. Disponible en: «<https://tn.com.ar/tecn/internet/2021/11/06/proponen-incluir-la-violencia-machista-digital-en-la-ley-de-violencia-de-genero-queremos-reconocer-los-derechos-virtuales/>» [Consultado el día 26 de febrero de 2022].

El auge del *Constitucionalismo digital* en México. Retos y Perspectivas.

The rise of digital Constitutionalism in Mexico. Challenges and Perspectives

ARISTEO GARCÍA GONZÁLEZ

Poder Judicial del Estado de Michoacán de Ocampo

ORCID: 0000-0001-5238-7495

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 04 de mayo de 2022

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo y Nuevas Tecnologías. *Datos e información*. III. Un nuevo momento constitucional. 1. Una Aproximación al *Constitucionalismo digital*. IV. El caso mexicano. Breves reflexiones. V. Conclusiones finales.

RESUMEN: Las últimas décadas han significado para el constitucionalismo contemporáneo una transformación, a consecuencia del desarrollo tecnológico, dando paso a un nuevo modelo denominado *Constitucionalismo digital*. Este nuevo modelo, apenas presente en el Estado mexicano, hace necesario conocerlo a partir de sus componentes e ideas que le han dado vida en otras latitudes, así como, los nuevos actores que están presentes dentro del mismo, para con base en lo anterior, sea posible entender de una mejor manera la forma en cómo es que comienza a desarrollarse y evolucionar dentro de nuestro país.

ABSTRACT: The last decades have meant a transformation for contemporary constitutionalism, because of technological development, giving way to a new model called Digital Constitutionalism. This new model, hardly present in the Mexican State, makes it necessary to know it from its components and ideas that have given it life in other latitudes, as well as the new actors that are present within it, based on the above, it is possible to understand in a better way the way in which it begins to develop and evolve within our country.

PALABRAS CLAVE: *Constitucionalismo, Digital, Actores, Plataformas, Regulación.*

KEYWORDS: *Constitutionalism, Digital, Actors, Platforms, Regulation.*

I. INTRODUCCIÓN

La historia nos ha puesto de manifiesto que uno de los mayores Lanhelos del hombre ha sido —*sigue siendo*— el reconocimiento y protección de sus derechos, así como la búsqueda de su privacidad (Ariès Philippe y Duby 2005), esto es, la necesidad de mantenerse alejado, el contar con un espacio propio y reservado lejos de la sociedad y poder disponer de su información que mantiene para sí mismo.

Sin embargo, la realidad dista mucho a lo acontecido hace apenas algunas décadas, la llegada del desarrollo tecnológico, el uso creciente de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), Internet, el *big data*, la inteligencia artificial, incluso, las innovaciones disruptivas, han impactado de manera significativa en los conceptos tradicionales de los derechos de las personas. De ahí que este nuevo mundo digital, al tratarse de un cambio radical surgido tras un corto tiempo ha abierto nuevas formas de abuso del poder, así como la necesidad de un nuevo modelo de regulación en el que puedan convivir diversos tipos de normas y principios que permitan al campo del Derecho tener un diálogo efectivo con la técnica y el mundo digital.

Esta nueva realidad, compleja y cambiante hace necesario ya no solo la adaptación de conceptos y teorías jurídicas a las nuevas formas de dialogo y comunicación entre las personas, sino además, resulta necesario la creación de nuevos conocimientos y referencias jurídicas que se adapten no solo al mundo analógico, sino esta vez, al entorno digital (Fernández Esteban 1998). Es decir, no se trata de considerar obsoletos los conceptos y teorías ya existentes, sino más bien, a partir de su contenido tradicional —*qui-*

zá sea posible— poder adaptarlas a este nuevo ambiente digital. De ahí que haya comenzado a hablarse de un *Constitucionalismo digital*, concebido, no por los artífices de un texto constitucional, sino con la llegada del *boom* tecnológico, sobre todo, con la aparición de las nuevas tecnologías a finales del siglo XX y su desarrollo a comienzos del siglo XXI.

No debe resultar extraño, si comparamos a la sociedad del pasado con la del presente, estamos en presencia de una *sociedad del dato*, es decir, hemos pasado de una sociedad de la información a la necesidad del dato, donde la información en bruto pueda ser tratada, almacenada, comparada, enriquecida con múltiples finalidades, es decir, su valor ya no solo es económico. Ahora también ha cobrando relevancia para los ámbitos científico, político, social y cultural. Incluso, su mayor aprovechamiento lo está siendo por parte de las plataformas digitales, razón por la cual resulta de importancia la redefinición y/o surgimiento de prerrogativas fundamentales en el mundo analógico, a fin de que su aplicación también lo sea para el mundo digital.

Para entender esta nueva realidad en el contexto del Derecho, el presente estudio se ha dividido en cuatro apartados, en el segundo de ellos, se analiza el origen de este cambio tan significativo, esto es, el paso de una sociedad analógica y su intersección con el mundo digital, lo cual ha ocasionado la aparición de nuevos actores no estatales, como son las grandes corporaciones multinacionales y las organizaciones transnacionales que poseen, comercializan o administran y contribuyen al desarrollo tecnológico, mejor conocidas como plataformas digitales, cuya aceptación masiva fue gracias a Internet en todo el mundo, sin imaginarnos —*en ese momento*— los riesgos que iban a representar la información y los datos que comenzamos a compartir en este nuevo medio de comunicación, sobre todo para nuestros derechos, en particular, en el ámbito de nuestra privacidad.

Lo anterior, está significando un cambio importante dentro del equilibrio constitucional, razón por la cual en el numeral terce-

ro romano se hace referencia a un nuevo momento constitucional donde a partir del constitucionalismo contemporáneo es posible extraer elementos que nos permitan adaptarlos al Constitucionalismo digital. Dicho en otras palabras es posible mezclar elementos vigentes con los nuevos, donde la limitación del poder ya no solo debe serlo para los entes de un Estado, sino también, para los nuevos abusos del poder por parte de las plataformas digitales, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales basados en el intercambio de información, como es el caso de la libertad de expresión, la privacidad y la libertad de empresa, puesto que en la actualidad, únicamente se ha respondido con una serie de contraataques normativos, los cuales nada tienen que ver con las atribuciones y reglas impuestas por las propias plataformas en el entorno digital.

Finalmente, el numeral cuatro romano se centra en el caso del Estado mexicano, donde la idea de un constitucionalismo abierto (*digital*) poco a poco comienza hacerse presente, sobre todo, a partir de las diversas reformas constitucionales relacionadas con el desarrollo tecnológico y el creciente uso de Internet y el reconocimiento de prerrogativas fundamentales, como en el caso particular del derecho a la protección de los datos personales. Para cerrar con un apartado de conclusiones finales, donde se abordan algunos aspectos que pueden ser de utilidad para la concreción del constitucionalismo digital en México.

II. DESARROLLO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. *DATOS E INFORMACIÓN*

Cada época tiene su historia y tiende a caracterizar por la aparición de algún elemento importante, tal como aconteció con la televisión y la radio en su momento. Hoy en día, con la llegada de las nuevas tecnologías, el surgimiento de Internet y la aparición de tecnologías disruptivas la sociedad del presente se distingue por una serie de elementos tecnológicos, emocionales y culturales

que hacen de nuestra existencia una extraña red de relaciones y una nueva forma para expresarnos y comunicarnos.

En palabras de Castells, se trata de una “sociedad red”, la cual está compuesta de redes potenciadas por la tecnología de la información y comunicación basadas en la microelectrónica. Esto es, se trata de una estructura social donde se llevan a cabo acuerdos organizativos humanos relacionados con la producción, consumo, reproducción, experiencia y el poder, expresados a través de la comunicación significativa codificada por la cultura (Castells 2006: 27). En este sentido, la tecnología puede ser entendida como una cultura material que se constituye como una dimensión fundamental de la estructura y del cambio social (Fischer 1994: 1-32).

Justamente, el cambio ha venido de la mano del desarrollo de la tecnología, el uso desmedido de Internet y de las plataformas digitales, lo cual ha dado paso a lo que ahora se conoce como digitalización, lo cual significa, para efectos de este estudio “*convertir en números lo que se quiere transmitir*”, es decir, actualmente la información es trasladada por medio de códigos, lo que permite que diferentes tipos de datos e información, como el sonido, el texto alfanumérico y la animación creada a través de una computadora, puede combinarse y presentarse de manera separada. Es por ello que la digitalización es concebida como la base de la informática y de los modernos sistemas de telecomunicación (Negraponte 1996: 28-31) que están siendo utilizados en la mayoría de los casos para fines de lucro, implementando con ello un nuevo poder de regulación en el entorno digital.

A lo anterior, habría que añadirle el concepto de algoritmo, entendido como “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema” (RAE). Basándose en esta definición, se puede observar que a partir del mismo, resulta factible establecer predicciones basadas en datos, o bien, se facilita la comunicación con la Administración, como en el caso de los procedimientos administrativos o judiciales, en la medida que se

componen de pasos dotados de un contenido determinado que han de seguirse para llegar a una solución (Huergo Lora 2020: 26). En definitiva, con la digitalización y el uso de los algoritmos, los datos y la información que se encuentra en el entorno digital hace posible la obtención de resultados favorables, es decir, resulta posible llevar a cabo una toma de decisiones de forma rápida y desempeñar un papel activo en el control y conocimiento, en el caso particular de las plataformas digitales y de quienes han recurrido a su uso.

No cabe duda, con la tecnología, la digitalización, incluida, la Inteligencia Artificial resulta posible realizar diversos procesos de actuación, como procesar, almacenar, obtener, perfeccionar, incluso, comunicar cualquier tipo de información ya sea oral, escrito o visual, sin importarle el tiempo, la distancia o el volumen. De ahí que pueda decirse, atrás está quedando la época de los papeles para dar paso al mundo digital de los algoritmos. Lo anterior, sin duda, está teniendo efectos sobre diversos aspectos de los negocios, desde mejorar la calidad de los productos y servicios hasta aplicar nuevos esquemas de fijación de precios. Más aún, en el ámbito de los derechos de las personas como consecuencia del tratamiento masivo de datos.

Por un lado, el análisis de datos puede permitir a las empresas adaptar mejor su oferta, al proporcionar los productos adecuados al cliente adecuado. Las empresas también pueden modificar su estrategia de fijación de precios; de hecho, los datos pueden utilizarse para calcular cuán dispuesto está un cliente a pagar, lo que crea la base para fijar precios en forma personalizada. Por el otro, los consumidores pueden beneficiarse de la aplicación de técnicas de datos masivos. Por ejemplo, su costo de búsqueda puede reducirse porque las plataformas pueden calcular sus preferencias directamente, proponiendo una variedad de productos deseables (OECD 2018: 10). Sin embargo, también puede suponer un riesgo para los consumidores, quienes ahora deberán adaptarse a las políticas impuestas por las propias empresas, lo cual significa una vulneración a sus derechos personales, debido al análisis masivo de sus datos.

Razón por la cual, en la actualidad, no solo basta con hablar de datos e información, también resulta preciso asociarlos con ciertos ámbitos, es decir, con el ejercicio de las libertades de las personas, tales como la libertad de expresión, en su sentido *lato* (derecho a investigar, difundir y obtener información) y la privacidad, en particular, con respecto al control de sus datos personales.

Sin duda, los riesgos ocasionados por el uso de los crecientes medios electrónicos y tecnológicos cada vez más sofisticados, es el nuevo camino al que se enfrenta hoy el ser humano. De ahí que, la transformación de la técnica ha hecho más vulnerable a la persona (Heidegger 1967; Linares 2008)¹, donde el uso de la tecnología y la información se está convirtiendo en una práctica que va en aumento, comenzando por un Estado vigilante quien puede analizar las conexiones existentes y extraer nuevos datos implícitos en la multitud de información recopilada en las bases de datos públicas o privadas. Mientras que, para las empresas, ya no solo se es un cliente, ahora les resulta de importancia la descripción de los perfiles personales en múltiples *dimensiones* de la información dentro de sus bases sus datos, ello, con la intención de ofrecer productos y servicios acordes a los intereses y gustos de una persona.

Lo anterior, cobra relevancia dado que el creciente mundo de los datos y la información se está convirtiendo en un laboratorio gigantesco de la conducta humana que permite procesar fragmentos de nuestras vidas, dicho en otras palabras, los rastros que vamos

¹ Cabe mencionar que la transformación y los efectos de la técnica fueron estudiados en el siglo XIX. Así, desde una perspectiva filosófica el desarrollo tecnológico se había convertido en un tema importante, al considerarse que el dominio tecnológico del ser humano sobre la naturaleza, podría llevarlo a una *catástrofe*, la cual marcaría la historia de la humanidad a causa del dominio total del poderío tecnológico sobre la existencia humana. Más aún, no se trataría de una catástrofe natural, sino sería fruto de las propias acciones y decisiones humanas, las que pondrían en serio peligro la permanencia de los rasgos que definen la *condición humana*, e incluso, la supervivencia misma de la especie. Al respecto puede verse las obras de Heidegger, Martín (1967) y Linares, Jorge Enrique (2008).

dejando a nuestro paso por Internet y las diversas plataformas digitales pueden ser captados y analizados por diversos actores (Baker 2009: 11-30)². Aunque, seguramente la información recabada por separado podría resultar insignificante, pero agrupada, podría revelar nuestros secretos, incluso, los más íntimos, lo que puede significar una vulneración a la dignidad de la persona.

Ya es una realidad, los peligros de dichas prácticas y el uso desmedido de la tecnología permite la creación de perfiles de ciudadanos, el simple hecho de encajar en un perfil puede suponer restricciones a sus derechos, en ocasiones, de manera arbitraria e injustificada, tal como aconteció con el caso de los llamados “falso positivos” (Gutiérrez 2008)³. Aunque también puede representar un beneficio a la hora de adquirir una mayor información sobre una persona que ya ha sido identificada como sospechosa dentro de una investigación (Pérez y Santí 2008; Carrasco 2009; Han 2011).

Así mismo, con el creciente desarrollo tecnológico hoy es posible conocer los contenidos de los correos electrónicos, de las llamadas efectuadas o recibidas mediante teléfonos móviles. De igual manera, la implementación y uso de dispositivos de radiofrecuencia

² Como son ingenieros, matemáticos, o informáticos, en palabras de Stephen Baker, se trata de una nueva mafia que trabaja sin tregua y están cribando toda la información que producimos en casi todas las situaciones de nuestras vidas. El citado autor, los llama los *numerati*, dichos actores se dan a la tarea de estudiar las páginas *web* que visitamos, los alimentos que compramos, nuestros desplazamientos con nuestros teléfonos inteligentes. Pues, para ellos, nuestros registros digitales crean un enorme y complejo laboratorio del comportamiento humano. Tienen las claves para pronosticar los productos o servicios que podríamos comprar, los anuncios de la *web* en que haremos *click*, qué enfermedades nos amenazarán en el futuro y hasta si tendremos inclinaciones —basadas puramente en análisis estadísticos- a colocarnos una bomba bajo el abrigo y subir a un autobús.

³ Un ejemplo de ello, lo constituyen el “Escándalo de los falsos positivos” en Colombia en el año de 2008, que involucraba a miembros del Ejército de Colombia con el asesinato de civiles inocentes para hacerlos pasar como guerrilleros muertos en combate en el marco del conflicto armado que vivía el país.

(RFID)⁴, a través de los cuales es posible no solo controlar las ventas en un centro comercial sino también localizar personas, se trata de dispositivos tecnológicamente muy simples que hace apenas unos años se consideraban ciencia ficción (Piñar 2009). Incluso, a través de la ingesta de una pastilla que incorpora un chip permite evaluar a distancia y en tiempo real la situación física de una persona, al igual que su calor o cualquier otro dato relacionado con su salud. La información se analiza y procesa cada día para conocer a detalle las reacciones físicas de competidores en eventos deportivos, tal es el caso del fútbol, atletismo o ciclismo. Sin duda, se trata de dispositivos, casi invisibles que a distancia pueden controlar a las personas, llegando a cosificarnos por el uso que hacemos de dispositivos inteligentes (Lasalle 2017: 89), incluso, si no existe una restricción podemos quedar expuestos.

A lo anterior, habría que sumarle la creciente exigencia de un tratamiento y transferencias internacionales de datos personales, así como retenciones de los mismos en aras de la seguridad ciudadana, por lo que la sociedad corre el riesgo de verse sometida a una videovigilancia constante (Sts, 7549, 10 de diciembre de 2010)⁵, a lo cual también habría que añadir la creciente instalación de videocámaras en la vía pública, negocios, bancos, hogares y edificios públicos. Se trata de una práctica que ha ido creciendo día con día, sin embargo, en ocasiones y derivado de su utilización se puede llegar a vulnerar los derechos de los ciudadanos, sí para ello no se establecen unas medidas respecto de su uso y el tratamiento que se le debe dar a la información obtenida con estos medios electrónicos digitales, los cuales en algunas ocasiones, al ser muy sofisticados, permite que se haga un uso distinto para el que fueron instalados,

⁴ Los llamados RFID, “identificadores por radiofrecuencia”.

⁵ Un ejemplo, lo constituye una Sentencia del Tribunal Supremo (Sts) de España, en donde se puso de manifiesto que: “la instalación de cámaras de seguridad que permiten visualizar y grabar tres puertas de una vivienda colindante y, por tanto, las entradas y salidas de los vecinos, vulnera el derecho a la intimidad”. La decisión de dicho Tribunal fue ordenar la retirada de las cámaras de filmación y el desmantelamiento de todos sus dispositivos e instalaciones.

lo que nos aleja de un espacio propio y reservado, tal es el caso de su control remoto a través de Internet.

Otros instrumentos tecnológicos presentes que pueden afectar la privacidad, lo constituyen los sistemas de reconocimiento facial (Bowyer 2004; Holtzman 2006: 6), mediante su uso es posible reconocer a las personas a través de sus rasgos faciales. Se trata de sistemas de vigilancia cuya aplicación comenzó a implantarse tras los atentados del 11-S en Estados Unidos, cuya práctica desde ese entonces ha ido en aumento, por ejemplo, por parte de las empresas privadas, donde previo a la contratación de un trabajador, buscan conocer si la persona no está sujeta a un proceso judicial.

De ahí que las palabras *autenticar* e *identificar* han cobrado relevancia para los derechos de las personas, sobre todo, a la hora de poder determinar una posible vulneración a los mismos. La primera, significa comprobar si los patrones de puntos de una cara coinciden con el patrón de solo una cara en concreto, situación que puede darse, por ejemplo, en aeropuertos al introducir el pasaporte en una máquina y mirar a la cámara. En este caso, el sistema comprueba que eres quien dices ser. Por otro lado, identificar supone poner en relación un patrón con muchos otros patrones. Es decir, cotejar el patrón biométrico de una persona en concreto con todos los patrones que forman parte de una base de datos. Es aquí donde la normativa “es especialmente restrictiva a la hora de permitir el uso de esta tecnología para el tratamiento de datos personales” (Rubio 2020).

Situación no por menos interesante lo constituye la *geolocalización*, lo cual es posible a través de los teléfonos móviles, es decir, es posible localizar prácticamente a cualquier usuario, lo peor es que puede hacerse sin conocimiento del interesado y, por tanto, sin su consentimiento. Sin duda, el acceso a los datos de localización o a las comunicaciones contenidas en un teléfono móvil pueden resultar útiles para fines legítimos del Estado como la in-

investigación de delitos. Pero, cuando la ubicación y el monitoreo en tiempo real, es llevado a cabo sin justificación alguna, su uso pone en entredicho la privacidad de las personas. De ahí que resulte necesario el establecimiento de manera clara en el marco de una ley el sentido formal y material, aspectos relacionados con el establecimiento de las circunstancias que pueden dar pie a las medidas de vigilancia; los límites en la duración de las medidas; así como los procedimientos a seguir para análisis, uso, almacenamiento y destrucción de los datos obtenidos, entre otras consideraciones.

Por su parte, la nanotecnología permite ya elaborar dispositivos capaces de captar y elaborar información hasta extremos insospechados y de un modo totalmente desapercibido; tal es el caso de los llamados *robotflies*, o de los *nanobots* (Clippinger 2007: 28-32), con los que se busca obtener beneficios en el futuro y enfocada al área de la salud, arrojará muchos beneficios al ser humano buscando obtener tratamientos más eficaces. Tal como también está ocurriendo con la neurociencia, donde con el uso de la tecnología es posible ingresar al cerebro, a fin de visualizar distintos aspectos de su funcionamiento, sin necesidad de abrirlo o apelar a otros medios riesgosos (Restak 2005: 17).

En el campo del Derecho la neurociencia puede ser de gran utilidad al permitir evaluar de manera certera la conducta de una persona, es decir, saber si una persona dice la verdad o no, o facilitarles a personas discapacitadas nuevas herramientas para un mejor ejercicio de sus derechos. No obstante, su aplicación puede propiciar también algunas amenazas contra derechos fundamentales como la libertad, la dignidad o la intimidad, a través de la manipulación de las personas (Del Brío León 2011: 17)⁶ para hacer que compren un producto o para inducir su voto, ingresando a sus

⁶ En los últimos años están empezando a conocerse programas de la CIA, como el *Mk ultra*, que tiene por objeto aprender a manipular la mente del enemigo.

centros de decisión o, inclusive, al permitir que nos introduzcamos en sus recuerdos (Wolf 2016: 30)⁷ o en sus propios pensamientos⁸.

El impacto de la tecnología, además de solucionar algunos problemas, puede generar otros, como en el caso de la bioética y su aplicación con los últimos avances de la ciencia (Nevares-Muñiz 2013: 125)⁹. Por lo que no hay que olvidar estos temas, más que asuntos médicos son asuntos trascendentalmente humanos donde el derecho no debe mostrarse ajeno a su regulación.

Tal como se ha puesto de manifiesto, la evolución tecnológica, no puede evaluarse en términos meramente cuantitativos. Una diferencia sustancial de la revolución tecnológica de ahora en relación con la revolución industrial o los avances científicos que se han producido hasta los años ochenta del siglo pasado es que ahora las nuevas tecnologías son capaces ellas mismas de generar conocimiento, a partir del ya existente, o bien, con la información que diariamente se suministra a través de los modernos medios de comunicación.

Una característica fundamental de las plataformas digitales es su exhaustiva recopilación, análisis y uso de los datos. El desarrollo tecnológico permite a las empresas recopilar y analizar datos a un

⁷ Anota Wolf que es posible falsear los recuerdos en la memoria de algunas personas, mencionando un reciente estudio de un equipo de psicólogos de Inglaterra y Canadá en el que mediante la técnica de la sugestión, los investigadores lograron hacer creer a un 70% de un grupo de estudiantes que habían cometido un delito.

⁸ La tecnología permite hoy que una persona pueda instalar en su teléfono una aplicación, llamada *KishKish Lie Detector*, que permite a los usuarios de Skype saber si una persona miente o no. Por otro lado, investigadores vienen estudiando la posibilidad de modificar los recuerdos, en experimentos con animales, usando medicamentos y con la luz. *Ibidem*.

⁹ En palabras de Nevares-Muñiz (2013): “a efectos de elaborar un modelo de deliberación adjudicativa para atender asuntos vinculados con los avances de la ciencia y la tecnología, sobre todo que no cuentan con legislación positiva o jurisprudencia aplicable, debe tenerse en cuenta una perspectiva que integre el Derecho y la Bioética”.

nivel granular que era impensable hace pocos años. Esto ha tenido un efecto sobre diversos aspectos de los negocios, desde mejorar la calidad de los productos y servicios hasta aplicar nuevos esquemas de fijación de precios; las técnicas de datos masivos pueden tener repercusiones importantes tanto en las empresas como en los consumidores.

Los ejemplos podrían multiplicarse, lo que antes se consideraba ciencia ficción hoy es una realidad, razón por la cual, tanto la información como los datos personales, han dejado de ser un tema con un alcance nacional y regional, convirtiéndose en universal, puesto que se trata de una realidad que está impactando significativamente los derechos fundamentales de las personas en el ámbito público como privado.

En definitiva, aún y cuando el reconocimiento de los derechos en los textos constitucionales es una realidad, su alcance con respecto a los actores privados y las plataformas digitales sigue siendo una tarea pendiente, puesto que su protección corre más por cuenta de ellos que por la del propio Estado, lo cual está poniendo en entredicho la libertad de los mismos. Justamente, es uno de los aspectos que se busca regular con el auge del nuevo modelo constitucional denominado *Constitucionalismo digital*.

III. UN NUEVO MOMENTO CONSTITUCIONAL

Los cambios provocados por la revolución digital en relación con nosotros mismos, nuestras relaciones con otros individuos y, en última instancia, en la sociedad en general bajo el andamiaje de las tradicionales normas constitucionales tienen que ser adaptadas para que las comunidades análogas puedan enfrentar el reto de la digitalización en sus diversos sectores. Razón por la cual, el Constitucionalismo no debe permanecer inerte.

Es una realidad, el desarrollo trae consigo una nueva manera de relacionarnos, ya no solo con las otras personas, sino incluso, con las cosas, esto, a consecuencia de la creciente automatización e intercambio de datos, donde los principales protagonistas lo están siendo Internet, la inteligencia artificial, el *big data* y, más aún, los actores privados. Lo cual supone algunos riesgos para las personas en el ejercicio de sus libertades, aumentando la desigualdad y ocasionando problemas relacionados con la seguridad.

A pesar del surgimiento de diversos marcos normativos legales que pretenden abordar los desafíos en esta oleada tecnológica y, con los que se intentan reafirmar los tradicionales derechos humanos fundamentales en el contexto digital y reequilibrar nuevas asimetrías de poder, su impacto conlleva profundas implicaciones constitucionales. De ahí que resulte necesario fortalecer las prerrogativas fundamentales y la capacidad de las personas para que puedan desarrollarse libremente en un mundo digital frente al Estado y ante los actores privados. En palabras de Chris Thornhill (2013: 9):

“Las normas constitucionales se construyen como capas dentro de la estructura inclusiva en su evolución del sistema político; las nuevas normas constitucionales se articulan, progresivamente, en la medida en que el sistema político de la sociedad se expone a desafíos y demandas que no puede absorber, y en la medida que requiere complejidad normativa adicional para sustentar sus funciones de inclusión. La clave para entender las constituciones, en consecuencia, es examinar las normas constitucionales como un aparato adaptativo históricamente construido, que está estrechamente relacionado con distintas presiones de inclusión en sociedad”.

En la actualidad, los principios constitucionales analógicos no resuelven todos los desafíos de la sociedad digital. La forma externa del constitucionalismo cambia necesariamente de nuevo. Progresivamente se van añadiendo nuevas capas constitucionales a las ya existentes. Surgen principios novedosos para articular los valores fundamentales del constitucionalismo a la luz de los te-

mas problemáticos de la sociedad contemporánea (Saldías 2012: 5-6). La escala de transformación impulsada por el advenimiento de la revolución digital es tal que se puede distinguir claramente la multiplicidad de nuevas capas normativas que abarcan o, incluso, incorporan a las más antiguas un nuevo rebrote dentro de la teoría constitucionalista, lo cual se ha dado por llamarle *Constitucionalismo digital*.

Precisamente, hablar de un *Constitucionalismo digital*, no se trata de algo que haya sido acordado por los artífices de la Constitución, la aparición de los derechos de las personas relacionados con el entorno digital o, con el uso de las tecnologías de la información y comunicación e Internet, ha sido un proceso de cambio, en su mayoría impulsado con la llegada del desarrollo tecnológico, el auge de empresas privadas y las plataformas en línea, tal como se expone enseguida.

1. Una aproximación al Constitucionalismo digital

La realidad social a la que van referidas las normas constitucionales, está sometida al cambio histórico y éste, en ningún caso, deja incólume el contenido de un texto constitucional. En palabras de Häberle (2001: 3-19): “*Toda Constitución es Constitución en su tiempo*”.

Si dicha afirmación fuese desatendida, como bien lo señala Hesse el contenido constitucional quedaría “petrificado” y, a corto o largo plazo no podrá cumplir sus funciones (Hesse 2001: 1-15). Por ende, la perspectiva de la *Constitución en su tiempo* únicamente puede cumplir sus tareas allí donde en determinados momentos logra mantener su fuerza normativa, es decir, con el paso del tiempo consigue garantizar su continuidad en una sociedad que atraviesa cambios históricos.

Precisamente, la clave para entender el contenido de los textos constitucionales, consiste en examinarlos a partir de su construcción histórica, es decir, como un aparato adaptativo, que está es-

trechamente relacionado con distintas presiones de inclusión en la sociedad. Por ende, para entender su continuidad resulta preciso tener en cuenta la forma en cómo se abordan sus cambios, en particular, cuando el desarrollo tecnológico, las tecnologías de la información y comunicación, incluido, Internet, son una realidad.

Uno de los primeros cambios lo encontramos a finales del siglo pasado, a partir de entonces se comenzó a buscar respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de hombres y mujeres que comenzaban a vivir en la era de la informática. Surgiendo para ello la denominada “consciencia tecnológica”, término acuñado a Fro-sini (1986), en sus palabras apelaba a una actitud reflexiva, crítica y responsable ante los nuevos problemas que en las diversas esferas del acontecer social, comenzaba a suscitar la tecnología, y ante los que ni el derecho, ni quienes lo aplican o estudian debían permanecer insensibles. Dicha exigencia complicaba de sobremanera la labor de los operadores jurídicos y los teóricos del derecho, en virtud de que les obligaba a ampliar el angosto horizonte de las autorreferencias normativas, con los estímulos de la ciencia y la tecnología. Consciencia que hasta nuestros días prevalece y debe seguir prevaleciendo.

Precisamente, así como el proceso del constitucionalismo contemporáneo hizo su aparición con la llegada de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la concepción del constitucionalismo norteamericano a finales del siglo XVIII (Jiménez 2005: 13-17), convirtiéndose en un referente en el surgimiento de los subsecuentes textos constituciones. Hoy en día, la tecnología está adquiriendo carta de naturaleza como parte del contenido constitucional y del ordenamiento jurídico contemporáneo, en particular, en cuanto al reconocimiento de nuevos derechos, esto, como parte de la toma de consciencia de los legisladores y de los operadores judiciales en su labor de interpretación y redefinición de nuevas prerrogativas fundamentales.

Razón por la cual, en la actualidad, el concepto de una Constitución no debe ser solo entendida como un texto que da validez,

sino como el marco de referencia que guarda una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico, donde los diversos cambios, políticos, sociales, culturales, económicos, e incluso, tecnológicos, sirven como elementos fundamentales en la creación normativa, lo cual es posible a partir del modelo de una Constitución abierta.

Así, este modelo de apertura constitucional se constituye como una ordenación de la dinámica vital en que se desarrolla la vida de un Estado, cuya finalidad es lograr la reimplantación de su realidad total, razón por la cual, las disposiciones de la Constitución se caracterizan por tomar en cuenta la gran gama de impulsos y motivaciones sociales, económicas y políticas (Smend 1985: 127). Incluso, al ser la Carta Fundamental eminentemente abierta, su pretensión reguladora abarca la totalidad del Estado y de su proceso integrador (Lucas Verdú 1993: 63).

En palabras de Zagrebelsky (1995: 13-14), la Constitución hacia su interior, es el resultado de una base pluralista material sobre la que se asienta todo texto constitucional democrático que da cabida a la diversidad de opciones ideológicas que con el paso del tiempo han ido haciéndose presentes, lo cual es un reflejo de la libertad de opción y oportunidad política para la voluntad legislativa. En este sentido, cobra relevancia las palabras de Hesse (1983:18), *“la constitución regula aquello que es importante y que necesita determinación [...]”*.

Desde esta perspectiva, la Constitución debe permanecer abierta no solo al interior del propio Estado, su apertura debe ir más allá de sus fronteras, en virtud de que sus propias disposiciones deben regular la vida que está sometida a constantes cambios históricos, tal es el caso de las innovaciones y descubrimientos asociados al progreso científico y tecnológico que inciden en la realidad, incluso, la alteran, provocando aceleraciones y/o transformaciones sociales que deben tener cabida en el propio texto constitucional.

Justamente, a partir de las transformaciones de las que está siendo objeto la sociedad con la llegada de la tecnología y, más re-

cientemente, Internet, los textos constitucionales análogos, están siendo desafiados por la revolución digital, razón por la cual surge la idea de un *Constitucionalismo digital*, diverso al acontecido en el constitucionalismo contemporáneo. Puesto que ahora, con el primero, se hace necesario el desarrollo de nuevas formas de limitar los abusos del poder en un sistema complejo que incluye muchos gobiernos, empresas y organizaciones de la sociedad civil diferentes que se encuentra fuera de control del Estado.

La idea de un constitucionalismo en el contexto del entorno digital no es nueva. En el pasado, se habló de un “constitucionalismo informativo”, cuya referencia estaba más enfocada a la legislación estatal, en particular, lo relativo a la propiedad intelectual, competencia, contratos y la privacidad, esto, con el objetivo de limitar el poder de autorregulación de las empresas tecnológicas (Fitzgerald 1999: 144). En palabras de Suzor (2010) el “constitucionalismo digital” se constituía como un proyecto que buscaba articular un conjunto de límites a los poderes privados que afectan el disfrute de los derechos en el mundo digital. De ahí que la propuesta consistía en que a partir de los valores constitucionales se debían adoptar leyes ordinarias que impusieran una serie de garantías mínimas que las empresas tecnológicas deberían respetar en la autorregulación de sus productos y servicios. Por su parte, Karavas (2010) alabó una forma de constitucionalismo digital sin el Estado o, al menos, con su intervención minimizada. Donde las comunidades del ciberespacio deberían ser capaces de autoconstituirse de forma incremental de abajo hacia arriba. Siendo los jueces los encargados de desarrollar las reglas básicas para crear normas constitucionales válidas. Mientras, Redeker, Gill y Gasser (2018) emplearon la noción de constitucionalismo digital para conectar el surgimiento de una serie de declaraciones no vinculantes de derechos de Internet que tienen como objetivo establecer límites tanto para el poder público como el privado en el contexto digital.

A primera vista, las ideas anteriores del constitucionalismo digital parecen diferentes. Sin embargo, no son incompatibles, ya que,

si fuesen consideradas integralmente, se revelan como múltiples facetas de una imagen unitaria más amplia (Celeste 2019: 76). Dado que, su función principal lo sería el establecimiento de una limitación al poder de los actores dominantes y, cuando se consideran en conjunto, es posible reconocer la existencia de una pluralidad de instrumentos normativos que se traducen en valores constitucionales de la sociedad digital, tanto emergentes en el contexto estatal, como en el Derecho Constitucional, incluso más allá, como en el caso de la autorregulación de las empresas privadas.

Por otro lado, como puede apreciarse, la expresión *Constitucionalismo digital* tiene una naturaleza dual. El término “digital” alude al desarrollo tecnológico, su transformación con el paso del tiempo y la llegada de Internet, es decir, con la automatización para procesar datos o moderar información (contenidos); mientras el segundo término “constitucionalismo” se refiere a la ideología política surgida a partir del siglo XVIII, donde el poder de los gobiernos debería estar legalmente limitado y su legitimidad depender del cumplimiento de esas limitaciones. Razón por la cual, el adjetivo *digital* implica la colocación del constitucionalismo en una dimensión temporal y material, tal como lo estamos viviendo en la actualidad.

Con base en lo anterior, el *Constitucionalismo digital* temporal, a pesar del lapso entre el constitucionalismo del siglo XVIII y la tecnología del siglo XXI, es posible ubicarlo en un momento específico, esto es, a partir de la evolución global de Internet en la década de los años noventa. Desde una perspectiva material, se centra en cómo las tecnologías digitales y los textos constitucionales contemporáneos se afectan mutuamente. Donde la expresión *digital* y *Constitucionalismo* conllevan a un nuevo campo teórico y práctico basado en una reacción, esto es, cómo la tecnología digital afecta la evolución del constitucionalismo y la reacción del derecho constitucional frente al poder emergente por la implementación de tecnologías digitales por parte de actores públicos y privados (Suzor 2018).

De ahí que pueda decirse, el *Constitucionalismo digital* consiste en articular los límites al ejercicio del poder en una sociedad red (Padovani y Santaniello 2018), donde ahora las empresas privadas (digitales) no son partícipe del mercado, ahora aspiran a desplazar más roles del gobierno, reemplazando la lógica de la soberanía territorial con la soberanía funcional (Pasquale 2017).

Razón por la cual, no debe resultar extraño que dichos actores (empresas) se hayan convertido en guardianes, por su alto grado de control sobre los espacios en línea, puesto que ahora los usuarios están sometidos al ejercicio de una autoridad privada ejercida a través de Internet y sus diversas plataformas, mediante una combinación de derecho privado y tecnologías automatizadas (Laidlaw 2010). Las cuales al regular de forma privada su infraestructura digital, los operadores de Internet deciden de manera autónoma, ya no solo cómo interactuar con las personas, incluso, cómo pueden hacer valer sus derechos.

En definitiva, al tratarse de una cooperación que lleva a las empresas tecnológicas a tener una gran cantidad de datos provenientes del sector privado, significa que los actores públicos dependan cada vez más de estos entes privados, ocasionando con ello, la imposición de condiciones plasmadas en arreglos contractuales. Tal es el caso de la inteligencia artificial por parte de las empresas privadas y la autoridad en la toma de decisiones automatizadas como acontece con los programas de asistencia social o justicia penal, donde el código y la infraestructura que los acompañan guardan relación con los derechos individuales (Ranchordas y Goanta: 2019). Dicha relación no solo puede afectar principios como la transparencia o la equidad, sino también el Estado de derecho, en virtud de que el ordenamiento jurídico puede ser reemplazado por estándares tecnológicos y contractuales establecidos por actores privados transnacionales, más que por disposiciones normativas elaboradas por el propio Estado.

Sin lugar a dudas, el surgimiento del constitucionalismo digital es una realidad. En palabras de Barlow (1996): “el espacio digital

es un nuevo mundo separado del atómico, donde no se aplican los conceptos legales de propiedad, expresión, identidad, movimiento o contexto”.

Al ser un mundo independiente de la ubicación física es un derecho descentralizado y emergente es resultado de la acción privada consuetudinaria o colectiva. Por lo que resulta necesario la creación de un conjunto de reglas aplicables a la comunidad digital, sin que estas vulneren los derechos de los ciudadanos, puesto que al final de cuentas, los guardianes existen en el entorno digital, gracias a la información y los datos que son generados por cada una de las personas a través de Internet y con el uso creciente del desarrollo tecnológico.

Tal como ha acontecido en el seno de la Unión Europea en los últimos treinta años, su política en el campo de las tecnologías digitales ha pasado de una perspectiva económica liberal a un enfoque constitucional destinado a proteger los derechos fundamentales y los valores democráticos (De Gregorio 2021). Dicho cambio tiene que ver con el debate en la sociedad de la información, que está cada vez más sujeta al poder de los actores públicos y privados que implementan tecnologías de toma de decisiones automatizadas (Danaher 2016). En el caso del nuevo poder privado (*digital*), tiene una capacidad masiva de organizar contenido y procesar datos, cuya naturaleza es más global que nacional, por lo que su estudio e implementación de modelos de regulación se está convirtiendo en una realidad.

Como se aprecia, la reacción del constitucionalismo europeo proviene principalmente de las amenazas a los derechos fundamentales y los valores democráticos que plantean los nuevos poderes privados dentro de lo que se ha denominado una sociedad algorítmica. La actuación ante esta nueva realidad, aunque de manera más lenta, ha comenzado a extenderse a otras latitudes, tal es el caso del Estado mexicano, donde a partir de su texto constitucional es posible extraer algunos elementos que pueden ser de utilidad

en la construcción de un constitucionalismo digital, tal como podrá verse en el apartado siguiente.

IV. EL CASO MEXICANO. REFLEXIONES FINALES

Desde su aparición en 1983, el Internet fue reconocido por vez primera como un derecho humano en 2011 y se estableció con respecto al mismo “el acceso universal al ciberespacio, mismo que debe ser entendido como un acceso equitativo, a un precio asequible por todos los ciudadanos, tanto a la infraestructura de la información como a la información y los conocimientos esenciales para el desarrollo humano, colectivo e individual” (La Rue 2011).

Fue hasta el año de 2012 cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU reconoció la protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. Este documento fue suscrito por un grupo relevante de países en Iberoamérica: Chile, España y México, entre otros. No cabe duda, que el incremento y la demanda de plataformas y herramientas digitales, ha puesto al Internet hoy como uno de los derechos.

En el caso mexicano fue hasta el año 2013, derivado de diversas reformas al artículo 6º en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones, que se comenzó a regular entre otros, el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet.

Por su parte la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en coordinación con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, tienen la tarea de promover el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, entre otros temas relacionados con la conectividad.

Incluso, por parte del gobierno se ha implementado un programa de Estrategia Digital, para alcanzar las metas del país en la transformación gubernamental, economía digital, transformación educativa, salud universal y efectiva, así como la innovación cívica y participación ciudadana, mediante el marco jurídico que lo regula por medio de: datos abiertos, interoperabilidad e identidad digital, inclusión y habilidades digitales y conectividad¹⁰.

Hasta aquí, parece que la idea de un constitucionalismo digital en México comienza a escribir sus primeras páginas. No obstante, dista mucho de ofrecer respuestas al nuevo sistema de poder integrado por el propio gobierno y las empresas. Es verdad, el texto constitucional mexicano, actualmente reconoce una serie de derechos fundamentales, a través de los cuales las personas pueden mantener, en un primer momento a salvo sus datos e información que circulan por internet o que es obtenida a través de medios tecnológicos digitales, sin embargo, no se prevé un control a los proveedores de servicios de Internet (empresas).

Si trasladamos la idea del constitucionalismo digital visto en el apartado anterior al contexto mexicano, podemos darnos cuenta qué, los trabajos que se han venido realizando se centran más en el reconocimiento de derechos e intentos sobre la relación entre Internet y el texto constitucional. Lo cual se puede ver con los diversos proyectos legislativos en materia de derechos digitales y en la modernización de las comunicaciones, donde a fin de garantizar plenamente el derecho establecido por el artículo 6º constitucional a una *inclusión digital universal*, se busca la implementación de una renta básica digital.

No obstante lo anterior, cabría preguntarse, qué pasa en el caso de las plataformas en línea, ante la falta de un marco regulatorio, se les ha confiado para que sean ellas las que decidan de manera autónoma si eliminan o bloquean grandes cantidades de informa-

¹⁰ El programa puede verse en el siguiente enlace «<https://www.gob.mx/mexicodigital>».

ción (contenidos) basándose solo en el riesgo de ser considerados responsables.

En materia de protección de datos personales, si bien es cierto se cuenta con un marco regulatorio tanto para el sector público como para el privado. Su falta de revisión y puesta al día de su contenido ha permitido la evolución de las formas de libertad hacia el poder basado en el procesamiento de grandes cantidades de datos (personales) a una escala planetaria.

Si bien es cierto, en un inicio los intermediarios en Internet, únicamente brindaban acceso, alojaban, transmitían e indexaban contenidos, productos y servicios originados por los particulares o terceros en Internet, es decir, no estaban involucrados en la moderación del contenido o el procesamiento de datos personales, por lo que a partir de ello, puede decirse, al menos en el Estado mexicano, su regulación era posible con el actual marco normativo, es el caso de la Ley de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos privados.

Sin embargo, actualmente, la toma de decisiones está en manos de los proveedores de alojamiento, como son las plataformas de redes sociales y motores de búsqueda, presentes en nuestras vidas, desde no hace mucho tiempo, en virtud de que, para supuestamente, garantizar un entorno digital seguro para los usuarios y no verse sancionadas, las plataformas se basan en tecnologías de decisión automatizada para moderar el contenido en línea y así, poder captar la atención de los usuarios.

V. CONCLUSIONES FINALES

Como puede verse, la historia del Constitucionalismo digital en México apenas ha comenzado. Por un lado, la implementación de las tecnologías digitales por parte de los actores públicos plantea serias preocupaciones, dado que el concepto del constitucionalismo

digital se ha visto más impulsado por el papel de las plataformas en línea transnacionales, a pesar de tratarse de actores privados llevan a cabo cada día más tareas públicas que por el propio legislador.

Por otro lado, el surgimiento de derechos digitales, tal como ha acontecido por ejemplo en España, no solo es un proceso derivado de la institucionalización legal, se trata de una necesidad social dentro de una sociedad digital cada vez más plagada de algoritmos, lo cual es el reflejo de una sociedad acorde a los tiempos modernos, a los que el Estado mexicano no debe mostrarse ajeno y, por ende, debe comenzar a trabajarse en la adopción y reconocimiento de las prerrogativas fundamentales en el ámbito digital, más que con los derechos convencionales.

El caso de las plataformas en línea y el uso de la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones, por lo que al caso mexicano se refiere, donde la relación derecho-tecnología aún no ha encontrado su camino a recorrer, salvo en el caso del reconocimiento de prerrogativas fundamentales y su protección por parte del Estado, más no así con respecto al sector privado, donde hoy en día nuestra información que poseen, comercializan y administran, con base en la innovación tecnológica, lo hacen a su libre arbitrio.

En definitiva, los valores constitucionales fundamentales deben generalizarse y posteriormente volver a especificarse a la luz de los cambios en la sociedad contemporánea y digital. Dado que el constitucionalismo se traduce en un lenguaje que habla a los actores del entorno virtual, de tal manera que los viejos principios se vuelven más fácil de aplicar a los nuevos contextos sociales, el caso mexicano, no debe ser la excepción, dado que se cuenta con las condiciones sociales, culturales y políticas para poder dar paso a un modelo abierto digital, sin perder esos valores, principios y conceptos adquiridos a través del constitucionalismo contemporáneo.

No cabe duda, el desarrollo y la innovación tecnológica es un reto nada fácil de enfrentar. Por ello, no hay que esperar a que

el Derecho fije las líneas a seguir. Si bien es cierto, la necesidad de una regulación jurídica de las tecnologías es evidente, al no existir una posición unánime de cómo debe ser, resulta necesario que se realice una reflexión seria y rigurosa que nos proporcione pautas éticas y jurídicas desde las que resolver los problemas que acompañan este nuevo mundo digital.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariès, Philippe y Duby Georges (2005): *Historia de la vida privada*, 3ra. Edición, 4 Tomos, Madrid, Taurus.
- Barlow, John Perry (1996): “A Declaration of Independence of the Cyberspace” en *Electronic Frontier Found.* Disponible en: «[https://www.eff.org/es/cyberspace-independence](https://www EFF.org/es/cyberspace-independence)» [Consultado el 20 de diciembre de 2021].
- Baker, Stephen (2009): *Numerati. Lo saben todo de ti*, Seix Barral, Barcelona.
- Bowyer, Kevin W. (2004): “Face recognition technology: security versus privacy” en *IEEE Technology and Society Magazine*, vol. 23, núm. 1, Primavera, 9-20.
- Del Brío León, Ma. Ángeles (2011): “Bioética y neurociencia: neuroética” en *Revista de Bioética y derecho*, núm. 21, enero, 14-23.
- Carrasco Jiménez, Pedro (2009): *Análisis masivo de datos y contra-terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Castells, Manuel (2006): *La sociedad red: una visión global*, Alianza Editorial, Madrid.
- Celeste, Edoardo (2018): “Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33. 76-99.

- Clippinger, John (2007): *A Crowd of one. The Future of Individual Identity*, Public Affairs, New York.
- Danaher, John (2016): “*The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*” en *Philosophy and Technology*, vol. 29, núm. 3, 245-268. Disponible en: «<https://philpapers.org/archive/DANTTO-13.pdf>» [Consultado el 10 de enero de 2022].
- Fernández Esteban, María Luisa (1998): *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid.
- Fischer, Claude (1994): *America Calling: A Social History of the Telephone to 1940*, University of California Pres, Berkeley, California.
- Fitzgerald, Brian (1999): “Software as Discourse? A Constitutionalism for Information Society” en *Alternative Law Journal*, vol. 24, 144-149.
- Frosini, Vittorio (1986): *L’uomo artificiale. Ética e diritto nell’era planetaria*, Spirali, Milano.
- Gutiérrez D., José Antonio (2008): “Los Falsos Positivos: los horrores de una guerra mediática” en *Anarkismo*, Venezuela. Disponible en: «<https://www.anarkismo.net/article/10199>» [Consultada el día 25 de enero de 2022].
- De Gregorio, Giovanni (2021): “*The rise of digital constitutionalism in the European Union*” en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm 1, January 202, 41–70.
- Häberle, Peter (2001): *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Han, Jiawei *et al.* (2011): *Data mining. Concepts and techniques*, 3a edición, Morgan Kaufmann, Estados Unidos.

- Heidegger, Martín (1967): *Vorträge und Aufsätze*, Pfulligen, Neske, [“La pregunta por la técnica”], Ediciones del Serbal, Barcelona.
- Hesse, Konrad (2001): “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda Ernesto et al., 2a Edición., Marcial Pons, Madrid.
- Hesse, Konrad (1983): *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Holtzman, David H. (2006): *Privacy lost. How Technology is endangering your Privacy*, Jossey-Bass, San Francisco.
- Huergo Lora, Alejandro (2020): *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Pamplona.
- Jiménez, Rafael (2005): *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, 2da. Ed., Marcial Pons, Madrid.
- Karavas, Vagios (2010): “Governance of virtual worlds and the quest for a digital constitution” en *Governance of digital game environments and cultural diversity: Transdisciplinary enquiries*, C. B. Graber (Ed.), Cheltenham & Northampton: Edward Elgar, 153-169.
- La Rue, Frank (2011): “Informe sobre la promoción y protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión”, Organización de las Naciones Unidas, Estados Unidos.
- Laidlaw, Emily (2010): “Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers” en *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 24, núm. 3. Disponible en: «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2667902» [Consultado el 19 de diciembre de 2021].

- Lasalle, José María (2017): *Contra el populismo, cartografía de un totalitarismo postmoderno*, Penguin Random House, Debate, Barcelona.
- Linares, Jorge Enrique (2008): *Ética y mundo tecnológico*, Universidad Nacional Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, México.
- Lucas Verdú, Pablo (1993): *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Negraponte, Nicholas (1996): *El mundo digital*, Ediciones B, Barcelona.
- Nevarés-Muñiz, Dora (2013): “Deliberación en Bioderecho” en *Revista Lumen*, núm. 9, 125–134.
- OCDE (2018): *Plataformas digitales en México*, OCDE. Disponible en: «<https://www.oecd.org/daf/competition/plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico-2018.htm>» [Consultado el 16 de marzo de 2022].
- Padovani, Claudia y Santaniello, Mauro (2018): “Digital Constitutionalism: Fundamental Rights and Power Limitation in the Internet Eco-System”, en *International Communication Gazette*, vol. 80, núm 4, 295-301.
- Pasquale, Frank (2017): “From Territorial to Functional Sovereignty: The Case of Amazon” en *Law & Political Economy*. Disponible en «<https://lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon/>» [Consultado el 19 de diciembre de 2021].
- Pérez López, César y Santín González (2008): *Minería de Datos. Técnicas y Herramientas*, Thomson, Madrid.

Piñar Mañas, José Luis (2009): *Seguridad, Transparencia y Protección de Datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Fundación Alternativas, Madrid.

Ranchordas, Sofia y Goanta, Catalina (2019): “The New City Regulators: Platform and Public Values in Smart and Sharing Cities” en *Computer L. & Security Review*. Disponible en «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3468194» [Consultado el 19 de diciembre de 2021].

Redeker, Dnnise; Gill, Lex y Gasser, U. (2018): “Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights” en *International Communication Gazette*, vol. 80, núm. 4, 302-319. Disponible en «<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1748048518757121>» [Consultado el 15 de diciembre de 2021].

Restak, Richard. (2005): *Nuestro nuevo cerebro. Como la era moderna ha modificado nuestra mente*, Urano. Barcelona.

Rubio, Isabel, (2020): “Las claves de la polémica por el uso de reconocimiento facial en los supermercados de Mercadona”, en *Diario el país*, 6 de julio. Disponible en: «<https://elpais.com/tecnologia/2020-07-06/las-claves-de-la-polemica-por-el-uso-de-reconocimiento-facial-en-los-supermercados-de-mercadona.html>» [Consultado el 15 de diciembre de 2021].

Saldías, Osvaldo (2012): “Patterns of Legalization in the Internet: Do We Need a Constitutional Theory for Internet Law?” en *HIIG Discussion Paper Series No. 8, Humboldt-Universität Zu Berlin Internet & Society Working Paper No. 2/11*. Disponible en: «<https://ssrn.com/abstract=1942161>» [Consultado el 10 de enero de 2022].

Smend, Rudolf (1985): *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Suzor, Nicolas Pierre (2018): *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, vol. 4. ed. 3. Disponible en «<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305118787812>» [Consultado el 15 de diciembre de 2021].
- Suzor, Nicolas Pierre (2010): “*Digital Constitutionalism and the Role of the Rule of Law in the Governance of Virtual Communities*”. Disponible en: «<https://eprints.qut.edu.au/37636/>» [Consultado el 10 de diciembre de 2021].
- Thornhill, Chris (2011): *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Wolf, Cristian (2016): “Modificar los recuerdos”, en *Revista Mente y Cerebro*, núm. 77, 26-31.
- Zagrebelsky Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Gascón, Marina (trad.), Peces Barba, Gregorio (epílogo), Trotta, Valladolid.

Un desafío de las redes sociales: la fiscalización electoral y marcas comerciales en México a través del caso Samuel García [2018]

A social media challenge: electoral oversight and trademarks in Mexico through the Samuel Garcia case [2018].

KARLA VICTORIA GONZÁLEZ BRIONES
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila
ORCID: 0000-0001-9774-0467

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2022
Fecha de aceptación: 01 de mayo de 2022

SUMARIO: I. Introducción. II. Fiscalización de redes sociales en el contexto mexicano. III. Principales criterios jurisprudenciales sobre la fiscalización en redes sociales. IV. Caso *Samuel García vs. INE [2017]*. 1. Antecedentes del caso. 2. Sentencia SUP-REC-887/2018. a. Exhaustividad y valoración de las pruebas. b. ¿El uso de marcas constituye propaganda electoral? V. Redes sociales: ¿libertad de expresión o fiscalización electoral? VI. A manera de conclusión.

RESUMEN: A partir de una investigación documental y del análisis de un caso en particular: *Samuel García vs. INE* se discute si es válido la fiscalización en redes sociales, pero sobre las publicaciones en las que aparecen marcas comerciales, dejando a un lado otras discusiones como la de los *influencers*. En un afán por identificar los principales desafíos para la fiscalización electoral que se vislumbran ante tal supuesto, la investigación se ordena en cuatro apartados, más las conclusiones. En el primero se exponen los principales problemas de la fiscalización de las redes sociales en México. El segundo se centra en analizar la línea jurisprudencial que el TEPJF ha desarrollado al interpretar las reglas que rigen sobre lo publicado en las redes sociales. Posteriormente, se observará lo resuelto en la sentencia SUP-REC-887/2018, en la que la autoridad

busca determinar si las publicaciones en las que aparecen marcas comerciales se deben de fiscalizar y en su caso cuáles son las reglas que se deben de seguir. En el cuarto apartado se examinarán algunas posturas a favor y en contra de la sentencia analizada, a fin de poner en la mesa de discusión la determinación del Alto Tribunal. Finalmente, se presentan las conclusiones.

ABSTRACT: Based on documentary research and the analysis of a particular case: *Samuel García vs. INE* This case discusses whether it is valid to audit social networks, but on publications in which commercial brands appear, leaving aside other discussions such as influencers. To identify the main challenges for electoral auditing that can be glimpsed in the face of such an assumption, the research is organized in four sections, plus the conclusions. The first one presents the main problems of auditing social networks in Mexico. The second focuses on analyzing the jurisprudential line that the TEPJF has developed in interpreting the rules governing what is published on social networks. Subsequently, it will be observed what was resolved in the judgment SUP-REC-887/2018, in which the authority seeks to determine whether the publications in which commercial brands appear must be audited and if so, which are the rules that must be followed. In the fourth section, some positions for and against the analyzed judgment will be examined, to put the High Court's determination on the table for discussion. Finally, conclusions are presented.

PALABRAS CLAVE: *fiscalización; redes sociales; equidad en la contienda; marcas comerciales.*

KEYWORDS: *Auditing; Social Networks; Fairness in the contest; Trademarks.*

I. INTRODUCCIÓN

Para algunos desafortunadamente, y para otros no tanto, los partidos políticos destinan gran parte de su financiamiento a fin de estar en las preferencias del electorado y conquistar el poder¹. Hoy en día si se quiere cumplir con tal objetivo no basta con reali-

¹ Ver más sobre financiamiento: Zovatto 2007; Woldenberg 2002; Santano 2013; Muñoz-Pogossian 2015.

zar actos públicos, colocar posters y murales en la calle o difundir las propuestas por medios de comunicación tradicionales, como lo son la radio y la televisión. Está claro que es necesario buscar e implementar nuevas formas de comunicación política, por ejemplo, el contratar a *influencers*, artistas o cantantes para que realicen spots; crear *trending topic*; promover el uso de *hashtag*, entre otras acciones. Siguiendo esta lógica, las redes sociales han adquirido poco a poco mayor importancia y se ha dado pie a una nueva forma de vender la información (Briones Martín 2014: 5)².

Esto pareciera no ser caótico, al contrario, podría constituir una efectiva alternativa para llegar a un mayor número de personas. Sin embargo, no todo es tan alentador, pues las redes sociales han puesto en jaque al actual sistema de fiscalización mexicano. Pero ¿cuál es un problema? Por un lado, debemos tener claro que las redes sociales facilitan el ejercicio más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión. Bajo esta línea, la autoridad jurisdiccional electoral ha precisado que Facebook, Twitter y YouTube son medios idóneos para ejercer dicho derecho al permitir compartir información y realizar juicios de valor³. Así, se ha precisado que las medidas que puedan impactar a este medio de comunicación deben salvaguardar la libre y genuina interacción entre los usuarios, eliminando potenciales limitaciones (TEPJF, Jurisprudencia 19/2016, 22 junio 2016).

Por el otro lado, no podemos perder de vista que el nuevo sistema de fiscalización mexicano tiene un objetivo claro: salvaguardar el principio de equidad en la contienda, y establecer *una cancha pareja* entre quienes contienden. Si bien es cierto, hay una línea jurisprudencial clara sobre la regulación de algunos medios de comunicación como la radio, televisión y los medios impre-

² En la elección presidencial del 2018 las candidaturas presidenciales declararon que destinaron 106 millones 277 mil 182 pesos en la difusión de videos musicales, spots, publicidad en Facebook, entre otros. Es el segundo mayor gasto de campaña, después de la realizada en la vía pública (Nicolai *et al.* 2018).

³ Se pueden analizar las sentencias: SUP-REP-542/2015 (20 abril 2016) y SUP-JRC-168/2016 (1 junio 2016).

sos, no sucede lo mismo con las redes sociales, al existir lagunas —sobre todo con la difusión de la propaganda, ya sea electoral o gubernamental—.

En consecuencia, tanto la autoridad fiscalizadora como el Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación (TEPJF) —al ser la autoridad que resuelve los medios de impugnación— se han enfrentado ante, principalmente, dos dilemas: 1) identificar cuándo una publicación es un auténtico ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o por el contrario, tiene fines electorales; 2) y las lagunas normativas. Estos dos problemas generan que no se tenga con claridad cuándo y qué tipo de publicaciones se deben fiscalizar.

Sobre las lagunas normativas, de acuerdo con Joaquín Sánchez y Teresa Pintado (2017) existen tres tipos de publicidad: los medios pagados, propios y ganados. Los primeros son aquellos que son contratados para la realización de un servicio, como anuncios en televisión y vallas publicitarias. Usualmente, se producen por la necesidad de generar un alcance en específico o un impulso. Este tipo de publicidad se fiscaliza por la autoridad electoral, sin existir dudas sobre cuál fue el gasto realizado.

Los medios propios son aquellos que se encuentran controlados por una empresa o una persona, por ejemplo, Facebook, los sitios web, aplicaciones móviles. Este tipo de publicidad requiere una mayor producción. En principio, tampoco hay dificultades para fiscalizarla, ya que los partidos políticos deben informar cuánto gastaron en su creación y difusión a través de las redes sociales.

Por último, están los medios ganados que consisten en las publicaciones que se crean espontáneamente derivado de una noticia o de los comentarios en las redes sociales. Estos se generan de manera gratuita, teniendo gran impacto porque es publicidad *orgánica*, genuina y motiva a quienes la consumen para que compartan la información. Se crean a través de las redes sociales y en ocasiones

sin ningún filtro o límite. En otras palabras, es la publicidad que no se paga, ni en principio, se puede cuantificar el beneficio, ya sea económico o político. Precisamente, es el tipo de publicidad que se analizará en este trabajo.

Los medios ganados por sí solos ya resultan problemáticos al momento de querer cuantificar el gasto realizado para poder fiscalizar. Pero se puede complejizar aún más al analizar las publicaciones en las que se visualizan fotografías de candidaturas portando ropa de equipos de fútbol o con alguna marca comercial.

En un afán por identificar los principales desafíos para la fiscalización electoral que se vislumbran ante tal supuesto, la investigación se ordena en cuatro apartados, más las conclusiones. En el primero se exponen los principales problemas de la fiscalización de las redes sociales en México. El segundo se centra en analizar la línea jurisprudencial que el TEPJF ha desarrollado al interpretar las reglas que rigen sobre lo publicado en las redes sociales. Posteriormente, se observará lo resuelto en la sentencia SUP-REC-887/2018, en la que la autoridad busca determinar si las publicaciones en las que aparecen marcas comerciales se deben de fiscalizar y en su caso cuáles son las reglas que se deben de seguir. En el cuarto apartado se examinarán algunas posturas a favor y en contra de la sentencia analizada, a fin de poner en la mesa de discusión la determinación del Alto Tribunal. Finalmente, se presentan las conclusiones.

Este análisis se nutre de información documental y del análisis de un caso en particular: *Samuel García vs. INE*. En este sentido, es importante precisar que el objeto de análisis de la discusión exclusivamente versa sobre la fiscalización en redes sociales, pero sobre las publicaciones en las que aparecen marcas comerciales, dejando a un lado otras discusiones como la de los *influencers*.

II. FISCALIZACIÓN DE REDES SOCIALES EN EL CONTEXTO MEXICANO

En la Opinión Consultiva 5/85 “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló por primera vez que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento es una piedra angular en las sociedades democráticas⁴. Posteriormente, en la sentencia *Ricardo Canese vs. Paraguay* sostuvo que los Estados deben proteger y garantizar el ejercicio de este derecho en el debate político durante el proceso electoral, ello “implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información” (Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 agosto 2004).

No hay duda de que el derecho a la libertad de expresión es de suma importancia para los sistemas democráticos porque permite que la ciudadanía se encuentre informada y así puedan elegir libremente a sus representantes. En consecuencia, los Estados deben proteger y salvaguardar este derecho, sin establecer mayores límites que los previstos en los tratados internacionales y sus constituciones.

Un medio para ejercer esta prerrogativa es el Internet. En términos de lo establecido por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la libertad de Opinión y de Expresión, el Internet es un medio de comunicación que ha permitido que las personas se puedan comunicar de manera instantánea y con un bajo costo (Asamblea General,

⁴ Este argumento se ha reiterado en repetidas ocasiones. Ver más: Comisión IDH, Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión; Corte IDH, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006; Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004; Corte IDH, *Ríos y otros vs. Venezuela*, 28 de enero de 2009; Corte IDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, 28 de enero de 2009.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/66/290, 10 de agosto de 2011: párr. 10).

Por su parte, la Organización de Estados Americanos (OEA) señaló en la Resolución AG/RES.2792 (XLII-O/12), “Utilización de las telecomunicaciones/ tecnologías de la información y la comunicación para crear una sociedad de la Información Integradora” (4 junio 2012), que las tecnologías de la información son “esenciales para el desarrollo político, económico, social y cultural, como también esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales”.

En esta misma línea, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA identificó que “las características particulares de internet deben ser tomadas en cuenta al momento de regular o valorar alguna conducta generada en este medio, ya que justo estas hacen que sea un medio privilegiado para el ejercicio democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión” (2013). Asimismo, la Comisión de Venecia, en el Informe sobre Tecnologías Digitales y Elecciones del 2019, se pronunció en contra de la posibilidad de regular las interacciones en las redes sociales en el periodo electoral, ya que considera al Internet como un medio idóneo para ejercer la libertad de expresión.

Siguiendo esta lógica, se ha precisado que las características del Internet ayudan en la consolidación de la democracia. En la actualidad, su importancia deriva, entre otras cosas, en que aunque alguna candidatura o partido político no cuente con grandes recursos económicos para hacer campañas en los medios de comunicación tradicionales o en la calle, pueden recurrir a las redes sociales y llegar a muchas personas, por ejemplo, al convertir su candidatura o alguna publicación en *tendencia*.

Un claro ejemplo de la importancia del Internet en los procesos electorales es el caso de la elección presidencial del 2006 (México),

en el cual fue recurrente la difusión de correos electrónicos y la creación de blogs personales, sobre todo por parte de los entonces candidatos presidenciales Felipe Calderón Hinojosa y Andrés Manuel López Obrador (Meneses Rocha y Bañuelos Capistrán 2009: 5). En específico, la difusión de estos correos electrónicos provocó la realización de diseños y edición de videos a través de programas computacionales como *Photoshop*, *Flash*, entre otros.

En dicho proceso electoral no se habían establecido las reglas mínimas que se debían respetar para la difusión de la información a través de este medio de comunicación. Mucho menos se preveía alguna regulación en la norma electoral —en específico la relacionada con la fiscalización—, se desconocía qué elementos se debían cuantificar, cuáles no y de qué forma.

Si bien, es a partir del 2008 cuando la plataforma de Facebook y Twitter comienzan a ganar espacio en el ámbito público (Cárdenas López 2018), es hasta el 2014 cuando el reglamento de Fiscalización del Instituto Nacional Electoral (INE) reguló el monitoreo en los medios digitales. En particular, la fracción 4 del artículo 199 del Reglamento puntualiza que dentro de la cuantificación de los gastos de campañas se deben contemplar aquellos relativos a los gastos de propaganda⁵, entre los que se encuentran los anuncios pagados en Internet.

En específico, sobre este tipo de gastos se contempla:

“d) Gastos de producción de los mensajes para radio y televisión: comprenden los realizados para el pago de servicios profesionales; uso de equipo técnico, locaciones o estudios de grabación y producción, así como los demás inherentes al mismo objetivo.

⁵ Algunos de los gastos de campaña previstos en la normativa son: propaganda —volantes, mantas, pancartas, equipo de sonido—; gastos operativos de la campaña —sueldos y salarios de la persona eventual, la renta de inmuebles y muebles—; los gastos de propaganda en diarios, revistas y otros medios impresos; producción de los mensajes para radio y televisión; estudios, sondeos y encuestas que den a conocer las preferencias electorales; gastos de la jornada electoral.

e) Gastos de anuncios pagados en internet: Comprenden los realizados en inserciones, banners, tweets, anuncios, cuentas de redes sociales, páginas de Internet, así como otros similares por los que se haya efectuado un gasto y tengan como finalidad promover la campaña de un partido político o candidato” (énfasis añadido) (artículo 199 del Reglamento de Fiscalización).

En principio, de la lectura del inciso e) se deduce que no basta con realizar un pago, también es necesario que con esa publicación se promueva la campaña política o una candidatura. Siguiendo esta lógica, se puede afirmar que las reglas de fiscalización de las redes sociales son claras y se deben actualizar dos elementos.

Entonces, es correcta la interpretación respecto a que los elementos se deben entender de manera indisoluble. Bajo esta línea, ¿qué sucede si no se actualiza alguno de los dos elementos? La lógica nos dice que, al hacer una interpretación textual de la norma, en primera instancia se puede afirmar que si algún partido político, candidato o candidata realiza alguna publicación sin la intención de promoverse, no se debería contar como gasto de campaña. O, por el contrario, si se tiene la intención de convencer al electorado de una candidatura, pero no se paga por la publicación tampoco se está incurriendo en la normativa electoral.

Dicho de otra forma, no hay duda de que se deben fiscalizar los gastos de los anuncios pagados en internet y los pagos realizados para la producción y post-producción de los mensajes. En consecuencia, se puede concluir que necesariamente se debe pagar o entregar algo a cambio por el servicio para que se pueda fiscalizar. Pero surge la duda: ¿se puede fiscalizar la propaganda ganada?

Esta disyuntiva se engrandece toda vez que la realidad nos demuestra todo lo contrario. En los procesos electorales se puede visualizar publicidad no pagada que genera un impacto diferenciado entre quienes contienden, beneficiando o perjudicando a algunas candidaturas.

Sin embargo, esta idea resulta vencible porque la Tesis X/2015 sostiene que la interpretación de las normas en materia de fiscalización no necesariamente implica que se realice de forma gramatical. En otras palabras, la normativa sobre fiscalización establece que se deben actualizar dos elementos, pero la tesis afirma que no es necesario que se realice una interpretación gramatical de las normas sobre fiscalización.

Por otro lado, tal como se ha precisado el Reglamento de Fiscalización en su artículo 199, inciso e) establece que los gastos de propaganda digital incluyen las inserciones, banners, tweets, anuncios, cuentas de redes sociales, páginas de Internet, etcétera. Igualmente, el propio Reglamento en sus artículos 143, inciso d)⁶, 203, 215 y 379 señala la forma en la cual las candidaturas deben publicar la lista de proveedores y los montos asignados, así como la forma en la que se comprueban los gastos de propaganda. Partiendo de estos preceptos, Rubén Vázquez afirma que las reglas tienen imprecisiones:

- 1) Costos fijos vs. subastas: la ley señala que se debe dar a conocer el costo unitario por cada anuncio, pero esto no es fácil ya que la contratación en Internet es mediante un modelo de subasta o *real time bidding*⁷. En este modelo se coloca un anuncio, se incluyen palabras clave, datos sociodemográficos del público o los intereses de la audiencia. Entre las ventajas se encuentra

⁶ El artículo sostiene que en el caso de la propaganda contratada en internet, los sujetos obligados deberán establecer en el informe de gastos: el nombre de la empresa con la que se contrató la colocación, las fechas en las que se colocó la propaganda, las direcciones electrónicas en las que se colocó, el número de póliza de diario con la que se creó el pasivo correspondiente, el valor unitario de cada tipo de propaganda, el nombre del beneficiado, y en el caso de subcontratación de un proveedor extranjero se debe detallar los conceptos gastados.

⁷ Este sistema consiste en la subasta *online* de espacios publicitarios en tiempo real. Es decir, es un modelo donde “los anunciantes eligen el local, la audiencia y el momento ideal para generar impacto con su anuncio. En términos generales, podemos decir que es el modelo de adquisición de impresiones por medio de un sistema de pujas y que el principal objetivo es proporcionar la publicidad adecuada para los clientes potenciales” (Pereda 2019).

que un especialista puede optimizar el presupuesto con el objetivo de utilizar poco dinero e impactar en la mayor cantidad de personas. Sin embargo, al contratar este tipo de publicidad no se puede cuantificar anuncio por anuncio. Así que la fiscalización es imprecisa (Vázquez 2018).

- 2) Campañas negras, direccionamiento de la opinión pública digital y *bots*⁸: en el reglamento se precisa que tanto las candidaturas como proveedores deben explicar dónde y cómo gastan los recursos. Sin embargo, las redes sociales propician que cualquier persona pueda iniciar una campaña propagandística desde cualquier lugar, sin que necesariamente pertenezca a algún partido político (Vázquez 2018). Esto impulsa a la creación y difusión desmedida de las noticias falsas o *fake news* que en ocasiones son resultado de una estrategia de campaña⁹.
- 3) Colaboración con las plataformas: no hay ningún reglamento o normativa que obligue a Facebook, Twitter o Google para que informe cuánto han invertido los candidatos o los partidos políticos en la publicidad digital. Ni mucho menos para que señalen a aquellas personas ajenas que han invertido en la difusión de las noticias falsas (Vázquez 2018)¹⁰.

⁸ Algunas sentencias sobre este tema son: SUP-JRC-165/2008, 26 octubre 2008 y SUP-REP-579/2015, 24 febrero 2016.

⁹ Con el objetivo de combatir la desinformación en las campañas políticas, en las elecciones del 2018, se creó la página *verificado.mx*, en la cual participaron alrededor de 60 medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil y universidades, con el objetivo de analizar las noticias que se difundían durante el periodo electoral y poder identificar aquellas que eran falsas.

¹⁰ El INE ha buscado mecanismos para controlar los gastos que realizan los partidos políticos y candidaturas en Internet. Su primer esfuerzo fue el acuerdo firmado, el 30 de enero de 2018, con la plataforma Facebook a fin de proporcionar información en tiempo real sobre los resultados de la votación, más no para que informara cuánto se paga por publicidad. El acuerdo se encuentra disponible en: «<https://centralectoral.ine.mx/2018/02/13/conoce-el-convenio-de-colaboracion-firmado-entre-el-ine-y-facebook/>» [Consultado el 14 de octubre de 2021]. Desafortunadamente el acuerdo no prevé entre sus objetivos coadyuvar en materia de fiscalización.

Otro problema que se presenta es que el INE fiscaliza las facturas que le entregan, de conformidad a lo establecido en el Reglamento, pero en estas no se detalla qué incluyen los gastos, por ejemplo, videos o páginas que se contratan para afectar a otras candidaturas (Nicolai *et al.* 2018).

En definitiva, no hay duda de que el Internet es importante para el contexto electoral. Sin embargo, la autoridad electoral tiene un gran reto al tratar de establecer las reglas para su regulación. La publicidad en las redes sociales en la práctica es compleja porque en ocasiones es imposible distinguir la publicidad de lo que no lo es, hay imprecisión en lo gastado en las redes sociales, surgen *fake news* o *trending topics* que no se pueden limitar¹¹. Incluso, en ocasiones no son precisamente los partidos políticos o candidatos los que generan dicha publicación. Existen terceros que han provocado complejos problemas en el modelo de fiscalización.

III. PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA FISCALIZACIÓN EN REDES SOCIALES

Las autoridades electorales —jurisdiccionales y administrativas—, desde su trinchera, han realizado esfuerzos para interpretar los límites de la libertad de expresión en las redes sociales, fiscalizar las interacciones y establecer las reglas que se deben seguir. La línea jurisprudencial que se ha marcado es:

- 1) Presunción de espontaneidad: En la jurisprudencia 18/2016 (22 junio 2016) se identifica que la difusión de mensajes en redes sociales debe estar ampliamente protegida por el derecho a la

¹¹ La Sala Superior ha señalado que no existe ninguna normativa que regule las *fake news*, definiéndolas como la “información falsa o reproducción de una falsedad que aparenta reflejar una noticia o una realidad que puede ser difundida a través de internet u otros medios de comunicación y tiene como objetivo influir en opiniones vinculadas con cuestiones públicas como por ejemplo temas políticos o electorales” (TEPJF, SUP-REP-143/2018, 23 agosto 2018: 29).

- libertad de expresión. En este sentido, en primera instancia debe existir una presunción de espontaneidad.
- 2) Importancia de las redes sociales: el TEPJF en la jurisprudencia 19/2016 reafirmó lo señalado por las autoridades internacionales, al señalar que las redes sociales son un medio que posibilitan el ejercicio democrático, abierto y plural de la libertad de expresión. Además, identifica que “cualquier medida que se establezca debe estar orientada, en principio, a salvaguardar la libre y genuina interacción entre los usuarios” (22 junio 2016).
 - 3) Libertad de expresión y propaganda política: durante el proceso electoral 2014-2015 diversos partidos políticos denunciaron ante el INE que personalidades públicas compartieron en Twitter información a favor del Partido Verde Ecologista de México (PVEM)¹². Los argumentos de los actores versaban en que las publicaciones representaban propaganda electoral y se habían realizado en periodo electoral (TEPJF, SUP-REP-016/2016 y SUP-REP-022/2016 acumulado, 20 abril 2016).

La Sala Superior determinó que no se actualizó la infracción porque los tuits se publicaron bajo el libre ejercicio de la libertad de expresión en el contexto político. Sin embargo, sancionó al partido por *culpa in vigilando*¹³ al no adoptar las medidas adecuadas y oportunas para prevenir la difusión de la información.

Esta sentencia es importante porque en ella se concluye que todos los mensajes realizados por cualquier persona, sea famosa o no, tienen la presunción de haberse emitido de manera espontánea; en consecuencia, se encuentran protegidos por el derecho a la

¹² El análisis de la sentencia se concentró en 43 tuits.

¹³ El TEPJF ha señalado que la *culpa in vigilando* es cuando “los partidos pueden ser indirectamente responsables por actos que realizan sus candidatos simpatizantes o personas vinculadas al partido [...] cuando [los partidos políticos] incumplan con su deber de garante, por falta razonable de supervisión o acción para prevenir, impedir, interrumpir o rechazar los actos ilícitos que realizan dichas personas” (SUP-RAP-0176/2010, 9 marzo 2011).

libertad de expresión. Sin embargo, pueden presentarse supuestos en los que los partidos políticos quieran beneficiarse por la popularidad de algún personaje (TEPJF, SUP-REP-016/2016 y SUP-REP-022/2016 acumulado).

Otro factor importante de la sentencia es que se analizaron los elementos: temporalidad —tiempo en que se publicaron— material —contenido del mensaje— y personal —quién realizó la publicación—. Por primera vez se visualiza la importancia de los medios digitales en las elecciones políticas, el impacto que tiene en la sociedad y la falta de regulación¹⁴.

- 4) Las publicaciones en las redes sociales deben respetar las reglas electorales: la Sala Superior en la sentencia SUP-REP-123/2017 resolvió que las redes sociales permiten la comunicación directa e indirecta entre los usuarios, lo que coadyuva a la generación de ideas y opiniones, la difusión de la información y generación de un intercambio o debate. Se reafirma que ello no excluye a los usuarios de sus obligaciones y prohibiciones previstas en la ley (TEPJF, SUP-REP-123/2017, 26 julio 2017). En este sentido, hay distinción entre lo permitido y prohibido para la propaganda de los medios entre las comunicaciones convencionales y las digitales.
- 5) Los gastos de producción de videos se deben fiscalizar: en la resolución SUP-RAP-719/2017 y acumulados se determinó que se debía fiscalizar los gastos de producción y post-producción de los videos en Facebook, a favor del entonces candidato a la Gubernatura del Estado de Coahuila, Miguel Riquelme Solís.

En este caso se impugnó la resolución emitida por el Consejo General del INE (INE/CG501/2017) en la que se determinó

¹⁴ En el proceso electoral 2020-2021 nuevamente se sancionó a este partido por la publicación, en veda electoral, de historias en Instagram. Las frases utilizadas fueron: “voy a votar por el Verde, porque sus propuestas van muy acorde a mi ideología”, “el día de mañana que son las elecciones, voy a votar por el Partido Verde”. Ver más: SUP-RAP-172/2021, 19 agosto 2021.

la existencia de un rebase del tope de gastos de campaña porque no se cuantificaron los gastos de producción y post-producción de ochenta y cuatro videos. La *litis* radica en que el INE, al revisar el informe de gastos de campaña, consideró que la mayoría de los gastos se habían reportado y comprobado debidamente. Sin embargo, en una segunda resolución se cuantificó el valor de ochenta y dos promocionales, concluyendo que no se habían reportado la totalidad de ellos.

El caso es importante porque la Sala Superior, entre otras cosas, señaló que “frente a gastos no reportados o novedosos la autoridad fiscalizadora se encuentra en la posición de valuar un bien o servicio” (SUP-RAP-719/2017 y acumulados: 352). En esta sentencia encontramos otro elemento: todos los gastos realizados a la luz de la propaganda que se utiliza en las redes sociales se deben de fiscalizar.

6) Uso indebido de nombres: el 13 de abril de 2018 el INE emitió el comunicado de prensa núm. 194, manifestando que la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto declaraba improcedente la medida cautelar solicitada por el partido MORENA, en la que se solicitó sancionar a quien resulte responsable por el uso indebido del nombre *Andrés Manuel López, Andrés Manuel* y el acrónimo *AMLO*, en el buscador de Google. A juicio del actor la indexación de las palabras conducía directamente con información correspondiente al entonces candidato José Antonio Meade¹⁵.

En este caso no se sancionó a Meade ni se le solicitó informar el gasto ejercido por este tipo de publicidad, al concluirse que no se confundía a la gente¹⁶.

¹⁵ El comunicado se encuentra disponible en: «<https://centralectoral.ine.mx/2018/04/13/comision-de-quejas-y-denuncias-declara-improcedente-medida-cautelar-solicitada-por-morena/>» [Consultado el 4 de enero de 2022].

¹⁶ Ver más sobre los casos más importantes sobre fiscalización en redes sociales: Catillo y Plascencia 2021.

Ahora bien, hasta este punto podemos afirmar que la línea jurisprudencial del TEPJF era clara y no había duda de que se debían contabilizar los gastos de producción y las publicaciones realizadas en las redes sociales de las candidaturas o partidos políticos¹⁷. Asimismo, se puntualizó que los actores políticos tienen que respetar el derecho a la libertad de expresión, y ante una posible colisión se debe interpretar como un auténtico ejercicio de esta prerrogativa.

Sin embargo, en el 2017 el TEPJF dictó una sentencia que a consideración del INE no se justificaba la fiscalización porque con ésta se limitaba el derecho a la libertad de expresión. Para efectos del trabajo, la sentencia se titula *Caso Samuel García vs. INE [2017]*¹⁸.

Es importante el análisis de esta sentencia porque se pone entre dicho la línea jurisprudencial que hasta el momento había seguido tanto el INE como el TEPJF. Además, surge la pregunta con relación a qué debe prevalecer cuando una candidatura publica fotos en las que se utiliza una playera con alguna marca o imágenes conocidas: la equidad en la contienda o la libertad de expresión.

IV. CASO SAMUEL GARCÍA VS. INE [2017]

1. Antecedentes del caso

Durante el Proceso Electoral Federal 2017-2018 se renovaron 500 cargos en la Cámara de Diputados, 128 en la Cámara de Se-

¹⁷ En el proceso electoral 2020-2021 se emitieron diversas sentencias sobre las publicaciones realizadas por *influencers* (TEPJF, SUP-RAP-180/2021, SUP-RAP-235/2021, SUP-RAP-317/2021; SUP-RAP-399/2021; SUP-JDC-1129/2021, y SUP-JDC-1132/2021, acumulados, 14 septiembre 2021; SUP-REC-1159/2021 y acumulados, 19 agosto 2021; SUP-JRC-144/2021 y SUP-JDC-1139/2021 acumulados, 22 septiembre 2021; SUP-RAP-421/2021, 8 diciembre 2021; SUP-RAP-422/2021, 8 diciembre 2021); edición de videos (SUP-RAP-179/2021, 9 septiembre 2021).

¹⁸ Es importante precisar que para efectos de esta investigación no se analizan las sentencias sobre *influencers*, al no ser objeto de estudio.

nadores y el cargo a la presidencia de la República. Las elecciones tuvieron lugar el primero de julio del 2018.

Días después de los comicios —4 de julio— la Unidad Técnica de Fiscalización recibió el oficio número INE/JLE/NL/UTF-EF-392/2018, remitiéndose el escrito de queja, presentado por José Juan Hernández Hernández, representante propietario del Partido Revolucionario Institucional (PRI) ante el Consejo Local del INE en el Estado de Nuevo León. El actor denunció hechos que a su juicio eran violatorios de la normativa electoral, realizados por Samuel Alejandro García Sepúlveda, entonces candidato al Senado por el principio de mayoría relativa, por el partido Movimiento Ciudadano (MC). Específicamente, se cuestionó el origen, monto, destino y aplicación de los recursos destinados al proceso electoral 2017-2018 y un supuesto rebase del tope de gastos de campaña por la publicidad de diversas publicaciones realizadas en Facebook, por el entonces candidato.

Los argumentos aludidos por Hernández consistían en que presuntamente el entonces candidato no había reportado gastos por el uso de licencias de marcas, personajes y personas públicas o que gozaban de un reconocimiento social, ni gastos por concepto de la personalización de playeras de fútbol. Se solicitó al INE que determinara el monto que representaba el beneficio generado a la campaña de Samuel García y se señalara responsabilidad a los sujetos responsables de la falta.

Los hechos vertidos giraban en torno al supuesto aprovechamiento indebidamente en las redes sociales de las marcas Star Wars, The Home Depot, Tigres, Tecate, Afirme, Coca Cola, Telcel, Cemex, Tolteca, Adal Ramones y Adidas. Toda vez que Samuel había publicado 18 imágenes en su cuenta personal de Facebook, donde aparecía con la playera del Club de Tigres o la playera de la Selección Mexicana¹⁹.

¹⁹ En las playeras se pusieron frases como: “Samuel García” “Senador” y el número 1, debajo de la leyenda #ELNUEVOLEÓN”. En la parte frontal de una playera

Motivado por lo anterior, el INE inició un procedimiento administrativo sancionador en materia de fiscalización, con el objetivo de identificar si el partido MC y su entonces candidato Samuel García habían omitido reportar en el informe de gastos de campaña el pago de derechos para poder utilizar el logotipo de diversas marcas, personajes y la imagen de personas de reconocimiento social, y en su caso, la cuantificación del monto. En particular, se resolvió si los sujetos obligados habían incumplido con lo dispuesto en los artículos 443, numeral 1, inciso c) y f) de la LGIPE; los artículos 25, numeral 1, inciso i), 54, numeral 1, y el 79, numeral 1, inciso b) de la LGPP; los artículos 96, numeral 1 y 127, numeral 1 del Reglamento de Fiscalización.

En su defensa, Juan Miguel Castro Rendón, representante propietario de MC ante el Consejo General del INE, manifestó que:

- 1) Las fotografías publicadas en la red social Facebook fueron en la cuenta personal y no oficial del entonces candidato.
- 2) Cuando se adquiere un bien que se encuentra en el mercado se adquiere el derecho de poder usarlo, poder estamparle algún número, texto, logotipo o lo que se considere idóneo. Ni existe alguna normativa electoral que prohíba el uso de playeras deportivas.
- 3) La utilización de playeras deportivas, por sí misma, no constituye violación a la ley electoral, mucho menos el uso de licencias de las marcas que patrocinan a los equipos de fútbol (SUP-REC-887/2018).

Con la finalidad de adquirir la información necesaria para resolver el asunto, el INE solicitó al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, a la Dirección del Secretariado de la Secretaría Ejecutiva del Instituto Nacional Electoral, al apoderado y/o Representante legal de: Lucasfilm TD, Cervezas Cuauhtémoc Moctezuma S.A de C.V, The Home Depot, Administradora de Marcas R.D. S de

de la Selección Nacional se puso el logotipo del Partido MC.

R.L. de C.V., que respondieran si existían contratos o en su caso la autorización del uso de la marca registrada.

Las personas morales informaron, entre otras cosas, que no recibieron algún pago ya sea en efectivo o en especie para el uso de la marca, ni se otorgaron licencias para efectos de propaganda electoral. En efecto, al adquirir una playera se pueden personalizar con números, frases, nombre de personas o lo que se considere necesario.

Derivado de las investigaciones realizadas y las pruebas presentadas por las partes, el 6 de agosto del 2018, el Consejo General del INE dictó la resolución en donde tomó en consideración lo siguiente:

- 1) Gastos no reportados por uso de licencia de marcas, personajes y personas con reconocimiento social: se consideró que la pretensión del actor se basó en la existencia de un pago de derechos para poder utilizar la imagen de una marca, personaje o persona con reconocimiento social. Sin embargo, de las actuaciones realizadas se desprende que este supuesto no se actualizó. Por lo cual, los titulares de las marcas son los facultados para iniciar las acciones legales que consideren oportunas por el uso ilegal de su marca.

Asimismo, señaló que los patrocinadores de un equipo de fútbol tienen como contraprestación que sus marcas aparezcan en los artículos promocionales, por ejemplo, las playeras. En este sentido, cualquier persona que adquiera los productos los puede personalizar, al encontrarse a la venta y disposición del público en general.

Al analizar si hubo algún beneficio que pudiera constituir alguna infracción a la normativa electoral aplicable se sostuvo que en ninguna de las 18 imágenes en Facebook aparece el título *Publicidad*²⁰; en las publicaciones no se hacía algún llamado al voto; y la

²⁰ Cuando aparece la palabra *Publicidad* significa que se realizó un pago a la red social con la finalidad de que la publicación obtenga una mayor difusión.

red social de Facebook permite que la difusión de la información se realice de manera gratuita y por cualquier persona.

En conclusión, el INE no advirtió que las publicaciones denunciadas hayan otorgado algún beneficio a los sujetos obligados; por lo que no se constituyó ninguna infracción en materia de origen, monto, destino y aplicación de los recursos. Es decir, la autoridad electoral, consideró que las publicaciones realizadas se encontraban amparadas por el derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, en caso de sancionar al candidato a Senador se estaría constituyendo en un acto de censura.

- 2) Gastos no reportados por concepto de las playeras personalizadas: la autoridad electoral, al analizar si el partido político o el candidato adquirieron algún beneficio por la difusión de las fotografías, tomó en consideración:
 - a) Finalidad: a la luz de lo plasmado en las playeras que Samuel García portaba en las fotografías publicadas en su red social, se advirtió que tenían el objetivo de generar un vínculo de afinidad con la afición del equipo de Tigres, la Selección Mexicana y el partido político por el cual postulaba —uno de los logotipos era un león blanco en fondo naranja con la imagen del águila del Mc—.
 - b) Temporalidad: la publicación de las imágenes se desarrolló en el periodo de campaña y el mundial de fútbol celebrado en Rusia.
 - c) Territorialidad: las fotografías se tomaron en el Estado de Nuevo León, entidad por la que el entonces candidato postuló.

De tal modo, la autoridad electoral con fundamento en el artículo 242 de la LGIPE²¹, concluyó que al personalizar las playeras de fútbol se convierten en propaganda electoral fiscalizable. Como consecuencia y al actualizarse la falta prevista en el artículo 79, numeral 1, inciso b) de la Ley General de Partidos Políticos y el

²¹ El artículo hace referencia a qué se debe entender por propaganda electoral.

127, numeral 1 del Reglamento de fiscalización —presentación de los informes sobre gastos de campaña—, el INE, con la finalidad de cuantificar el beneficio generado en la campaña, decidió tomar en consideración los precios vigentes en el mercado.

La autoridad electoral concluyó que la irregularidad identificada correspondió a la omisión de reportar los gastos realizados por el concepto de las 3 playeras personalizadas, por un valor de \$3,957.00²²; considerando una falta grave ordinaria, en virtud de que se vulneraron los valores y principios protegidos en la legislación electoral. Se ordenó a la Unidad Técnica de Fiscalización que se estableciera dicho monto para efectos del tope de gastos de campaña del entonces candidato Samuel García.²³

Los hechos anteriores se pueden resumir en:

- 1) Samuel García, entonces candidato al Senado, publicó en su cuenta personal de Facebook diversas fotografías en las que aparecía con playeras de fútbol que había personalizado con frases y logotipos de su partido político.
- 2) El PRI denunció ante la autoridad electoral que la actuación anterior era violatoria de la normativa electoral en materia de fiscalización porque el denunciado no había informado los gastos realizados en las publicaciones.
- 3) Tras las investigaciones realizadas por el INE se dedujo que no hubo un pago a favor de las marcas o personajes que aparecían en las fotografías. Por consiguiente, las personas morales eran

²² Cuantificó tres playeras de fútbol personalizadas en los siguientes precios: Playera del Tigres: \$1,499.00; playera de la Selección Mexicana de color verde: \$1,439.00; y la playera de la Selección Mexicana de color blanca: \$1,019.99.

²³ El artículo 458, párrafo 5, de la LGIPE y la jurisprudencia 29/2009, señalan que para la individualización de la sanción se debe tomar en cuenta: la gravedad de la responsabilidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar; condiciones socioeconómicas del infractor, las condiciones externas y los medios de ejecución, y la reincidencia en el incumplimiento de las obligaciones.

las acreditadas para demandar a Samuel García por el uso indebido de la imagen.

- 4) Al comprar un bien se adquiere el derecho de uso y goce. Quien lo compra lo puede usar libremente o personalizar a su conveniencia.
- 5) Se acreditó que Samuel García no había reportado el gasto efectuado por las playeras; constituyendo una violación a la normativa aplicable.

En conclusión, el INE no acreditó el beneficio económico al candidato, pero sí consideró que el valor de las playeras no se señaló en el informe de gastos. Sin embargo, no tomó en consideración en su resolución el gasto que se ejerció en la personalización de las playeras.

De la lectura de la resolución se concluye que no se sancionó la publicación de las fotografías, sino el costo de las playeras. Entonces, se podría afirmar que para la autoridad electoral no es violatorio de la normativa electoral las publicaciones que se realizan en las redes sociales.

Sin embargo, el caso no concluyó en la resolución emitida por la autoridad electoral. Al término de la elección y siguiendo lo establecido en las reglas electorales, el Consejo Local del INE entregó la constancia de mayoría a la fórmula de Samuel García y la constancia de asignación de primera minoría. Inconformes con lo anterior, diversos actores recurrieron la actuación y presentaron diversos juicios ante la Sala Monterrey.

2. Sentencia SUP-REC-887/2018²⁴

El 3 de agosto de 2018 la Sala Monterrey emitió la sentencia SM-JIN-1/2018 en la que declaró la nulidad de la votación de algunas casillas, se modificaron los resultados del cómputo, pero no hubo un cambio en la planilla ganadora, declarándose la validez de la elección y la constancia de mayoría. Es importante señalar que la resolución fue dictada, tres días antes del acuerdo emitido por el INE. Por este motivo, la autoridad no tomó en consideración los argumentos y sanción impuestos en materia de fiscalización.

El PRI y otros actores impugnaron la sentencia de la Sala Monterrey, debatiendo que la autoridad jurisdiccional fue omisa en estudiar la causa de nulidad planteada con respecto al rebase de topes de gastos de campaña por la publicación de diversas fotografías en sus redes sociales, por parte de los candidatos Samuel García y Víctor Oswaldo Fuente.

Tres meses después, el 19 de octubre de 2018, la Sala Superior dictó la sentencia SUP-REC-887/2018 en la que analizó si la autoridad responsable —Sala Monterrey— había resuelto con exhaustividad la causal de nulidad planteada sobre el rebase de topes de gastos de campaña y si valoró debidamente las pruebas aportadas en la demanda.

²⁴ En este caso se desprenden otros temas de suma importancia como las publicaciones realizadas por *influencer*, la difusión de memes o el uso de caricaturas, para fines metodológicos solamente se van a analizar las publicaciones realizadas por candidatos o candidatas en las que hayan aparecido marcas comerciales. Sin embargo, es preciso referir que en la sentencia también se analizaron las publicaciones realizadas por Mariana Rodríguez Cantú, entonces novia del ex candidato Samuel García. La Sala determinó que no le generaron algún beneficio económico porque fueron realizadas como parte de un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, al ser publicadas en su cuenta personal y retratar su relación amorosa con el entonces candidato.

a. Exhaustividad y valoración de las pruebas

La Sala Superior consideró que los agravios del recurrente eran esencialmente fundados porque, aunque la Sala Monterrey requirió al INE el dictamen y la resolución de los informes de campaña de los ingresos y egresos de los sujetos denunciados, la sentencia se dictó antes de desahogar el dictamen.

Es importante precisar que la Sala Monterrey no requirió a la autoridad administrativa que informara sobre el estado que tenía el dictamen, las constancias que se habían realizado o un informe preliminar sobre la totalidad de los gastos reportados. Estos elementos a consideración de la Sala Superior pudieron servir para resolver el juicio de inconformidad. Es decir, la autoridad jurisdiccional no requirió las constancias necesarias para el estudio del expediente y resolver sobre la utilización de las marcas comerciales, y en su caso el beneficio que se obtuvo. En consecuencia y con fundamento en el artículo 15, párrafo 2, de la Ley de Medios de Impugnación (LMI)²⁵, la Sala Monterrey no fue exhaustiva al no analizar todas las pruebas.

La Sala Superior consideró que la autoridad responsable no valoró los elementos probatorios de forma integral porque solamente se limitó en esclarecer el supuesto pago de los derechos por el uso de las marcas, y no tomó en consideración el uso indebido de ellas y en su caso el beneficio a favor del candidato²⁶. Tampoco se analizó en conjunto el mecanismo de difusión, las característi-

²⁵ El artículo señala que la carga probatoria recae sobre las partes. La autoridad jurisdiccional tiene la atribución discrecional de solicitar a las autoridades federales, estatales, municipales, candidatos, agrupaciones, partidos políticos y particulares, cualquier información que considere idónea para dictar la resolución.

²⁶ Con respecto a este principio, en la jurisprudencia 43/2002 se establece que todas las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales, tienen la obligación de estudiar complementariamente todos y cada una de las pretensiones y no únicamente algún aspecto concreto, con la finalidad de proteger la certeza jurídica.

cas, si se trataba de propaganda electoral o si existía una estrategia sistemática y reiterada con el fin de obtener un beneficio.

La Sala Superior concluyó que la Sala Monterrey solo se había limitado a solicitar al INE el dictamen y no estudió si se actualizaba la nulidad de la elección tomando en cuenta los elementos existentes en el expediente.

b. ¿El uso de marcas es propaganda electoral?

La Sala Superior en primera instancia no distinguió si la utilización de las playeras de fútbol se debía cuantificar como gastos de campaña. Más bien, si el uso de las marcas se debía considerar como aportación prohibida, para así determinar si la actuación de Samuel García implicaba el uso indebido de publicidad comercial como propaganda electoral.

Para ello, sostuvo que una aportación en efectivo o en especie por un ente prohibido debía tener los siguientes elementos.

“Objeto: existencia de un bien o cosa fungible o no fungible, tangible o no tangible que produzca un beneficio a un sujeto obligado en materia de fiscalización.

Tercero: que el propietario del objeto sea un ente prohibido por la ley.

Sujeto: que el beneficiado por el objeto sea un sujeto obligado en materia de fiscalización.

Tipo de conducta (acción u omisión): por la naturaleza de las aportaciones, directas o indirectas, se trata de acciones u omisiones por parte del tercero y del sujeto que permiten que el beneficio acontezca.

Beneficio: que el objeto favorezca al sujeto obligado de forma económica, política o propagandística y represente un concepto de gasto que en condiciones ordinarias hubiera tenido que pagar de sus recursos (financiamiento) al tercero para obtenerlo.

Deslinde: que el tercero o el sujeto obligado hayan sido omisos en rechazar la existencia del beneficio acontecido” (SUP-REC-887/2018).

En primera instancia, la Sala Monterrey afirmó que todas las personas que tengan una candidatura pueden difundir información, publicar comentarios, imágenes, videos o materiales, por su derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando no se rebasen los límites constitucionales²⁷. Además, que las personas utilicen alguna prenda de vestir donde se exhiban marcas comerciales, o se haga referencia a alguna persona de ficción, no genera por sí mismo una irregularidad a la normativa electoral, sobre todo porque son artículos que cualquier persona puede adquirir y la exhibición de la marca forma parte del diseño de la misma.

Bajo esta línea surge la pregunta: publicar fotografías en redes sociales en las que se visualicen marcas comerciales, ¿constituye propaganda electoral?

Para responder a la interrogante, la Sala Superior tomó en consideración que existen cuatro elementos que permiten distinguir cuando se trata de un comportamiento anómalo de aprovechamiento de una marca para fines electorales:

- 1) Circunstancias de aparición: se debe analizar si la publicación se realiza con el objetivo de aprovecharse del valor de la marca y no como un elemento insignificante. En otras palabras, tomar en consideración si la utilización de la marca tiene alguna razón evidente.
- 2) Autoidentificación: ¿la persona se autoidentifica con la marca, a través del uso que se le da?

²⁷ Los límites al derecho a la libertad de expresión previstos en la Constitución son: no se puede atacar la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o se perturbe el orden político (artículo 6 CPEUM).

- 3) **Sistematicidad:** identificar la frecuencia de la utilización de la marca. En este elemento se debe analizar: “1) que la utilización de una marca se realice de forma frecuente o, 2) que lo recurrente sea la utilización de varias marcas como estrategia política en una campaña” (SUP-REC-887/2018).
- 4) **Integración deliberada de aprovechamiento:** la oportunidad con la que aparece la marca.

En el caso estudiado se tomó en consideración que la publicación de las fotografías se encontraba acompañada de mensajes como:

“En el mercado de #SanPedro400. Amaneció de lujo para ir a la calle a recorridos, siempre con la camiseta de #Tigres bien puesta”, “Día del ÁRBOL. A sembrar desde el SENADO. Y tú ¿Qué prefieres? VIEJO LEÓN O #ELNUEVOLEÓN”; “VAMOS A SER CAMPEONES OTRA VEZ ;VAMOS POR LA SÉPTIMA!”; “COMPARTE/DIFUNDE”; “Hoy gana TIGRES Y MOVIMIENTO CIUDADANO, dos del senador y dos de GIGNAC #ELNUEVOLEÓN”; “En Villaldama y el norte de Nuevo León Tigres y MC ya ganamos #ELNUEVOLEÓN ni Obama tiene esta gente hermosa #SamuelalSenado” (SUP-REC-887/2018) (sic).

La Sala advirtió que en las playeras de fútbol se incluyeron elementos referentes a la candidatura de Samuel García. Al añadirle frases o expresiones no se puede afirmar un *uso ordinario* porque es clara la vinculación que se tiene con el proceso electoral. Es decir, no está prohibido que se añadan frases o imágenes a los objetos personales, la infracción se manifiesta cuando se agregan expresiones, imágenes, nombres o eslogan indudablemente vinculados con la candidatura de una persona. Se concluyó que

“la modalidad en las que se emplearon y difundieron las playeras deportivas, así como las imágenes de figuras de ficción, en cuanto marcas comerciales, en la propaganda política cuestionadas, sí constituye un acto de aprovechamiento de la reputación

ajena (de la marca) y, por tanto, debe ser valuado y contabilizado para efectos del tope de campaña” (SUP-REC-887/2018).

A consideración de la Sala Superior no sólo se realizó propaganda electoral a través de las playeras, también hubo una apropiación o aprovechamiento indebido de las mismas, porque la ciudadanía puede “vincular, relacionar o posicionar” la propaganda política con la marca, y esto puede afectar el principio de equidad y certeza.

En este caso, el candidato y el partido recibieron un apoyo económico, político o propagandístico, traducido en una aportación prohibida al beneficiarse económicamente del uso de una marca, propiedad de una persona jurídica impedida por la ley electoral para realizar aportaciones con fines electorales.

Derivado de los argumentos anteriores, el TEPJF sancionó la personalización de las playeras e imágenes por incluir el nombre del candidato y el eslogan que se utilizó en las campañas políticas. Acto calificado como propaganda electoral, el cual tiene como objetivo promover la postulación de alguien. Tal como lo sostiene la jurisprudencia 37/2010, la propaganda electoral incluye “escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral se difunden con el propósito de presentar ante la ciudadanía, las candidaturas registradas”. La intención que se tiene es persuadir a las personas para obtener el voto. Por lo tanto, se trata de todos los actos que se realizan en el marco de las campañas políticas, que incluyen signos o expresiones²⁸.

La Sala Superior le ordenó al Consejo General del INE que dentro de un plazo de 5 días naturales emitiera una nueva resolución en donde cuantificara los montos del beneficio económico que obtuvo Samuel García y Mc. Para las reglas de la cuantificación

²⁸ Ver más la tesis XIV/2010 en la que se precisa que los institutos políticos, candidatos o precandidatos deben abstenerse de incluir en su propaganda electoral expresiones, símbolos o características semejantes a las de una publicidad comercial. De ser así podría afectar la equidad en la contienda.

del beneficio se estableció que no se debía seguir preponderantemente la lógica del costo de las playeras, sosteniendo que:

“para la determinación del valor del beneficio obtenido, un enfoque que la autoridad fiscalizadora electoral debe evitar en el proceso de valuación es el de las fórmulas o parámetros auténticamente comerciales para definir del costo que podría tener en el mercado las publicaciones, es decir, lo que literalmente podría pagarse a cada uno de los titulares de las marcas involucradas por el derecho de uso” (SUP-REC-887/2018).

Además, señaló que algunas de las reglas que se debían seguir para la cuantificación eran: a) tomar en consideración la naturaleza de la red social y el grado de penetración; b) el número de seguidores, amigos o vínculos que tiene el perfil en que se publica; c) tomar en cuenta la trascendencia que tiene la cuenta en la demarcación geográfica electoral; d) considerar el número de interacciones que se tiene con la publicación, por ejemplo los *like* y los comentarios que se generaron; e) identificar si la interacción obtuvo un sentido positivo o negativo; f) analizar si tuvo alguna variable, por ejemplo si fue una publicación viral, *trending topic* o se convirtió en un *hashtag*.

Tomando en consideración la jurisprudencia podemos afirmar que, en un primer momento, las publicaciones se hicieron con la intención de promover una candidatura a través de la simpatía hacia el equipo de fútbol de Tigres y la Selección Mexicana, aprovechándose indebidamente de la fama de una marca, al plasmar tanto en las playeras como las imágenes mensajes alusivos al proceso electoral. En consecuencia y al actualizarse la infracción se sancionó al entonces candidato. Pero ¿este argumento era lo suficientemente válido, tomando en consideración el derecho a la libertad de expresión y el uso, goce y disfrute de los bienes? En su caso, ¿cómo se cuantificó el beneficio?

En este punto, es importante precisar que al comparar la resolución del INE como autoridad fiscalizadora y la de la Sala Supe-

rior como autoridad jurisdiccional se puede deducir que existe una contradicción de criterios. La primera determinó que no hubo uso indebido de las marcas; basando su análisis en la interpretación del objetivo de los bienes: el uso, goce y disfrute. Además, consideró que es una característica propia de los objetos su personalización. Con relación a las redes sociales, sostuvo que las publicaciones no son violatorias a la normativa electoral, porque no hay una prohibición expresa en la ley.

Por el contrario, el análisis que la Sala Superior hizo fue a la luz del aprovechamiento indebido de las marcas con fines electorales; se sostuvo que el comportamiento fue anormal, realizado de forma frecuente y utilizándose marcas como una estrategia política.

En otras palabras, la autoridad fiscalizadora sostuvo que es válido personalizar los objetos, pero la autoridad jurisdiccional consideró que el uso recurrente de las marcas es lo que lo convierten en una estrategia política; constituyendo propaganda política y fiscalizable. Aquí se percibe un primer dilema: ¿cuántas publicaciones son suficientes para concluir que se desplegó una estrategia política a favor de una candidatura?

Es importante recordar que el acuerdo emitido por el Consejo General consideró que la sanción interpuesta en contra de Samuel García y el Mc constituye una violación al derecho a la libertad de expresión porque las publicaciones en las redes sociales permiten que se difunda la información. Asimismo, consideró que la difusión de la propaganda sólo se realizó en las redes sociales y en caso de conceder la razón al argumento de la obtención de un beneficio, el mismo no es susceptible de ser cuantificado al no existir un parámetro objetivo que lo permita.

A pesar de las consideraciones anteriores, el INE dio cumplimiento a lo ordenado por el TEPJF, siguiendo la siguiente metodología: 1) Tomar en cuenta la totalidad de los seguidores en *Facebook* e *Instagram* que tenían los candidatos y candidatas del Distrito Electoral por el que postulaba Samuel García para la senaduría

por el Estado de Nuevo León. 2) Identificar el total de los recursos destinados en la publicidad en las redes sociales. Es decir, se tomaron en cuenta los gastos que sí se realizaron para otras publicaciones. 3) Cuantificar las interacciones que Samuel García tuvo en las publicaciones.

Las reglas aritméticas que se siguieron fueron:

$$\begin{array}{l}
 \text{Primer paso} \quad \frac{\text{Total de gastos en la propaganda en Internet}}{\text{Número total de seguidores en Facebook e Instagram}} = \text{Costo por seguidor} \\
 \\
 \text{Segundo paso} \quad \text{Costo por Seguidor} \times \text{Interacciones contabilizadas}
 \end{array}$$

Fuente: Creación propia con fundamento en el Acuerdo INE/CG1222/2018

Primer paso: el resultado de esta fórmula fue de \$6.04.

Segundo paso: De las 18 publicaciones que obran en el expediente se analizó el impacto que tuvieron en las redes sociales. Para ello, se sumó cuántas veces se habían compartido, cuántos comentarios recibieron y el total de me gustas. La cantidad resultado de la operación fue de \$196,728.84.

Una vez desarrollado el marco contextual, es importante dejar claro que en el expediente no hay evidencia de la realización de un pago, ni el número de personas que tuvieron acceso a las imágenes. Tampoco se conoce si quienes vieron las publicaciones lo hicieron con simpatía o rechazo. Recordemos que en Nuevo León existen dos equipos de fútbol: Tigres y Rayados; por lo que, la preferencia por parte de su población se encuentra dividida. Desde este punto de vista, utilizar alguna de estas playeras puede traer el mismo beneficio que perjuicio en los electores.

Tal como se puede apreciar, de la lectura de la sentencia, pareciera que: 1) personalizar objetos se traduce en uso indebido de marcas, en este caso para fines electorales; 2) el medio que se

utilizó para la difusión son las redes sociales. Por lo tanto, es válido fiscalizar este medio de comunicación.

No está de más recordar que para fines de este trabajo es trascendental dilucidar si es válido la fiscalización de las publicaciones en las que se utilizan marcas comerciales, realizadas a través de las cuentas personales en las redes sociales. A fin de llegar a una respuesta se debe tomar en consideración, tal como se ha precisado, que a través de las redes sociales se puede ejercer el derecho a la libertad de expresión; medio de comunicación en el que su regulación es compleja debido a su naturaleza.

En este caso, si bien es cierto la difusión de las fotografías se publicaron en el periodo de las campañas políticas, a la par se estaba llevando a cabo el mundial de fútbol. Es decir, diversas personas hablaron de su preferencia hacia algún equipo. Elemento que se debió tomar en cuenta porque Samuel García no fue el único candidato que realizó este tipo de manifestaciones.

Bajo estas condiciones, es importante remarcar que en el Estado de Nuevo León, existen dos equipos de fútbol y una gran rivalidad entre ellos. Así que el impacto que tuvieron las fotografías publicadas por el entonces candidato al Senado pudieron ser positivas o negativas. En otras palabras, las personas se sintieron identificadas o, por el contrario, pudieron sentir repudio.

Asimismo, se debe de tomar en cuenta, tal como lo estableció el INE, que al comprar un bien el propietario tiene derecho a su uso, goce y disfrute. Cada quien puede pintar, marcar, romper o hacer lo que considere más útil o necesario con su bien. En este caso, Samuel García y otros candidatos, candidatas, servidores o personas públicas decidieron plasmar un nombre en las playeras de fútbol de su partido favorito, a fin de manifestar su preferencia y/o personalizar sus bienes. Ello, a su vez, como ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

V. REDES SOCIALES: ¿LIBERTAD DE EXPRESIÓN POLÍTICA O FISCALIZACIÓN ELECTORAL?

Tal como ha quedado claro, en la sentencia se sostuvo que Samuel García, al publicar las fotografías dentro del periodo electoral, se aprovechó indebidamente de las marcas comerciales; en particular, de los derechos de autor y propiedad intelectual. Esto se *tradujo* en un beneficio político.

Un elemento que no se tomó en consideración es que en la misma elección los entonces candidatos a la presidencia de la República, Andrés Manuel López Obrador²⁹ y José Antonio Meade Kuribreña³⁰, igualmente habían subido fotografías en sus cuentas de Facebook donde aparecían con una playera de un equipo deportivo. Sin embargo, ellos no fueron sancionados económicamente. Bajo estas consideraciones, surgen las preguntas: ¿cuál es la diferencia entre los casos? ¿Por qué en ciertas circunstancias sí se fiscaliza y en otras no?

Al seguir la interpretación de la Sala Superior se puede deducir que ambos candidatos utilizaron playeras con fines electorales. El elemento de la personalización no es lo que distingue los casos, ya que Meade y Obrador también pusieron su nombre en las respectivas playeras de futbol. Sin embargo, en este caso no fueron sancionados.

Por otro lado, un elemento que tomó en consideración la Sala Superior fue que las publicaciones no se realizaron espontáneamente. La RAE al definir qué se debe entender por *espontánea*

²⁹ En diversos actos públicos utilizó playeras de equipos deportivos y las personalizó. Ver más en: «<https://www.milenio.com/politica/amlo-tendre-cuidado-promesas-sere-mentiroso>» [Consultado el 7 de noviembre de 2021].

³⁰ El entonces candidato en diversos actos públicos utilizó playeras deportivas personalizadas, por ejemplo del equipo de futbol Santos y de la selección mexicana —decía su apellido—. Ver más en : «<https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/fotos.php?nota=1463112>» [Consultado el 28 de febrero de 2022]; «<http://tmpnoticias.com/meade-se-une-a-la-fiebre-mundialista-y-luce-playera-de-la-seleccion/>» [Consultado el 7 de noviembre de 2019].

señala que es cuando algo se produce aparentemente sin causa, sin cuidado del ser humano o de manera voluntaria³¹. Si hacemos una interpretación gramatical del concepto, podemos señalar que nada se produce sin algún interés o causa. Todas las acciones van a tener un objetivo que puede ser percibido o no al momento de realizar esa acción. Por ejemplo, al publicar una fotografía de manera indirecta se quiere que las personas la vean, le den *like*, la compartan y/o la comenten. También, se puede publicar con un fin de llegar a muchas personas y convertir la foto en *trending topic*. Por lo que conocer la espontaneidad de una acción es algo subjetivo. Ordinariamente es difícil saber cuál es el interés que subyace de la conducta. Esto se complica si quien tiene que descubrirlo y sancionar es la autoridad electoral.

En contraposición encontramos la *sistematización*, entendida como las conductas que se repiten; elemento que para poder calificar, al menos de manera indiciaria, debe existir la intención de cometer la conducta infractora. Hasta el momento el ТЕРПФ no ha podido definir este concepto. Es difícil establecer un número determinado para poder afirmar que estamos ante una conducta sistemática.

Por lo tanto, si no podemos definir con certeza cuando hablamos de una conducta espontánea y cuando de una conducta sistémica, a la luz del derecho a la libertad de expresión, todas las actuaciones se deben proteger y entender como expresiones realizadas de manera espontánea. Ante la duda es preferible decantarnos por la libertad que por el castigo. No se trata de convertirse en un órgano inquisidor que esté calificando lo que se dice y hace en las redes sociales. No es naturaleza del INE y mucho menos del ТЕРПФ.

El problema de querer fiscalizar las manifestaciones de la libertad de expresión, es muy complejo porque siempre habrá casos difíciles que intenten defraudar o abusar del derecho. Por ejemplo,

³¹ Disponible en: «<https://dle.rae.es/espontáneo>» [Consultado el 28 de febrero de 2022].

¿qué pasa si una candidata en algún acto público o en fotografías aparece con una bolsa Tommy Hilfiger? Tomando en consideración los argumentos de la Sala Superior: a) es una conducta sistemática porque se realiza con frecuencia. b) Hay una autoidentificación con la marca porque es la favorita de la candidata. c) Las circunstancias de la aparición de la bolsa es en el contexto electoral. En consecuencia, en principio, esta conducta también se debería fiscalizar. Entonces, la diferencia entre este caso y el de Samuel García, ¿radica en que este último plasmó unas frases en su playera?

A juicio de la Sala Superior el problema no es utilizar marcas, si no introducirles algo relacionado con la campaña política. Sin embargo, no en todos los casos se sigue este criterio. En este contexto, al fiscalizar las marcas, podríamos caer en el absurdo de prohibirle a las personas utilizar ropa o artículos de marca y se les obligaría a utilizar artículos o ropa genérica. Con ello, se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, la intimidad y la privacidad porque se limitaría a las personas el utilizar cierto tipo de ropa o bienes.

Otro elemento que se debe analizar es el beneficio que se obtiene con esa publicidad. A juicio de la Sala Superior, Samuel García tuvo un beneficio político, ya que las personas se sintieron identificadas con las fotografías que publicó. Sin embargo, este argumento es subjetivo, porque no hay ninguna fórmula matemática para poder conocer si una persona se identificó o no. No todas las personas sienten afición con el equipo de fútbol Tigres y puede que haya personas que tampoco sientan afecto hacia la Selección Mexicana. Reconocer anticipadamente el uso de un artículo o marca como un beneficio directo y político es tan simple que, permite sancionar y castigar casi la totalidad de los actos públicos y aquellos ocurridos durante las campañas.

En este caso, la Sala Superior concluyó que el entonces candidato en todos los supuestos se benefició, pero no analizó que esas conductas le pudieran generar un sentimiento de descontento con las personas, por ejemplo, las que le van al equipo de futbol

de Monterrey. Entonces, Samuel García pudo generar simpatía, pero también descontento con los electores. Por lo tanto, no se puede decir de manera mecánica que siempre habrá un beneficio.

En conclusión, la Sala Superior al solicitar al INE que fiscalizara las fotos publicadas por Samuel García, establece que no todas las acciones se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión. Asimismo, señaló que ciertas conductas son reprochables y sancionables.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es una realidad que en los últimos años las redes sociales han jugado un papel importante en las campañas políticas. Bajo esta línea, es necesario entender que constituyen un mecanismo para la libertad de expresión y un medio para que los partidos políticos y sus candidaturas puedan llegar a más personas y así difundir sus propuestas electorales.

Tomando en consideración lo anterior, las reglas de fiscalización electoral se han reformado y adecuado a esta nueva forma de comunicación. Por ello, se prevé en la normativa que los mensajes o anuncios pagados y los gastos que se generen por la producción de estos se deben fiscalizar, a fin de cumplir con el objetivo de salvaguardar la equidad en la contienda y generar un piso mínimo de igualdad en todos los contendientes.

Sin embargo, en el transcurso de las elecciones se ha visualizado que existen lagunas normativas al momento de identificar si una interacción en las redes sociales se debe o no fiscalizar. Antes de las elecciones del 2018 parecía que la jurisprudencia electoral mexicana en materia de publicación en redes sociales era clara, al establecer que las interacciones se debían interpretar como actuaciones espontáneas y no eran sancionables. No obstante, en la sentencia

de Samuel García este criterio cambió, aplicándose una nueva interpretación en un caso en particular.

En este caso, el límite se encuentra en que sí se debe fiscalizar el valor de la playera y lo que se gastó en la personalización porque al final de cuentas sí constituye un elemento propagandístico con fines electorales, pero no se deben fiscalizar el impacto que tuvieron las imágenes, porque por un lado no toda la comunidad se identifica con esa marca comercial, es decir, existe un *beneficio*, pero también perjuicios. Además, si se fiscaliza *el beneficio* se limita el derecho a la libertad de expresión, porque inhibe a las personas para que en futuras elecciones suban fotos a sus cuentas de redes sociales con alguna marca comercial, por lo tanto, es un límite inconstitucional.

Es importante remarcar que la resolución del INE es más protectora del derecho a la libertad de expresión, al cuantificar exclusivamente el costo de la playera, más no el supuesto beneficio obtenido por la publicación. Contrario a lo sostenido por el TEPJF.

En suma, existen aún más incógnitas que respuestas. No se ha podido precisar:

- 1) ¿Cómo identificar una expresión en redes sociales que sea susceptible de fiscalizarse?
- 2) Tampoco sabemos qué elementos debe reunir una publicación para ser sancionable.
- 3) ¿Cómo cuantificar el beneficio electoral?
- 4) ¿Cómo supera un test de proporcionalidad una decisión como la de Samuel García para concluir que la fiscalización electoral prevalece sobre su libertad de usar la ropa que guste y apoyar al equipo de fútbol que quiera, en un perfil privado de una red social?

Interrogantes que se tendrán que dilucidar por las autoridades electorales, siempre en pro del derecho a la libertad de expresión. Lo que hasta el momento debe quedar claro es que:

1) Las publicaciones en las redes sociales en las que no se realice ningún pago para su promoción no deben ser fiscalizadas. La normativa electoral es clara al señalar los elementos para configurar los gastos de campaña. Aunado a que la jurisprudencia ha afirmado que para que se configure la propaganda política, el acto debe tener como objetivo la obtención de votos a favor de un partido político o una candidatura y buscar reducir el número de simpatizantes o votos a favor de los contendientes. Asimismo, el TEPJF ha afirmado que al analizar si estamos bajo el supuesto de propaganda política se debe tomar en cuenta el contenido y la temporalidad.

Realizar una interpretación contraria a lo anterior contraviene la normativa electoral y con ello la certeza jurídica.

2) El uso de marcas comerciales no se puede traducir en un beneficio de carácter político. Tal como se señaló a lo largo del trabajo, en principio al utilizar una marca no se puede afirmar que tenga un beneficio a la campaña política, ya que no todas las personas se encuentran a favor de la compañía. Además, al fiscalizarse entraríamos en el absurdo de prohibirle a las personas que contiendan a un puesto de elección popular el usar su ropa favorita o accesorios en los que se vea una insignia comercial. Es decir, no hay una relación entre la marca y un beneficio político.

3) La regla establecida por la autoridad electoral es arbitraria y carece de fundamento jurídico. Del análisis de las sentencias y acuerdos se desprende que la autoridad fiscalizadora no tomó en consideración diversos factores al realizar la cuantificación de la sanción. No se analizó si las interacciones fueron positivas o negativas, por ejemplo, no se identificaron los comentarios que se hicieron, solo se contabilizó el total, pero no el tipo de mensaje.

La regla aplicada no genera certeza jurídica a los futuros contendientes, ya que es variable dependiendo del número de personas que participan en las elecciones, el recurso destinado y el número de seguidores que tienen. Por lo tanto, podría parecer injusto hacia las personas que tienen muchos seguidores o beneficioso a los que tienen pocos.

Finalmente, tal como se precisó, la medida carece de fundamento jurídico porque ninguna ley establece la regla. Si bien es cierto, la normativa electoral sostiene que en el caso de no conocer el costo de un bien se debe realizar una matriz relativa, en el supuesto realizado, esto no se puede llevar a cabo ya que no hay otro bien con el cual se pueda comparar ni hay una oferta pública.

4) No se justifica la fiscalización de las redes sociales en las que aparezcan marcas comerciales y en las que no se haya generado un pago. En este caso debe prevalecer la protección a derechos como la libertad de expresión y vida privada. No se hizo un test de proporcionalidad a fin de identificar qué debe prevalecer: la equidad en la contienda o la libertad de expresión. En este sentido, la autoridad electoral tuvo que seguir el mismo criterio que hasta el momento había establecido. Es decir, interpretar el actuar de Samuel García como un acto espontáneo en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

Además, tal como se ha afirmado, la determinación no genera certeza jurídica, porque la autoridad fiscalizadora señala en diversas ocasiones, en el cumplimiento de la sentencia, que no se debe seguir el criterio de fiscalizar las interacciones. Pareciera que en próximas situaciones no se va a seguir el criterio.

Se puede concluir que las publicaciones no pagadas realizadas en las redes sociales y en las que aparezca una marca comercial no se deben fiscalizar porque: 1) no hay una norma que exprese dicha prohibición; 2) se debe seguir el criterio que las publicaciones son espontáneas y se deben proteger por el derecho a la libertad de expresión; 3) por la naturaleza misma de las redes no se pue-

de saber el beneficio o perjuicio. Por lo tanto, contabilizar todas las interacciones en sentido positivo, vulnera los derechos de las personas; 4) prohibir el uso de las marcas vulnera el derecho a la vida privada y libertad de expresión.

BIBLIOGRAFÍA

Briones Martín, Blanca (2014): *El uso de las redes sociales para las campañas políticas*, Universidad Pontificia, Grado en Administración y Dirección de Empresas Mención Internacional. Disponible en: «<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/452/TFG000363.pdf?sequence=1&isAllowed=y>» [Consultado el 13 enero 2022].

Cárdenas López, Alejandro (2018): “Gasto en internet y medios digitales de los candidatos a la presidencia de México en 2012”, en *Acequias*, Universidad Iberoamericana Laguna, núm. 21, 3-8.

Castillo, Anaid y Plascencia, Ángeles (2021): “La fiscalización del dinero electoral en riesgo”, en *Ni tribunal ni electoral*, Garza Onofre, Juan Jesús y Reyes, Javier Martín (coords.), UNAM, México. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6499/23.pdf>» [Consultado el 13 enero 2022].

Meneses Rocha, María Elena y Bañuelos Capistrán, Jacob (2009): *Internet y campañas electorales en México. La oportunidad postergada*, Instituto Electoral del Estado de México, México.

Muñoz-Pogossian, Betilde (2015): “Equidad en el financiamiento de campañas en América Latina y sus implicaciones para la competitividad electoral: una mirada a las elecciones en Centroamérica, 2010-2014”, en *Colombia Internacional*, núm. 85, 53-80.

Nicolai, Aldo *et al.* (2018): “La fiscalización de las campañas electorales en internet”, en *Gatapardo*. Disponible en: «<https://gatapardo.com/noticias-actuales/fiscalizacion-campanas-electorales-2018/>» [Consultado el 13 enero 2022].

Perada, Melina (2019): *RTB o Real Time Bidding: descubre cómo hacer una subasta en tiempo real en la publicidad digital*, en Blog. Disponible en: «<https://rockcontent.com/es/blog/rtb/>» [Consultado el 13 enero 2022].

Sánchez Herrera, Joaquín y Pintado Blanco, Teresa (2017): *Nuevas tendencias en comunicación estratégica*, ESIC Editorial, tercera edición, Madrid.

Santano, Ana Claudia (2013): *El análisis constitucional del sistema de financiación pública de partidos políticos en España*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.

Woldenberg, José (2002): “El financiamiento en la política”, en *Partidos Políticos: democracia interna y financiamiento de pre-campañas*, Hernández Martínez, María del Pilar (coord.) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 303-311.

Vázquez, Rubén (2018): “Falla fiscalización sobre las campañas digitales”, en *Forbes*, 21 junio. Disponible en: «<https://www.forbes.com.mx/la-incorrecta-fiscalizacion-del-ine-sobre-de-las-campanas-digitales/>» [Consultado el 25 enero 2022].

Zovatto, Daniel (2007): “XXIX. El financiamiento electoral: subvenciones y gastos”, en *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America*, IDEA Internacional, Estocolmo, 744-794.

El Internet de las cosas: la importancia de salvaguardar el derecho a la privacidad y el derecho humano al Internet

The Internet of Things: the importance of safeguarding the right to privacy and the human right to the Internet

DIANA VANESSA GUTIÉRREZ ESPINOZA

Academia Interamericana de Derechos Humanos

Universidad Autónoma de Coahuila

ORCID: 0000-0002-5300-5505

VÍCTOR M. VERA GARCÍA

Academia Interamericana de Derechos Humanos

Universidad Autónoma de Coahuila

ORCID: 0000-0002-9360-3067

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2022

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué es el Internet de las cosas? 1. Origen, definición y alcances. 2. Las problemáticas que trae consigo. III. Derechos humanos involucrados en el IoT. 1. El derecho humano al Internet. 2. El derecho humano a la privacidad. IV. Propuestas para solucionar el dilema entre la necesidad de privacidad e información. 1. Las hipótesis de la prohibición y la libertad. 2. La hipótesis de la regulación. V. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo describe los problemas que surgen a raíz del fenómeno llamado el Internet de las cosas, que es la conexión masiva de objetos de la vida cotidiana al Internet. Estos problemas se dan principalmente en el ámbito de la privacidad de las personas. Por tal motivo se presentan diversos argumentos y planteamientos para armonizar el derecho a la privacidad y el derecho humano al Internet.

ABSTRACT: This paper describes the problems arising from the phenomenon called the Internet of Things, which is the massive connection of everyday objects to the Internet. These problems are mainly related to the privacy of individuals. For this reason, several arguments, and approaches to harmonize the right to privacy and the human right to the Internet are presented.

PALABRAS CLAVE: *derecho a la privacidad, derecho humano al Internet, el Internet de las cosas.*

KEYWORDS: *right to privacy, human right to the Internet, the Internet of Things*

I. INTRODUCCIÓN

Cada día más gente utiliza Internet en el mundo, sobre todo en países con economías emergentes, como Malasia, Brasil o China (Bonilla Fabela *et al.* 2016: 2314). En países desarrollados, la presencia del Internet en la vida cotidiana está ya prácticamente insertada como algo cotidiano, y de hecho, ya muchas interacciones humanas no se pueden llevar a cabo sin la ayuda de esta conexión. Esta conexión se está dando cada vez más a través de dispositivos de uso cotidiano que se comunican entre sí y recogen información de ellos mismos así como de las personas que los utilizan. A esta red de interconexión cada vez más grande, paralela en el mundo real de *world wide web*, se le denomina como el *Internet de las cosas* (IoT por sus siglas en inglés).

Esta tendencia a comunicar cada aspecto de la vida cotidiana y a recoger información está más presente en el mundo. Se estimaba que para el año 2020, 30 mil millones de dispositivos estarían conectados al Internet de las cosas (Dw Documental 2022). Todos estos dispositivos conectados tienen la intención de beneficiar a los seres humanos. Se busca reducir cargas de trabajo que pueden ser automatizadas por las inteligencias virtuales o artificiales. Sin embargo, así como existen aplicaciones benéficas para el IoT,

también existen problemas latentes o presentes, en especial aquellos relacionados con el derecho a la privacidad de las personas.

La información de las personas se ha definido como el nuevo petróleo o una nueva clase de activo (Kuneva 2009: 1). Sin una regulación rigurosa por ejemplo, la información recopilada se puede vender para campañas de marketing y publicidad, lo cual ya se ha hecho con efectos nocivos. No obstante, esa información ahora se utiliza también por los hospitales para prestar atención médica, o por las empresas aseguradoras para decidir a qué personas asegurar y a qué precios vender sus servicios (Orlowski 2020).

En el año 2000 sólo una tercera parte de la información mundial estaba almacenada de forma digital, el resto se encontraba en medios analógicos como el papel, por su parte al menos para 2015 más del 98% de la información de las personas es digital (Gil González 2016: 18). A comienzos de 2022 no es exagerado pensar que el 100% de la información de las personas se encuentra dentro de alguna de las múltiples bases de datos digitales. Debido a lo anterior resulta trascendental fomentar la discusión respecto a la problemática que trae consigo el IoT y en esto es en lo que se enfoca el presente trabajo.

Conviene señalar también que existe un concepto que está muy ligado al IoT, y es el denominado *Big data*, que: “Se refiere a las gigantescas cantidades de información digital controlada por compañías, autoridades y otras organizaciones, y que estén sujetas a un análisis extenso basado en el uso de algoritmos” (Gil González 2016: 17). Podría decirse que el IoT es la herramienta necesaria para que el *Big data* funcione de forma óptima, pues sin aparatos de la vida cotidiana conectados a Internet y utilizados activa y voluntariamente por las personas, resultaría complicado poder recabar esa cantidad masiva de información.

Ahora bien, este artículo se centra primordialmente en entender cómo funciona la comunicación entre cosas a través de Internet y describir consideraciones ya planteadas sobre cómo se puede

regular para salvaguardar la privacidad de las personas. Sin embargo, como el IoT y el *Big data* están tan intrínsecamente relacionados es poco probable pensar que las reflexiones aquí vertidas sólo sirvan para el primer concepto. Teniendo eso en cuenta mucha de la información que existe sobre regulación habla exclusivamente del manejo de los datos ya recopilados, no de la forma en que se recaban los mismos o de las herramientas que se utilizan para ello. Aquí se presenta dicha información y se hacen comentarios al respecto de cómo agregar al IoT en tal regulación.

No obstante, el IoT precisa que se tomen en cuenta cuestiones como micrófonos, cámaras, sensores u otros medios de medición de la información en los objetos conectados a Internet. Dichas cuestiones son las que se comentarán en el presente.

Por otro lado, se abre una acotación en el texto para hablar de un derecho que debe ponderarse al considerar cualquier cuestión de privacidad o de interconexión de las cosas a través del Internet. Este es el derecho humano al Internet, el cual podría definirse como la otra cara en cuestiones relacionadas a la conexión global. Así como hay un problema de privacidad, también existe la falta de información y la necesidad de contar con herramientas útiles para garantizar que los conocimientos y los avances tecnológicos sean disfrutados cada vez más por un mayor número de personas.

Así pues, el orden en que se presentan los tópicos del tema a tratar es como se describe en las siguientes líneas. Primero, se dará una explicación breve de lo que se entiende por el IoT, presentando antecedentes, definiciones y las problemáticas que el fenómeno conlleva. En segundo lugar, se hablará de los derechos humanos que tienen relación con el fenómeno del IoT, como son el derecho al Internet y en especial el derecho a la privacidad. En tercer lugar se expondrán las breves consideraciones que se han tenido respecto a las formas en que se puede resolver jurídicamente el problema de la privacidad de las personas. Finalmente se señalarán las conclusiones derivadas de la investigación.

II. ¿QUÉ ES EL INTERNET DE LAS COSAS?

1. Origen, definición y alcances

El término de IoT surgió en los años noventa, cuando fue acuñado por Kevin Ashton en el contexto de gestión de la cadena de suministro, la cual es el proceso de distribución de productos terminados al consumidor y que inicia desde la etapa de obtención de materiales y su transformación. Este concepto surge prácticamente con la llamada revolución de Internet, cuando se dio por vez primera la posibilidad de la interconexión entre personas a través de aparatos pensados para tal propósito (Mora González 2015: 22).

Ahora bien, el inconveniente que se buscaba resolver en la gestión de la cadena de suministro era la necesidad de recabar información de cada objeto gestionado. La idea era colocar información a cada objeto para poder escanearlo y monitorearlo, revisar su estado dentro de la cadena, pedir que se comportara de cierta forma, así como revisar cualquier otra variable de información (Mora González 2015: 23).

Definir el IoT no es sencillo, pues la tecnología va avanzando y lo que hace unos años parecía el estándar puede que hoy no lo sea ya. Además, la idea que tienen algunos expertos o académicos no es igual que la de otros, pues unas definiciones son amplias mientras que otras están más limitadas. De hecho, existen algunos autores que definen al IoT no como un conjunto de dispositivos o aparatos conectados sino como un ambiente computacional o inteligente, donde coexisten entidades conscientes de su contexto y capaces de comunicarse con otras entidades del ecosistema (Khodadadi 2016: 2). Sin embargo, existen elementos que pueden considerarse esenciales relativos a la idea del IoT y tener así una base común.

Teniendo en cuenta lo anterior distintos autores y autoras dan una serie de definiciones de las cuales se reproducen algunas. Una primera definición establece que el IoT es: “la interconexión en red de objetos -desde los más sofisticados hasta los más mun-

danos- mediante identificadores como sensores, etiquetas RFID (identificación por radiofrecuencia) y direcciones IP (Protocolo de Internet)” (Conner 2010). Otra definición del IoT dice que es: “la interconexión de objetos, cosas, elementos cotidianos a la Internet, a través de diferentes tecnologías como son los dispositivos habilitados con la tecnología inalámbrica abierta como bluetooth, la identificación por radiofrecuencia (RFID), Wi-Fi y los servicios que brindan teléfonos inteligentes, así como sensores y actuadores (dispositivos que permiten la manipulación y control) que estén integrados a los objetos” (Mora González 2015: 22).

Por su parte una tercera definición dada por Wachter menciona que: “El IoT puede referirse a una red de objetos sensores que monitorean y registran aspectos de su entorno y los comportamientos de los usuarios dentro del mismo. Junto a las ya conocidas etiquetas RFID, las redes de sensores inalámbricos y los dispositivos con Bluetooth que han surgido como sensores del IoT” (2018: 436).

De las distintas definiciones señaladas se pueden desprender dos elementos en común. Estos elementos son: 1) una conexión en red a través del Internet; y 2) la interconexión se da entre objetos de uso cotidiano. De hecho, estos elementos permiten diferenciar la tendencia del IoT con aquellas situaciones que empezaron al menos desde la década de los años ochenta en que inició la era computacional y la primitiva conexión a Internet (Gil González 2016: 19).

La diferencia más importante radica en que anteriormente las conexiones a la world wide web eran a través de dispositivos especializados para ese propósito, como computadoras de sobremesa, computadoras portátiles, u otros dispositivos diseñados especializados que ayudaban en tareas a científicos o profesionales en sus respectivos ámbitos, como las computadoras industriales (Dw Documental 2022). Y si bien como se ha dicho anteriormente, este concepto no es nuevo, se podría argumentar que el IoT inició con la creación de los dispositivos inteligentes, empezando por los smartphones. El primero de estos dispositivos, el iPhone fue pre-

sentado por primera vez el 9 de enero de 2007 en la conferencia Macworld (Evans 2011: 2 y 3).

Con el paso de los años cada vez son más y más los aparatos que tienen la etiqueta de *inteligentes*. Los teléfonos son la respuesta más obvia, pero actualmente existen coches, relojes, televisiones, refrigeradores, lámparas, focos, enchufes, licuadoras y hornos de microondas con ese adjetivo; además de los asistentes como Siri, Alexa, Google o Cortana. Es más, el término de inteligente ya se aplica a lugares que cuentan con una red importante de estos artefactos conectados entre sí, y el ejemplo más claro son las denominadas casas inteligentes (Zheng 2018).

Pese a la amplia gama de dispositivos inteligentes que ya existen en el mercado puede afirmarse que el IoT se encuentra en su infancia, pero no es descabellado pensar que, en un futuro no muy lejano, esta interconexión de artefactos de uso cotidiano llegará a todos los aspectos de la vida humana. Desde hace años se habla que la integración de sensores en armarios o maletines podrían crear un inventario de las prendas que se encuentran en los primeros o de los objetos que hay en los segundos (Conner 2010). Prácticamente cualquier tipo de herramienta, utensilio, mueble o vehículo puede ser conectado a través de Internet e interactuar con nuestras otras posesiones.

En las iteraciones más recientes de la Consumer Electronics Show (CES), la feria de electrónica más grande de Estados Unidos, se pueden encontrar inodoros para gatos, inodoros humanos, lavabos, botes de basura, rociadores e incluso pañales que se conectan a Internet (Dw Documental 2022). La expresión que se usa en la actualidad ya ni siquiera es el *Internet de las cosas*, sino el *Internet de todas las cosas* (Harari 2019: 1079).

En cuestión de la conexión a Internet, la imaginación parece ser el límite. Sin embargo, ¿para qué se busca en primer lugar que aparatos electrodomésticos, muebles, prendas de vestir o incluso seres vivos se conecten al Internet? La respuesta es simple

y compleja a la vez. El conectar todo aquello que forma parte de la vida cotidiana de seres humanos hace la vida más sencilla, de eso no hay duda. Desde las cosas más simples como preguntarle a Alexa “¿cómo está el clima?”, hasta el refrigerador inteligente que avisa cuando falta algún insumo como leche o huevo, es demostrado que la conexión a Internet de distintos aparatos quita al ser humano una serie de cargas que hasta el momento aún tiene.

De hecho, el objetivo del IoT es en primer lugar la interconexión de todas las cosas, y en segundo lugar, el asegurarse que todas esas cosas sean inteligentes. En un caso hipotético, de un puente que comunica dos ciudades como el Bay Bridge que conecta San Francisco y Oakland, si este contara con acelerómetros enlazados a Internet, estos mismos podrían registrar el patrón de vibración de fallas inminentes. Así se evitaría que obras como ésta quedaran cerradas por días debido a las reparaciones (Conner 2010).

Respecto a la predisposición de la gente a que se recaben sus datos personales a través de dispositivos inteligentes, la práctica y la experiencia de los primeros años hacen pensar que será más fácil tener la voluntad de las personas en la recabación de sus datos. Según el filósofo e historiador Yuval Noah Harari, la gente estaría más que dispuesta a entregar un poco de su libertad y privacidad para poder hacer más sencilla su vida, puesto que en la nueva religión llamada dataísmo, el estar desconectado del flujo de datos supone arriesgarse a perder incluso el sentido de la vida (Harari 2019: 1087 y ss.). Es por lo anterior que pese a los múltiples movimientos de desconectarse de las redes sociales o de Internet en general que van surgiendo, la realidad para la gran mayoría de personas será entregar voluntariamente un poco de su libertad e información personal a cambio de ese sentido de existencia.

El resolver los problemas técnicos, científicos y de recursos tanto materiales como humanos que impiden una conexión total de las cosas está en manos de las personas expertas. Sin embargo, tras esta breve exposición de lo que significa el IoT no queda duda que es una tendencia que únicamente está creciendo y ganando popula-

riedad. Sus aplicaciones son interesantes, innovadoras y extremadamente útiles. Una red gigantesca de cosas conectadas a Internet y que recaba todos los días datos de sus usuarios, es sumamente benéfica si es usada de forma adecuada y ética. No obstante, no pasa desapercibido que así como existen beneficios de lo anterior, existen también riesgos muy latentes y presentes.

Actualmente ya existen diversos ejemplos de la mala utilización de la información personal, principalmente para la manipulación de la opinión pública o la polarización en campañas electorales como las presidenciales de Estados Unidos en donde Donald Trump resultó electo (Orlowski 2020). Sobre los inminentes riesgos que supone para la privacidad de las personas el IoT, se habla en las siguientes líneas.

2. La problemática que trae consigo

Una vez entendido de dónde viene el IoT, los elementos que conforman su definición y los beneficios para la vida de las personas, toca ahora abordar el tema contrario: la preocupación por un mal manejo de la información de las personas.

Conectar cosas a Internet tiene como ya se desarrolló, la intención de ayudar a mejorar la vida de las personas, ¿cómo se logra esto? Para poder atender a las necesidades de quienes utilizan las cosas inteligentes, estas herramientas o aparatos recopilan toda la información posible de sus usuarios. Desde hábitos cotidianos como la hora en que duerme la gente, a qué hora se despierta en las mañanas, los días que va a trabajar; hasta cuestiones más personales como pasatiempos, ideologías políticas o incluso el historial médico (Orlowski 2020).

De acuerdo con Gil González existen tres riesgos potenciales derivados de la recolección de información personal: 1) el riesgo de llegar a conclusiones erróneas que no son revisadas; 2) el riesgo de tomar decisiones automatizadas sin un razonamiento humano previo; y 3) el riesgo para la privacidad de las personas (2016: 32).

Los dos primeros riesgos son interesantes en sí mismos, sin embargo, el tema principal de este trabajo es la privacidad de las personas, sobre la cual se habla de forma más detallada en siguientes párrafos.

De manera somera se pueden dar ejemplos de tópicos relacionados con el IoT que, de ser empleados sin considerar a los usuarios, pueden suponer un riesgo importante para la privacidad de los mismos. La gran mayoría de estos dispositivos se pueden controlar con comandos de voz, lo cual supone que en los mismos existen micrófonos. Otros tantos de estos dispositivos poseen cámaras o pueden controlar cámaras de forma remota. Y otros más poseen sensores que recogen todo tipo de información, como los relojes inteligentes que pueden medir la presión arterial, el nivel de oxigenación de la sangre y cuántas horas duerme una persona (Baig 2020).

En este sentido las empresas desean saber todo sobre las personas y para algunos este emprendimiento está cruzando límites. ¿Deberían los dispositivos conectados a Internet analizar el cuerpo de las personas? En principio todo se realiza por una razón benéfica, sin embargo, también se han realizado monitoreos violentando la vida privada de las personas y para conceder o denegar tratamientos, seguros y servicios. Una compañía de seguros, por ejemplo, estuvo monitoreando el uso de una máscara oxigenadora para tratar la apnea del sueño en uno de sus pacientes. Dicho paciente no tenía conocimiento de que lo estaban monitoreando y aunado a eso la compañía utilizó dicha información para negarle un nuevo aparato pues argumentaron que este no había sido usado (Dw Documental 2022).

Además de lo anterior, existe también un problema grave que no pasa desapercibido y es el que los datos personales de usuarios de distintas plataformas son recolectados y posteriormente vendidos y transferidos a terceros, generalmente empresas de publicidad que les dan un uso que los usuarios no aceptaron. Esta situación alcanzó notoriedad e indignación cuando salió a la luz que la empresa Cambridge Analytica recolectó datos de millones de usuarios de Facebook sin el conocimiento de ninguno de ellos para dar ase-

soía en las campañas presidenciales de Ted Cruz y Donald Trump en 2016 (Redacción BBC Mundo 2018; Orłowski 2020).

La posibilidad de que algo como lo de Cambridge Analytica se repita crece exponencialmente si no se da una respuesta de regulación ante el rápido desarrollo de las tecnologías que dan forma al IoT y de las cosas conectadas a Internet. Lo anterior debido a que, si ya resultó sencillo recolectar información personal a través de redes sociales, más fácil resultará coleccionar datos de las personas a través de sus teléfonos, carros, bocinas, casas, etcétera.

Existen académicos que piensan en las catastróficas situaciones que las anteriores actividades pueden traer consigo. Por ejemplo, de acuerdo con Morte Ferrer, Weltzer habla ya de las posibilidades de una *dictadura smart* debido a los riesgos derivados del grado de desarrollo que algunas tecnologías están alcanzando (Morte Ferrer 2017: 230).

III. DERECHOS HUMANOS INVOLUCRADOS EN EL IoT

A partir de definir el concepto del IoT y determinar cuáles son sus alcances, es posible fijar dos de los principales derechos que se involucran en el tema: 1) el derecho humano al Internet y 2) el derecho humano a la privacidad. Al tratar de mejorar, hacer más eficientes y rápidos todos los procesos de la vida diaria por medio de las tecnologías, surgen necesidades específicas que deben ser analizadas desde la óptica jurídica.

En este sentido, el IoT es una herramienta para el intercambio de información con la finalidad de facilitar las actividades diarias de las personas. Lo anterior, se resume en la prestación de servicios avanzados a través de interconexión de cosas físicas y/o virtuales. La definición del IoT y su evolución ha traído una amplia gama de ventajas. Sin embargo, la expansión del Internet de las cosas también trajo una serie de desventajas que repercuten en la priva-

cidad y protección de las personas. A continuación, se desarrollan algunas de las principales ideas del derecho al Internet, que contempla las ventajas de la interconexión y el derecho a la privacidad, una necesidad cada vez mayor en un mundo tan interconectado.

1. El derecho humano al Internet

Antes de definir en qué consiste el derecho humano al internet, es necesario mencionar que el Internet forma parte de las Tecnologías de Información y Comunicación (Tic). La evolución y constante transformación de la sociedad, bajo la necesidad de mejorar y agilizar la vida diaria en todos sus ámbitos ha permitido que las TIC estén presentes en todo el mundo.

En este sentido, un aspecto muy importante de las TIC implica que deben ser aprovechadas para lograr el desarrollo integral de las sociedades. Esto se refiere al impulso del potencial humano desde los diversos aspectos, impactando en el ámbito económico y social, en condiciones de igualdad (Sánchez Duarte 2008: 156-157).

Sin duda, el Internet ha sido una herramienta que ha cambiado a la humanidad impactando en diversos aspectos y ha logrado romper barreras para mantener comunicaciones en todo el mundo abriendo paso a la verdadera era de la globalización (Salazar Jaramillo 2014: 283).

Es importante establecer que el origen del Internet se ubica en el año 1969, pero fue hasta los años noventa que el Internet comenzó a extenderse como un servicio atractivo para las personas en general (Trigo Aranda 2004: 3-5). En estos primeros antecedentes del surgimiento del Internet, se puede comparar la evolución de cómo se ha consolidado como una herramienta fundamental transversal en múltiples aspectos de la vida humana, siendo reconocido en la actualidad como un derecho humano.

Ante una sociedad contemporánea con grandes necesidades, el Internet se ha constituido como un derecho humano para todas

las personas. Por tanto, el Internet es un derecho al avance científico y tecnológico al igual que el disfrute de los beneficios que produzca. En el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se reconoce el derecho que toda persona tiene “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

Cabe destacar que el derecho al Internet se vincula con una serie de derechos, esto se relaciona con las características propias de los derechos humanos, como son: la interdependencia e indivisibilidad. Resulta indispensable mencionar la conexión que existe entre el derecho humano al Internet y otros derechos humanos, como son: la educación, el trabajo, el acceso a la información, la libertad de expresión, entre otros.

A partir del derecho a la libertad de expresión es posible empezar a visualizar el reconocimiento del Internet como un derecho humano. En el informe de Frank La Rue, como Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión de 2011, se centra en el derecho que tienen todas las personas para buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por medio del Internet. Entre los puntos más importantes de este documento se destacan:

- 1) Resaltar la importancia de la naturaleza singular y transformadora del Internet que permite el ejercicio de muchos derechos humanos, entre estos la libertad de expresión.
- 2) El Internet como una herramienta para impulsar el progreso de las sociedades.
- 3) El acceso a la infraestructura física y técnica necesaria para acceder en un principio a Internet. Relacionado con la obligación que asumen los Estados para adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso universal al Internet y disminuir la brecha digital (Resolución A/HRC/17/27, 16 mayo 2011).

Fue en 2016, que el Consejo de Derechos Humanos a través de su resolución A/HRC/32/L.20 reconoció la necesidad de promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet, de la cual se destacan los siguientes aspectos:

- 1) La obligación de proteger los derechos de todas las personas en Internet.
- 2) El reconocimiento de la naturaleza mundial y abierta, como fuerza impulsora de aceleración de progresos.
- 3) La vinculación e importancia que tiene el Internet y la educación.
- 4) El acceso al Internet y el impulso para cerrar la brecha digital.
- 5) La importancia de generar confianza en Internet, específicamente en derechos como la libertad de expresión, la privacidad entre otros derechos humanos.

A través de algunos antecedentes mencionados, se ha evidenciado que el Internet es una herramienta indispensable a la que todas las personas deben tener acceso, al ser un vehículo fundamental para poder garantizar muchos otros derechos humanos. En marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia de enfermedad por el virus SARS-Cov2, como emergencia de salud pública e interés internacional. Debido a la situación de emergencia, el mundo se detuvo y las actividades que se realizaban comúnmente transitaron a ser virtuales.

Esta situación que ha perdurado hasta la actualidad (2022), ha permitido concientizar la necesidad fundamental de que todas las personas tengan acceso al Internet. Lo anterior debido a que el Internet es una herramienta fundamental para poder continuar la gran mayoría de las actividades de la vida diaria, especialmente la educación y el trabajo. Las circunstancias actuales han permitido reafirmar la importancia de que los Estados adopten medidas que permitan garantizar el derecho humano al Internet.

2. *El derecho humano a la privacidad*

La privacidad como un derecho humano deriva de la expectativa de seguridad y protección en el ámbito personal. En el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

El derecho a la privacidad, es diferente al derecho a la vida privada entendiendo que este último es más amplio de lo que implica el primero. A lo largo de la historia diferenciar entre estos derechos y establecer su contenido no ha sido sencillo (Piñar Mañas y Recio Gayo 2019: 40).

Del fundamento del derecho a la privacidad se destaca que su redacción se centra en las intervenciones objetivas-materiales que pudieran llegar a sufrir las personas en su ámbito personal. Sin embargo, en la actualidad las interferencias en el ámbito personal han trascendido a la esfera digital debido a la evolución de las TIC y lo fundamental que se ha vuelto el Internet en el panorama mundial actual. Por tanto, las injerencias de la privacidad de las personas es posible observarlas en el uso de las TIC, específicamente del Internet.

Es importante visualizar que si bien el Internet ha traído consigo una infinidad de ventajas para la humanidad en diversos ámbitos y a su vez una serie de consecuencias entre las cuales se ubica la exposición de la privacidad de las personas, como consecuencia del fácil intercambio de información que ofrecen las tecnologías. El derecho a la privacidad tiene un contenido amplio y a lo largo de la historia definir su contenido ha sido una tarea compleja. Para el desarrollo de este texto, nos ubicaremos en el concepto de la privacidad digital.

Como anteriormente se mencionó el derecho a la privacidad, pareciera centrarse en el mundo físico. Sin embargo, la expansión de las TIC y especialmente del Internet ha generado una especial preocupación sobre la protección y seguridad en el ámbito digital e incluso combinar el aspecto físico y el digital, relacionado con el IoT. El concepto de la privacidad digital, aún es abstracto y se encuentra pendiente de ser desarrollado su contenido de manera precisa (ONU Noticias 2018).

En la Resolución A/C.3/71/L.39 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad en la era digital se establece que:

- 1) Todas las personas deben estar protegidas en Internet, incluyendo el derecho a la privacidad.
- 2) Los Estados tienen la obligación de promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en el ciberespacio.
- 3) Los Estados deben respetar y proteger el derecho a la privacidad en el contexto de las comunicaciones digitales.
- 4) Examinar y analizar sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos: la promoción y protección del derecho a la privacidad en la era digital, las garantías procesales, la supervisión y recursos nacionales efectivos.

Por otro lado, en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Del informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) sobre los estándares para una Internet libre, abierta e incluyente deriva una explicación de cada uno de los aspectos mencionados en el artículo 11 de la Convención en el contexto del Internet.

- 1) El derecho a la privacidad, conforme a los estándares interamericanos se refiere a que toda persona debe quedar exenta o inmune a invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de autoridades.
- 2) El domicilio de acuerdo a lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se constituye como el ámbito propio o *natural* de desarrollo personal y familiar del individuo.
- 3) El concepto de correspondencia ha sido ampliado por medio de la jurisprudencia al incluir las comunicaciones telefónicas y a través de nuevas tecnologías como es el Internet (RELE 2016: 74-78).

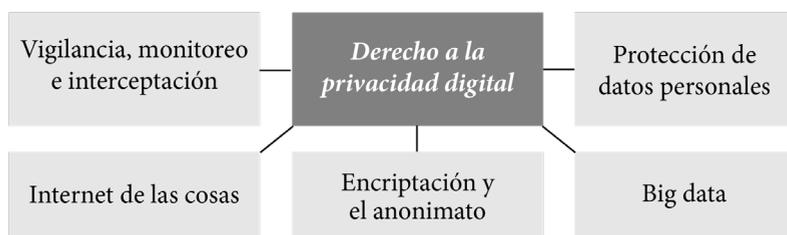
En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que el derecho humano a la privacidad protege cuatro bienes jurídicos:

“a) el derecho a contar con una esfera de cada individuo resistente a las injerencias arbitrarias del Estado o de terceras personas; b) el derecho a gobernarse por reglas propias según el proyecto individual de vida de cada uno; c) el derecho al secreto respecto de lo que se produzcan en ese espacio reservado con la consiguiente prohibición de divulgación o circulación de la información capturada, sin consentimiento del titular, en ese espacio de protección reservado a la persona; y d) el derecho a la propia imagen” (CIDH 2013 párr. 130).

De las disposiciones mencionadas con anterioridad, se establece que, al reconocer al Internet como un derecho humano, por ser una necesidad fundamental en la actualidad para todas las personas surgen las obligaciones generales que tienen los Estados, principalmente respetar y proteger este derecho. Al establecer el contenido de las obligaciones, resulta evidente que no solo es asegurar el acceso al Internet, sino que los Estados tienen el deber de proteger la privacidad en la era digital, adoptando las medidas necesarias y adecuadas para ello.

Al surgir el Internet, no solo se obtuvieron ventajas sino también una serie de desafíos que giran en torno a la protección del derecho a la privacidad de las personas. Ya que no solo es asegurar el acceso al Internet, es brindar un acceso seguro en el que no se vean afectados otros derechos humanos. El Internet se ha constituido como una herramienta indispensable para el desarrollo de todas las personas. Al trasladar el derecho a la privacidad en el uso del Internet, se presentan una serie de dificultades (RELE 2016: 85).

1. Principales problemáticas de la protección del derecho a la privacidad digital



Elaboración propia a partir del informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión sobre los estándares para una Internet libre, abierta e incluyente 2016.

Desde los estándares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se observa que existen obligaciones de los Estados de proteger y respetar el derecho humano al Internet y a su vez proteger la privacidad al usar esta herramienta puntuali-

zando cada estándar de este derecho que se genera en el contexto de la era digital. Sin embargo, aún quedan cuestiones por resolver e interpretar debido a los grandes desafíos por la evolución de las tecnologías y su constante expansión.

En este sentido, es difícil establecer un concepto de la privacidad digital. A continuación, se presentan algunas definiciones que han sido desarrolladas. La primera de ellas se refiere a la privacidad en Internet, se define como “la autonomía individual, la capacidad de elegir, de tomar decisiones informadas en otras palabras, a mantener el control sobre diferentes aspectos de nuestra propia vida” (Terwangne 2012: 54).

Actualmente no existe una definición universal de la privacidad en el Internet, otra de las definiciones es que “consiste en determinar cuándo, cómo y en qué medida los datos personales pueden ser compartidos con terceros” (Internet Society 2017: 1). Establecer el contenido del derecho a la privacidad en el Internet, no es sencillo por los diferentes factores que se involucran entre ellos, la constante evolución de las tecnologías, así como el concepto de datos personales en el uso del Internet y su regulación normativa (Piñar Mañas y Recio Gayo 2019: 39 y 40).

Una de las grandes preocupaciones en la protección del derecho a la privacidad en el ámbito digital es la adopción del IoT. A través del tiempo el uso de Internet se caracterizaba por ser comunicaciones humanas que utilizan la web como una plataforma. Ahora la evolución de las tecnologías ha permitido crear objetos capaces de comunicarse entre sí sin la intervención humana. Lo anterior implica que las personas estarán rodeadas de objetos que recopilan información y la comunican a empresas proveedoras de servicio, siendo una red informática que conecta los objetos con la vida de las personas (RELE 2016: 93).

Sin duda, la introducción total del mundo en la tecnología demanda observar y analizar el fenómeno detenidamente, ya que el uso de las TIC involucra una serie de derechos que deben ser pro-

tegidos. Por ejemplo, los Estados no solo tienen la obligación de garantizar el acceso al Internet, sino que deben adoptar todas las medidas adecuadas para proteger y brindar seguridad respecto a otros derechos, entre ellos el derecho a la privacidad.

Específicamente del IoT, en la interacción de una red de datos de una persona y la conexión entre objetos. Es posible observar que la problemática va más allá del intercambio de datos personales. Ahora la conexión con los objetos, permite la invasión del espacio personal por medio de los dispositivos que se encuentran en la red. Es decir, se tiene una realidad virtual de vigilancia “invisible” en la realidad objetiva (Piñar Mañas 2010: 38).

Si bien, el Internet es una de las más importantes innovaciones, pero debido a su evolución y constante actualización resulta ser impredecible desde el ámbito jurídico. Al recordar el origen del Internet, era imposible imaginar que hoy en día existiría una conexión con las cosas de la vida diaria y que se volvería indispensable y fundamental para todas las personas. De esta idea deriva la necesidad de reconocer el Internet como un derecho humano, también la evolución de la realidad social y la necesidad de adecuar la realidad jurídica.

Específicamente, sobre el IoT es necesario hablar de la compatibilidad del reconocimiento y la garantía del derecho humano a la privacidad. Es indispensable ver el concepto del IoT, no solo en el ámbito individual sino también en el colectivo. En el ámbito colectivo, hoy en día encontramos el concepto de ciudades inteligentes, referente al uso de las tecnologías para la mejora de la infraestructura pública. Desde el ámbito jurídico debe existir una regulación que permita proteger el derecho a la privacidad en IoT en el ámbito individual y colectivo.

IV. PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR EL DILEMA ENTRE LA NECESIDAD DE PRIVACIDAD E INFORMACIÓN

En esta sección se expone una serie de propuestas planteadas anteriormente por académicos o instituciones que podrían tenerse en consideración para resolver el dilema. Se describen las menos verosímiles como son el prohibir completamente o dejar una libertad absoluta que resulta en autorregulación. Lo anterior sólo como un comentario de reflexión académica. De igual manera se habla sobre la respuesta más real y posible que se lleva implementando al menos desde la preocupación por la privacidad derivado del fenómeno *Big data*. Esta hipótesis es la de la regulación por parte de los ordenamientos jurídicos.

1. Las hipótesis de la prohibición y la libertad

La hipótesis de la prohibición es simplemente no permitir la recaudación de datos a través de las cosas inteligentes o prohibir las cosas inteligentes. Como ya se ha visto, el IoT es una tendencia que es muy poco probable que desaparezca. De hecho, las nuevas tecnologías que se van desarrollando tienen como objetivo propiciar que el IoT sea la realidad cotidiana presente en la vida de todas las personas, o al menos de la gran mayoría de estas en el planeta. Por ende pensar que se pueda dar una prohibición como tal en el ordenamiento jurídico de los Estados resulta una idea prácticamente imposible de realizar.

Una hipótesis que no debe ser muy bien vista al momento de regular estas transacciones es el de completa libertad. Una especie de mercado libre de los datos personales. Tal vez en una sociedad más responsable y menos propensa a utilizar sin consideración los datos personales como mercancía podría existir una autorregulación y eso sería suficiente.

De hecho, la autorregulación es la única forma en que se puede dar el supuesto de libertad, la cual se realizaría a través de adop-

ción de códigos éticos, protocolos y otras medidas similares. Esto, en conjunto con las disposiciones de derecho positivo formaría un esquema de heterorregulación (Arellano Toledo 2015: 38). Así pues, la única forma en que sería factible dejar al IoT controlarse de forma propia sería si eso estuviera enmarcado dentro de una normativa de los Estados.

3. La hipótesis de la regulación

La tercera hipótesis de solución del dilema es la de la regulación, y como se adelantaba, es la más obvia, conveniente y realista de las tres hipótesis. Lo anterior debido a que negar por completo o no hacer nada respecto de situaciones fácticas que afectan los derechos de las personas solo trae consigo más problemas e inseguridad jurídica.

Dentro de esta hipótesis es necesario tener en consideración ciertos principios cuyo respeto y observancia son claves. Tales principios son los de:

- 1) legitimidad y consentimiento, esto significa que para que la obtención y manejo de los datos sea legítima el consentimiento debe ser inequívoco;
- 2) limitación de la finalidad, que se refiere a que los datos sólo deben ser usados para el fin que fueron recabados;
- 3) calidad, los datos deben ser adecuados, pertinentes, no excesivos, exactos y actualizados;
- 4) minimización de los datos, lo que se traduce en que solo deben recabarse datos que sean necesarios para el fin que se utilizarán; e
- 5) información y transparencia, que se refiere a la posibilidad de la persona de conocer cuáles datos suyos son manejados por los responsables y/o encargados del tratamiento (González Pedraz 2014: 3).

En las siguientes líneas se hablará de ejemplos de regulación sin una relación aparente más que la de ejemplificar la tendencia más aceptada para resolver el problema que presenta el flujo masivo de datos y el IoT.

A nivel continental se tiene, por ejemplo, el Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea (en adelante el Reglamento) que entró en vigor el 24 de mayo de 2016 y comenzó su aplicación el 25 de mayo de 2018, para dar tiempo a que organizaciones, empresas e instituciones se adaptaran para el cumplimiento del mismo. En este Reglamento ya se encuentran regulaciones respecto al manejo de los datos digitales de las personas y novedades como el derecho al olvido (artículo 17) y la portabilidad de datos (artículo 20). Esta regulación aplica tanto a particulares como a autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea.

En tal Reglamento también se habla de un concepto necesario para garantizar los derechos a la privacidad de las personas, el cual ya se había mencionado y este es el *consentimiento informado*, que se regula en el artículo 7. El consentimiento informado no es otra cosa más que aceptar o negar una situación o condición a conciencia, teniendo a la mano toda la información posible, tanto positiva como negativa y las implicaciones de lo que se está aceptando o negando.

En la regulación del IoT es de suma importancia prestar atención al consentimiento libre e informado, puesto que es con este consentimiento con que comienza la recepción de datos de quienes usan las cosas inteligentes. Pensamos que la mejor forma de atender dicha cuestión debe ser con una separación entre la voluntad de usar el dispositivo inteligente y la voluntad de recabar ciertos datos. Esta última debe ser siempre explícita y no se debe dar por sentado que el emplear dispositivos inteligentes es equivalente a un consentimiento de recabar todos los datos posibles por el citado objeto.

En México hasta 2016 existía la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares de 2010, la cual sólo establecía las obligaciones para el sector privado. Sin embargo, se podía entender que las mismas disposiciones establecidas en la Ley aplicaban para las obligaciones del Estado mexicano en cuanto al tema (Arellano Toledo 2015: 43). Posteriormente en enero de 2017 se promulgó la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, la cual ya regulaba la actuación de las autoridades federales que manejan datos de las personas en el país.

Ambas leyes y las obligaciones señaladas en las mismas recogen lo estipulado por los artículos 6, 7 y 16 de la Constitución mexicana. Estos artículos establecen el derecho de libertad de expresión, que abarca también el de recibir información, el derecho de expresar tales ideas a través de cualquier medio, incluyendo los digitales, así como el derecho a la privacidad, en donde se encuadra la obligación de protección de los datos personales.

V. CONCLUSIONES

Derivado de la investigación presentada se observa que la situación vivida a raíz de la conexión masiva de objetos, así como del fenómeno *Big data* es bastante compleja. En esta realidad se entrelazan los intereses de empresas, gobiernos y particulares. Estos intereses son enteramente benéficos para la vida de los usuarios pues ayudan a cumplir con el derecho humano al Internet. Sin embargo, también benefician económicamente a las empresas privadas y son excelentes herramientas de control para los gobiernos. Es necesario hacer visible esta novedosa problemática, pues el IoT es una realidad que ha llegado para quedarse, al menos en los próximos años y muy probablemente pueda surgir una transformación aún no previsible de la situación en años más lejanos.

Actualmente las tecnologías se han vuelto fundamentales en la vida de las personas, específicamente el uso del Internet. El IoT involucra una interacción entre lo físico y lo digital por medio de una red, facilitando los procesos de intercambio de información e impactando en la eficacia de las actividades cotidianas. Sin duda, la evolución de las tecnologías ha traído consigo muchas ventajas.

Por un lado, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso al Internet a todas las personas, al ser un derecho en sí mismo y a la vez vehículo para alcanzar otros derechos humanos. Pero en un contexto de constante evolución, surge la necesidad de conocer y analizar qué prerrogativas se involucran. Uno de los que se ve involucrado es el derecho a la privacidad, esto se relaciona con una serie de desventajas relacionadas con los avances tecnológicos, donde la privacidad se ve en riesgo.

En este sentido, los Estados no solo tienen la obligación de brindar el acceso al Internet, sino que deben garantizar la protección y la seguridad en el ámbito de la privacidad de todas las personas. El Internet debe ser un espacio seguro, que permita proteger la privacidad. Sin embargo, el IoT presenta una serie de dificultades para garantizar de manera efectiva el derecho a la privacidad, que tienen que ser analizadas desde la óptica jurídica.

El IoT y el flujo masivo de información que se genera gracias a este no hará más que aumentar en los años venideros. Cada vez más objetos se suman a la larga lista de cosas inteligentes y las personas están más que dispuestas a seguir utilizando estos mismos pese a los riesgos de privacidad que puedan suponer. Es deber de los Estados el atender la realidad presente de las personas bajo su custodia y para ello se requiere de una regulación que tome en cuenta el IoT y sus implicaciones en la vida privada de las personas.

La forma en que estas nuevas y rápidamente cambiantes tendencias se vigilarán depende de entender las realidades contemporáneas. Realidades donde se comunican e interconectan con más

facilidad millones de personas en el mundo y sus aparatos inteligentes. Sólo haciendo eso es que se podrá garantizar efectivamente el derecho a la privacidad de las personas en una era que no parece desaparecer pronto del panorama, la era del *Internet de las cosas*.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano Toledo, Wilma (2015): “Gobierno abierto y privacidad: la problemática del Big data y el cómputo en la nube”, en *Virtualis*, vol. 5, núm. 10, 34-59.
- Baig, Edward C. (2020): “Nuevos relojes inteligentes monitorean la salud en vez de la actividad física”, en *AARP*, 28 septiembre. Disponible en: «<https://www.aarp.org/espanol/hogar-familia/tecnologia/info-2020/nuevos-relojes-inteligentes.html>» [Consultado el 4 de febrero de 2022].
- Bonilla Fabela, Isaias, *et al.* (2016): “IoT, el Internet de las cosas y la innovación de sus aplicaciones”, en *VinculaTégica*, año 2, núm. 1, 2313-2340.
- Conner, Margery (2010): *Sensors empower the Internet of Things*, en página web de EDN, 27 mayo. Disponible en: «<https://www.edn.com/sensors-empower-the-internet-of-things/>» [Consultado el 8 de febrero de 2022].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV* (Libertad de Expresión e Internet).
- Dw Documental (2022): *El internet de las cosas - nuestra relación con Internet* | DW Documental, en página web YouTube, 16 enero. Disponible en: «<https://youtu.be/iUbr046La68>» [Consultado el 27 de enero de 2022].

- Evans, Dave (2011): *Internet de las cosas, Cómo la próxima evolución de Internet lo cambia todo*, CISCO. Disponible en: «https://www.cisco.com/c/dam/global/es_mx/solutions/executive/assets/pdf/internet-of-things-iot-ibsg.pdf» [Consulta el 4 de febrero de 2022].
- Gil González, Elena (2016): *Big data, privacidad y protección de datos*, Agencia Española de Protección de Datos, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- González Pedraz, Judith (2014): “Big Data y bibliotecas: convertir datos en conocimiento”, en *IV Jornada Profesional de la Red de Bibliotecas del Instituto Cervantes*, vol. 7, 1-5.
- Harari, Yuval Noah (2019): *Obra completa: Pack con: Sapiens | Homo Deus | 21 lecciones para el siglo XXI*, DEBATE, Edición Kindle.
- Internet Society (2017): *Introducción a la privacidad en Internet*. Disponible en: «<https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-PolicyBrief-Privacy-20151030-es.pdf>» [Consultado el 20 de febrero de 2022].
- Khodadadi, Farzad *et al.* (2017): *Internet of things: An overview*, en página web de Arxiv, 19 marzo. Disponible en: «<https://arxiv.org/abs/1703.06409>» [Consultado el 10 de febrero de 2022].
- Kuneva, Meglena (2009): *Targeting and Profiling*, Roundtable on Online Data Collection, Unión Europea, Bruselas.
- Mora González, Sonia (2015): “Entendiendo el Internet de las cosas Internet of Things (IoT)”, en *Investiga TEC.*, núm. 24, 22-23.
- Morte Ferrer, Ricardo (2017): “Protección de datos/privacidad en la época del Big Data, IoT, wearables...? Sí, más que nunca”, en *Dilemata*, núm. 24, 219-233.

ONU noticias (2018): *Artículo 12: derecho a la intimidad*. Disponible en: «<https://news.un.org/es/story/2018/11/1446671#:~:text=Nos%20permite%20protegernos%20de%20las,nuestras%20comunicaciones%20y%20a%20nuestra%20informaci%C3%B3n>» [Consultado el 16 de febrero de 2022].

Orlowski, Jeff (2020): *The social dilemma*, prod. por Adelman Hallee et. al, Estados Unidos.

Piñar Mañas, José Luis y Recio Gayo, Miguel (2019): “La privacidad en internet” en *La Constitución en la sociedad y economía digitales*, Recio Gayo, Miguel (coord.), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 37-87.

Piñar Mañas, José Luis (2010): “¿Existe la privacidad?” en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, colección INAI, 16-55.

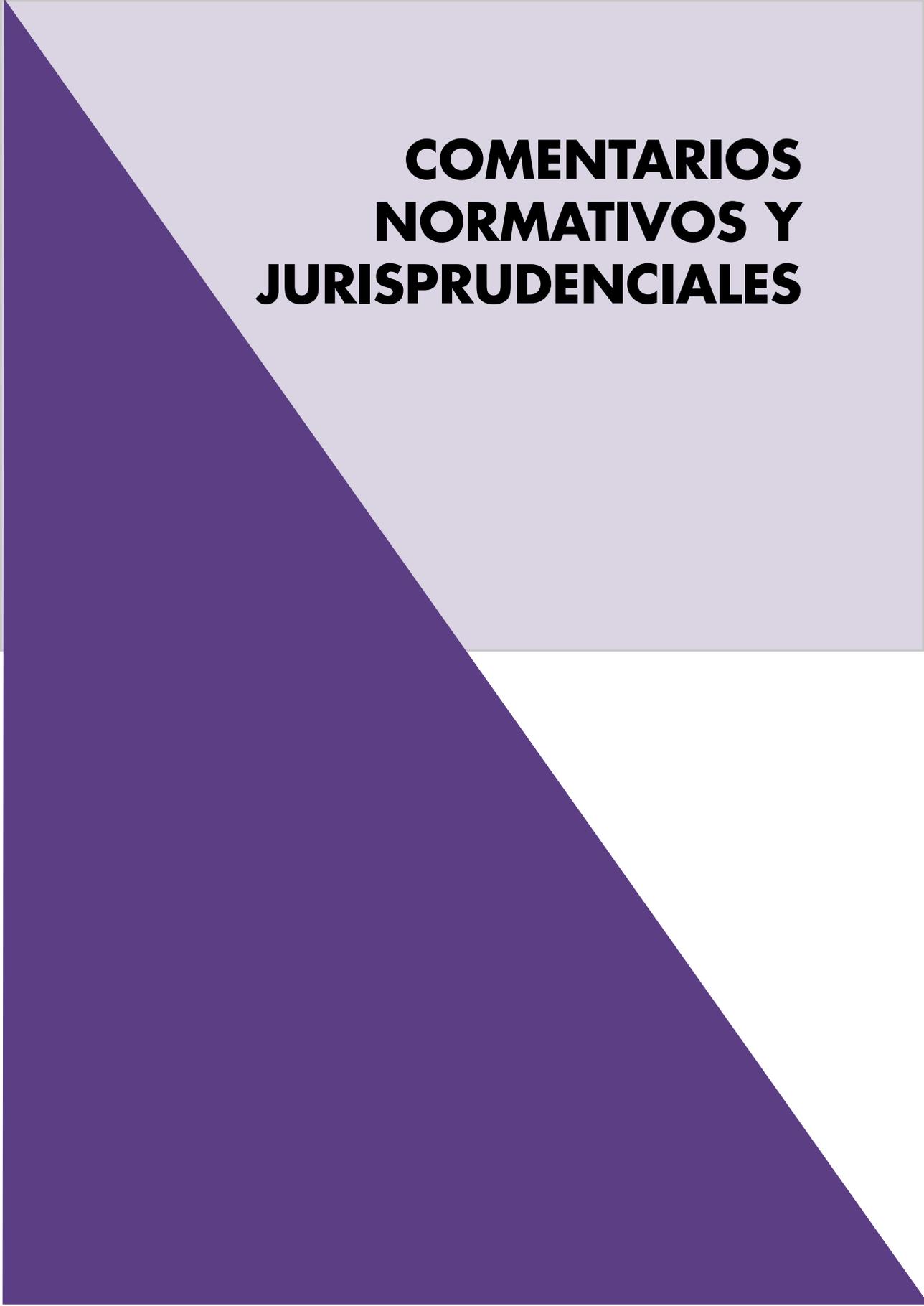
Redacción BBC Mundo (2018): “5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día”, en BBC News, 20 marzo. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>» [Consultado el 18 de febrero de 2022]

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2016): *Estándares para una Internet abierta e incluyente*, Organización de los Estados Americanos, Estados Unidos.

Salazar Jaramillo, Rafael (2014): “Derechos humanos e internet, derecho al olvido, internet y bien público”, en *Revista UPTC*, núm. 24, 279-288.

Sánchez Duarte, Esmeralda (2008): “Las tecnologías de la información y comunicación (Tic) desde una perspectiva social”, en *Revista electrónica Educare*, vol.XII. 155-162.

- de Terwangne, Cécile (2012): “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido” en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13. 53-66.
- Trigo Aranda, Vicente (2014): “Historia y evolución del internet”, en *Revista de la Asociación de Autores Científico-Técnicos y Académicos*, núm. 33. 22-32.
- Wachter, Sandra (2018): “Normative challenges of identification on the Internet of Things: Privacy, profiling, discrimination, and the GDPR”, en *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, vol. 34, núm. 3, 436-449.
- Zheng, Serena *et al.* (2018): “User Perceptions of Smart Home IoT Privacy”, en *Proceedings of the ACM Hum. -Comput. Interact.*, vol. 2, núm. Cscw, 200:1-200:20.



**COMENTARIOS
NORMATIVOS Y
JURISPRUDENCIALES**



Esta sección contiene los razonamientos generados a partir del análisis de la normativa y pronunciamientos judiciales que observan criterios relevantes o novedosos relacionados con los derechos humanos desde una perspectiva nacional, internacional y comparada.

El derecho de acceso universal a Internet en la Carta de Derechos Civiles de Coahuila de Zaragoza

JOSÉ RAFAEL BELANDRIA GARCÍA

*Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila*

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho de acceso universal a Internet en Coahuila. III. El derecho de acceso universal a Internet en el escenario internacional y comparado. IV. Los deberes del Estado de Coahuila en relación con el derecho de acceso universal a Internet. V. El derecho de acceso universal a Internet para asegurar el ejercicio de otros derechos humanos.

I. Introducción

Al comienzos de la segunda mitad del siglo XX surgieron los esbozos tecnológicos de lo que hoy en día es Internet. Desde esa época, pero sobre todo a partir de la masificación de dicha Red en los años noventa del pasado siglo, hasta la fecha actual, se han producido transformaciones sin precedentes a nivel global. Y con ello en los espacios de desenvolvimiento humano, abarcándolos todos.

Este fenómeno representa un interés para el Derecho desde varias aristas, pues ha traído consigo un valioso campo de estudio, ha planteado problemas que no tienen fácil solución y ha modificado inclusive la manera de ejercer la abogacía. Entre esos aspectos está el estudio de los derechos humanos, en especial en la medida en que el acceso a Internet, desde hace algunos años, se concibe como un derecho de esa naturaleza.

Algunas organizaciones internacionales a través de documentos de *soft law* lo establecen de ese modo y también hay países que han optado por esta fórmula. El reconocimiento del acceso a Internet como un derecho humano, así como la posibilidad

de ejercer otros derechos por esa vía, ha conducido, con base en una tesis europea que ordena a los derechos en generaciones, a postular nada menos que una cuarta generación de derechos (Bustamante Donas 2010: 81; Guerrero Martínez 2020: 141) que tiene como protagonista a Internet.

Con relación al reconocimiento de esta circunstancia corresponde señalar que México forma parte de ese conjunto de países, al prever en el artículo 6 de su Constitución Política un derecho de acceso a Internet. Dentro de este contexto está el caso del Estado de Coahuila de Zaragoza, pues a través de la reciente expedición de una carta de derechos se reconoció un derecho de ese calibre.

Este trabajo obedece a esa situación y su objetivo es analizar el acceso universal a Internet desde una visión de los derechos humanos. Para ello se hará referencia a los siguientes temas: el derecho de acceso universal a Internet en Coahuila; el derecho de acceso universal a Internet en el escenario internacional y comparado; los deberes del Estado de Coahuila en relación con el derecho de acceso universal a Internet; y el derecho de acceso universal a Internet para asegurar el ejercicio de otros derechos humanos.

II. El derecho de acceso universal a Internet en Coahuila

El acceso a Internet en el Estado de Coahuila es un derecho humano, de acuerdo con la Carta de Derechos Civiles de Coahuila de Zaragoza. En diciembre de 2021 el Congreso de la entidad aprobó una reforma a la Constitución del Estado¹ que comprendió la modificación de varios preceptos y la expedición de tres Cartas de Derechos Humanos, que son: la Carta de Derechos Civiles; la Carta de Derechos Políticos; y la Carta de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales².

¹ Publicada en el Periódico Oficial de Coahuila de Zaragoza, en fecha 21 de enero de 2022.

² Publicadas en el Periódico Oficial de Coahuila de Zaragoza, en fecha 21 de enero de 2022.

Con relación a Internet, la citada Carta contiene dos preceptos referidos al derecho de acceso y los deberes del Estado en la materia. En primer lugar, está la facultad en sí misma de acceder a la Red en el artículo 129. Esta disposición dice lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho de acceso universal a Internet*”. La misma puede ser evaluada desde las perspectivas internacional y nacional. Conforme a la primera, la norma conecta al Estado de Coahuila con organizaciones internacionales y países que han reconocido el acceso a Internet como un derecho humano. En el plano interno implica asegurar el derecho de acceso a Internet³; la obligación de cerrar la brecha digital; y el ejercicio de otros derechos a través de la Red.

Por otro lado, están los deberes del Estado con respecto al acceso a Internet. En ese sentido, el artículo 130 de la Carta en referencia señala que la entidad federativa, en colaboración con la autoridad federal competente, deberá realizar las acciones necesarias para permitir que “*Internet sea ampliamente disponible, accesible y costeable para todas las personas que requieran el ejercicio de sus derechos ante las autoridades locales o municipales*”. En lo sucesivo se analizarán estos aspectos.

III. El derecho de acceso universal a Internet en el escenario internacional y comparado

En el escenario internacional y a nivel de algunos países se ha reconocido el acceso a Internet como un derecho público subjetivo. La referencia a esas realidades, que se hará a continuación, ofrece elementos para aplicarlos con posterioridad al ámbito del derecho de acceso universal a Internet en Coahuila. En primer lugar, el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización

³ Esto implica, en palabras de Moisés Barrio Andrés, “*garantizar el acceso a ese conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP y cuyo servicio más generalizado ha sido (y es) la World Wide Web*” (Barrio Andrés 2017: 185).

para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), adoptaron el 1º de julio de 2011 la Declaración Conjunta sobre la libertad de expresión e Internet. Esta Declaración reconoce el derecho de acceso a Internet (número 6, literal c) y dice que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a la Red para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión (número 6, literal a). Esa misma norma agrega que el acceso a Internet es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y de asociación, y el derecho a elecciones libres⁴.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Resolución A/HRC/38/L.10 de 2018, referida a la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. Así, sin establecer de manera expresa un derecho de acceso a la Red, este documento contiene un conjunto de declaraciones entre las que conviene destacar las siguientes: “*los mismos derechos que tienen fuera de línea las personas también deben protegerse en línea, en particular la libertad de expresión*” (numeral 1); Internet tiene una naturaleza global y abierta “*como fuerza motriz de la aceleración de los progresos en la consecución del desarrollo en sus diversas formas*” (numeral 2); y exhortó a “*todos los estados a cerrar las brechas digitales*”⁵ (numeral 3)⁶.

⁴ Sobre estas referencias internacionales puede verse nuestro trabajo: Belandria García, José Rafael (2021): “El acceso a Internet y los derechos humanos en el contexto de la protesta”, en *Derechos humanos y empresas*, Bogotá. Disponible en: «<https://derechos-humanos-y-empresas.uexternado.edu.co/2021/07/23/el-acceso-a-internet-y-los-derechos-humanos-en-el-contexto-de-la-protesta>» [Consultado el 23 de febrero de 2022].

⁵ Ídem.

⁶ De manera individual personalidades del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han dejado constancia de las desigualdades en el continente en relación con el acceso a Internet, señalando que grandes sectores

En relación con el derecho de acceso a Internet a nivel de países específicos, haremos referencia a dos casos que hemos seleccionado los cuales pueden constituir un aporte desde el punto de vista teórico y práctico⁷. El primero de ellos es Italia, con la Declaración de Derechos en Internet de la Cámara de Diputados, de fecha 26 de junio de 2015. Esta Declaración fue elaborada por el Parlamento, no por el Gobierno, con una etapa previa de consulta pública y audiencias con personas expertas y no posee valor jurídico (De la Sierra 2022). La Declaración estableció, en su artículo 2.1, el acceso a Internet como un derecho fundamental de la persona; y en el artículo 2.2 las siguientes reglas referidas al acceso universal: *“Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate o aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale”*.

De otra parte, está el caso de España, con su Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁸. En 2018 se modificó esta Ley, derogando la de 1999 y se incorporó en ella un título entero —el X— referido a la garantía de los derechos digitales. Como parte de las novedades, el artículo 81.1 de la Ley Orgánica 3/2018 dice: *“Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica”*. La norma agrega los siguientes elementos: la garantía de un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población (numeral 2); la superación de la brecha de género en el ámbito personal y laboral (numeral 3); la superación de la brecha generacional a través de la formación a las personas mayores (numeral 4); la atención de la realidad específica en los entornos rurales (nume-

de la población no cuentan con el mismo (Sierra Porto 2021).

⁷ Al margen de los mismos, en la doctrina Haideer Miranda Bonilla señala los casos de Francia, a través de la sentencia N° 2009-580 del 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional; y Costa Rica por medio de la sentencia N° 12790-2010 de la Corte Suprema de Justicia (Miranda Bonilla 2016: 20).

⁸ Publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 294, del 6 de diciembre de 2018.

ral 5); y la garantía de condiciones de igualdad para las personas con necesidades especiales (numeral 6).

También en España se presentó el 14 de julio de 2021 la Carta de Derechos Digitales⁹, con referencia expresa al derecho de acceso a Internet. Esta Carta fue elaborada por un Grupo de expertas y expertos, a iniciativa de la Secretaría de Estado de Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, aprobada por ese organismo y —al igual que la Declaración italiana— carece de valor preceptivo. El Capítulo IX de la Carta, bajo el rótulo *Derecho de acceso a Internet*, en su número uno —no artículo¹⁰— establece: “*se promoverá el acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio a Internet para toda la población*”. El número dos, de este mismo Capítulo, añade que los poderes públicos “*combatirán las brechas digitales en todas sus manifestaciones*” con atención especial sobre la brecha territorial, de género, económica, etaria y por discapacidad¹¹.

Por último, como un paso en el reconocimiento del acceso a Internet, cabe destacar una propuesta de la doctrina española (Barrio Andrés 2017: 189) referida a que el derecho de acceso universal a Internet esté previsto en una Carta Internacional de Derechos Digitales, adoptada por los estados a través de un tratado internacional.

⁹ Gobierno de España (2021): “Carta de Derechos Digitales”, Madrid. Disponible en: «https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf» [Consultado el 12 de febrero de 2022].

¹⁰ Se optó por no utilizar este vocablo debido a su naturaleza no jurídica (De la Sierra 2022).

¹¹ Desde el punto de vista jurídico, en nuestra opinión, el objetivo de este documento es ser punto de partida para una agenda legislativa y reglamentaria, así como elemento para la discusión científica y ciudadana con respecto a los derechos digitales.

IV. Los deberes del Estado de Coahuila en relación con el derecho de acceso universal a Internet.

En el ámbito mexicano y a nivel local, los deberes del Estado de Coahuila con relación al derecho de acceso universal a Internet, según el artículo 130 de la Carta de Derechos Civiles, consisten en realizar las acciones necesarias —en colaboración con la entidad federal competente— para que Internet sea ampliamente disponible, accesible y costeable para todas las personas que requieran el ejercicio de sus derechos ante las autoridades locales o municipales.

Para realizar esas acciones se debe considerar el contenido de este derecho. En la doctrina se señala que el derecho de acceso universal a Internet está formado por las siguientes facultades: el derecho de acceso o conexión; el derecho de acceso a las infraestructuras precisas; el derecho a contar con los dispositivos necesarios que permitan ese acceso; y el derecho de acceso a los servicios electrónicos (Barrio Andrés 2017)¹².

La redacción del citado artículo 130 de la Carta de Derechos Civiles parece que circunscribe esos deberes al hecho de que las personas requieran el ejercicio de sus derechos ante las autoridades locales o municipales. Sin embargo, desde el punto de vista del funcionamiento del Estado y a la luz de los derechos humanos, ello no es así o no debe ser. En nuestra opinión, el Estado en todo caso debe asegurar que Internet sea ampliamente disponible, accesible y costeable para todas las personas.

De manera adicional, cuando se precisan los deberes del Estado es necesario en nuestro criterio acudir a un derecho importantísimo como es la igualdad. En México la Constitución Política establece en su artículo 4° el derecho a la igualdad. La norma suprema señala además que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la

¹² En la vertiente negativa cabe citar el derecho a la no conexión, el derecho a no acceder a esas infraestructuras y el derecho a no acceder a los servicios electrónicos.

Constitución, así como que queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico, nacional, de género, edad, discapacidades, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana (artículo 1º). Por su parte, la Constitución Política de Coahuila establece que las personas son iguales ante la ley (artículo 7º); que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 7º-D); y que dentro del territorio del Estado toda persona gozará de los derechos reconocidos en esa Constitución, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que México sea parte (artículo 7º).

El marco constitucional que antecede debe llevarnos a explorar la posición de las personas frente al acceso a Internet. En particular, se trata de la circunstancia que en el lenguaje tecnológico se conoce como la *brecha digital*. Por regla la misma comporta la obligación de cerrar resquicios —a veces abismos— que constituyen formas de desigualdad. Por lo que concierne al derecho bajo análisis esa brecha se refiere a la desigualdad en el acceso y uso de la Red.

Con base en circunstancias de tipo espacial, de edad, género y tecnológicas, así como a partir de los casos citados de Italia y España, la brecha digital puede ser: geográfica, generacional, de género, por capacidades especiales y según la velocidad. Desde la óptica de los derechos humanos estas desigualdades se deben cerrar. Sabemos ya —sin que esté de más recordar— que la Constitución mexicana y la Constitución estatal establecen el derecho a la igualdad.

De allí que, esos resquicios o diferencias en el acceso a Internet, de existir o mantenerse, pueden significar una violación al derecho constitucional a la igualdad. En particular puede suponer una desigualdad entre los entornos rurales y las ciudades (brecha geográfica); entre las personas adultas mayores y las personas que no lo son (brecha generacional); entre los hombres y las mujeres (de género); entre personas con discapacidades o capacidades especiales y las que no las tienen (brecha por capacidades especiales); e incluso

en atención a la velocidad en el acceso a Internet, pues se afirma que hay una Internet de dos velocidades al menos.

Por colocar de relieve algunas de esas facetas, es preciso añadir que en los entornos rurales el acceso a Internet es a veces deficiente y en ciertos lugares simplemente no existe. En el caso de las personas adultas mayores se deben implementar jornadas de capacitación para que quienes lo requieran accedan a los conocimientos para usar la Red o dispongan de equipos tecnológicos en lugares públicos (computadores, conexión a Internet, etc.) para concretar ese acceso. En el caso de las mujeres también puede ocurrir este fenómeno, en relación con los hombres, siendo que esa brecha puede experimentar modalidades como son (Queralt Jiménez 2022): de acceso y uso; de visibilidad; y por violencia.

En consecuencia, con respecto al derecho de acceso universal a Internet, el Estado de Coahuila de Zaragoza tiene los deberes señalados en el artículo 130 de la Carta de Derechos Civiles. Esto a su vez permite materializar el contenido del mencionado derecho e implica desplegar acciones tecnológicas, económicas y humanas por parte de esa entidad federativa para tales fines. En nuestra opinión, los deberes del Estado deben estar dirigidos en todo caso a asegurar que Internet sea ampliamente disponible, accesible y costeable para todas las personas. A la par, se hallan unos deberes implícitos que se deducen del derecho a la igualdad, los cuales consisten en cerrar la brecha digital conforme a las modalidades descritas.

V. El derecho de acceso universal a Internet para asegurar el ejercicio de otros derechos humanos

El acceso universal a Internet no es un fin en sí mismo, sino un medio para acceder a la información, al conocimiento, para intercambiar opiniones, para relacionarse con los órganos del Estado y otras posibilidades (Passaglia 2021: 41). Es innegable que existe una relación entre el acceso a Internet y los derechos humanos,

pues Internet es un vehículo para el ejercicio de derechos humanos de distinta naturaleza.

Detrás del reconocimiento del acceso universal a Internet como un derecho autónomo, se halla —o debe estar— la intención de que las personas a través de esta tecnología ejerzan sus derechos y libertades. En nuestro criterio, el acceso a Internet como señala el artículo 130 de la Carta de Derechos Civiles de Coahuila no se debe limitar a la necesidad de ejercicio de los derechos ante las autoridades locales o municipales y por el contrario debe ser más amplio. Para apreciar la importancia de Internet en el ejercicio de otros derechos haremos referencia a los siguientes ejemplos.

Siguiendo una de las clasificaciones de los derechos humanos —la que adoptan las Cartas de Derechos aprobadas en Coahuila en 2021— el derecho de acceso universal a Internet sirve para asegurar el ejercicio de derechos: civiles; políticos; económicos, sociales, culturales y ambientales. Entre los primeros podemos citar el derecho a la libertad de expresión (artículo 132 de la Carta de Derechos Civiles) y el derecho de acceso a la información pública (artículo 128 de la Carta de Derechos Civiles). Hoy en día la opinión libre circula —navega para ser más precisos— por las páginas en Internet, los correos electrónicos, las plataformas de entretenimiento y las redes sociales. Lo mismo sucede con el acceso a la información pública, por ejemplo: la relativa a las competencias, organización y funcionamiento de los órganos del Estado, donde la dinámica entre solicitudes y respuestas puede ser intensa.

En el ámbito de los derechos políticos está la participación ciudadana en asuntos públicos (artículo 60 de la Carta de Derechos Políticos). El voto por Internet, las sugerencias sobre temas de interés general y los encuentros con partidos políticos o con autoridades municipales o locales, con ejercicio simultáneo del derecho de reunión y asociación o sin ellos, son manifestación de la

importancia de Internet en los derechos políticos y la participación ciudadana.

Con relación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se encuentran la libertad de empresa, la educación, la cultura y la protección del medio ambiente. En efecto, Internet sirve y mucho para fomentar la empresa, pues es básica para la gran mayoría de sociedades mercantiles en el Estado y esto sin olvidar los negocios basados en tecnologías emergentes o disruptivas — como el Internet de las cosas, la Inteligencia Artificial, el Blockchain— donde Internet hace posible ese modelo económico. Para la educación es indispensable el acceso universal a Internet, bien sea para impartir la docencia (cosa que se ha acrecentado con la pandemia de covid-19), para el aprendizaje o para la investigación. En el caso de la cultura cabe señalar, entre otras manifestaciones, la posibilidad de apreciar cine por Internet o las colecciones de museos, incluso lejanos, a través de la Red. En relación con el medio ambiente la utilidad del Internet, en nuestro criterio, es doble. En efecto, puede servir para campañas educativas o para discutir sobre energías respetuosas con el mismo, así como mediante otros derechos evitar traslados o desplazamientos protegiendo el entorno ambiental.

Para finalizar debemos decir que el derecho de acceso universal a Internet y el ejercicio de los derechos humanos por medio de esta Red, se enfrenta en esta época a unos retos y desafíos específicos. A nivel de la entidad federativa, hacer realidad el derecho en referencia implica utilizar la mejor tecnología disponible en cada momento, invertir recursos financieros y capacitar recurso humano, así como utilizar el mejor talento, para colocar en marcha todo ese andamiaje, de modo que exista para todos un derecho de esta naturaleza y permita el ejercicio de otros derechos y libertades.

Bibliografía

- Barrio Andrés, Moisés (2017): *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la Red*, e-book, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- Belandria García, José Rafael (2021): “El acceso a Internet y los derechos humanos en el contexto de la protesta”, en *Derechos humanos y empresas*, Bogotá. Disponible en: «<https://derechos-humanos-y-empresas.uexternado.edu.co/2021/07/23/el-acceso-a-internet-y-los-derechos-humanos-en-el-contexto-de-la-protesta>» [Consultado el 23 de febrero de 2022].
- Bustamante Donas, Javier (2010): “Segundos pensamientos. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, en *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación) octubre-diciembre*, número 85, 80-85.
- De la Sierra, Susana (2022): “Una Introducción a la Carta de Derechos Digitales”, en *Academia*. Disponible en: «https://www.academia.edu/63954480/Una_introducci%C3%B3n_a_la_Carta_de_Derechos_Digitales_Susana_de_la_Sierra_PRE_PRINT» [Consultado el 20 de febrero de 2022].
- Gobierno de España (2021): “Carta de Derechos Digitales”, Madrid. Disponible en: «https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf» [Consultado el 12 de febrero de 2022].
- Guerrero Martínez, Rodolfo (2020): “Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y la comunicación”, en *Derechos Fundamentales a Debate*, número 12, 137-149.
- Miranda Bonilla, Haideer (2016): “El acceso a Internet como derecho fundamental”, en *Revista Jurídica IUS Doctrina*, Volumen 9, número 15, 1-23.

Passaglia, Paolo (2021): “La problemática definición del acceso a Internet y sus repercusiones sobre las exclusiones sociales y discriminaciones potenciales”, en *Akademia, Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos*, Volumen IV, número II, 13-44.

Queralt Jiménez, Argelia (2022): “El mundo digital: un nuevo ámbito de discriminación entre hombres y mujeres”, en *IberICONnect el Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*, Madrid. Disponible en: «https://www.ibericonnect.blog/2022/02/el-mundo-digital-un-nuevo-ambito-de-discriminacion-entre-hombres-y-mujeres/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=Nuevas+tendencias+en+la+regulaci%C3%B3n+de+la+publicidad+pol%C3%ADtica+online+en+Europa» [Consultado el 20 de febrero de 2022].

Sierra Porto, Humberto (2021): “Entrevista a Humberto Sierra Porto”, en *IberICONnect el Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*, Madrid. Disponible en: «<https://www.ibericonnect.blog/2021/03/entrevista-a-humberto-antonio-sierra-porto>» [Consultado el 12 de febrero de 2022].

El debate de la libertad de expresión en redes sociales a raíz de la sentencia SUP-JRC-168/2016

FRANCISCO DUARTE TELLO

Instituto Coahuilense de Acceso a la Información Pública

SUMARIO: I. Introducción. II. Hechos generales y argumentación de la Primera Sala del TEPJF. III. Estándares y restricciones del derecho a la libertad de expresión. IV. Reflexiones finales: La importancia de la libre expresión en una sociedad democrática.

I. Introducción

La libertad de expresión se ha manejado constantemente como un derecho inherente y esencial que tienen las personas para poder expresar sus ideas, opiniones y emociones. Este derecho históricamente se ha enfrentado a dilemas y conflictos que han generado debate al hablar sobre sus límites los cuales “terminan en cuanto comienza el derecho de la otra persona”. A nivel internacional se han delimitado los alcances del ejercicio de cada derecho siendo un ejemplo de ello la creación de criterios en torno al ejercicio de los derechos humanos en el año de 1977, en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas en su *resolución 32/130* establecería la calidad de interdependencia como un factor limitante del ejercicio de los derechos humanos de las personas, justificado en un vínculo que une a todos los derechos y libertades fundamentales entre sí, y que por ende, genera una conexión entre estos causando un efecto dominó al vulnerar alguno de ellos.

Por tanto, la libertad de expresión, si bien constituye un derecho inherente y esencial que tiene el ser humano de poder expresar sus ideas, opiniones y emociones, de igual forma debe cuidar que en su práctica no rompa la conexión existente con algún otro derecho.

La libre expresión se convertiría en uno de los pilares fundamentales del sistema democrático, debido a que alimenta el debate público e incentiva a participar a la ciudadanía en los asuntos de carácter público.

La llegada de la evolución tecnológica y su reciente crecimiento debido a la situación de pandemia provocada por el COVID-19, generó mayor grado de participación ciudadana, específicamente dentro de las redes sociales¹, que tuvieron un aumento en la cantidad de millones de usuarios que acceden a ellas, generando un debate sobre el uso de la libre expresión en estas redes.

A raíz del uso generalizado de las redes sociales el acceso a la información generó otra problemática, pues las personas deben de seguir los criterios y limitaciones al ejercicio de su libre expresión. En este sentido, el derecho a la libertad de expresión, en conjunto con el acceso a la información pública, han creado un nuevo escenario en el contexto político de la democracia actual pues debido a esta nueva interacción de los gobernados con el Estado al realizar el acceso, búsqueda y solicitud de información, hace que los Estados no solo tengan la obligación de proteger, respetar y dar cumplimiento a esto, sino también, de establecer los parámetros a seguir para crear un equilibrio entre estos derechos y hacerlos efectivos sin provocar un daño a la interdependencia generada entre ellos o hacia más derechos.

En el presente comentario, veremos un poco el debate en torno a la delimitación y tolerancia generada a raíz de la sentencia emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante TEPJF), en donde, deja ver el marco de tolerancia que debe

¹ Estudios realizados por compañías de investigación y mercado como Emarketer, Pewresearch y emarsys establecen un crecimiento considerable en los últimos años sobre el uso de redes sociales teniendo un aproximado de tres mil quinientos millones de usuarios activos en internet a diario. Disponible en «<https://www.oberlo.com.mx/blog/estadisticasredessociales#:~:text=Resumen%3A%20Estad%C3%ADsticas%20de%20Redes%20Sociales%202021&text=Existen%202.000%20millones%20de%20usuarios,usuarios%20activos%20de%20redes%20sociales>».

de existir en beneficio del debate democrático desde la óptica electoral (TEPJF, *SUP-JRC-168/2016*, 1 de junio de 2016).

II. Hechos generales y argumentación de la Primera Sala del TEPJF

En la sentencia emitida por el TEPJF se establecieron ciertos criterios en relación a la libre expresión en el contexto de las redes sociales. La denuncia se originó en el año 2016 por parte de un representante suplente del Partido Revolucionario Institucional en contra de Miguel Ángel Yunes Linares y el Partido Acción Nacional. El Organismo Público Local Electoral de Veracruz recibió dicha denuncia en la cual el denunciante alegó que se habían realizado actos anticipados de campaña al proceso electoral para el cargo de gobernador.

El 20 de abril de 2016 el Tribunal Electoral de Veracruz declaró inexistente la violación interpuesta por el denunciante. El 25 de abril del mismo año se presentó el Juicio de Revisión Constitucional Electoral que fue integrado a la ponencia del Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar de la Sala Superior del TEPJF.

El material relevante de esta sentencia en el asunto que nos ocupa es conocer cómo una parte de la Sala Superior interpretó el derecho a la libre expresión en torno a las redes sociales. Para indagar un poco más en el caso, los hechos de la denuncia recaían en la existencia de una cuenta de la red social *Facebook*, la cual pertenece al candidato Miguel Ángel Yunes Linares al cargo de Gobernador Constitucional del Estado de Veracruz.

El hecho radicó, por un lado, en la existencia de dos vídeos subidos por el candidato, los cuales contenían como título “No a las foto multas” y “Verificación vehicular”. De igual forma, la página contenía dos entrevistas en radio hechas al entonces precandidato, una nota informativa difundida en radio y una nota periodística en un portal de internet denominado “Versiones, los distintos ángulos de la noticia”, siendo esta última donde el precandidato

afirmaría que quitaría las foto multas y la verificación vehicular al llegar al gobierno.

En resumen, el Tribunal local determinó que no había existencia de las violaciones reclamadas, argumentando que *Facebook* es un espacio libre que no puede ser objeto de verificación política o de conteo de votos. También se argumentó que las publicaciones realizadas por el precandidato no tenían como finalidad lograr una influencia en el electorado ni la obtención del voto previo a la campaña electoral, pues en sus vídeos solo se hacía referencia a una concepción política y crítica por parte del propietario de la cuenta.

La Sala Superior estableció que en el caso de la libertad de expresión protegida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 6°, si bien debe de ser respetada en los sitios de libre difusión como *Facebook*, esto no implica que los sujetos obligados en materia electoral hagan omisión de sus obligaciones si el uso de dichas redes sociales incumple con alguna de ellas. La Sala sin embargo, reiteraría la decisión del tribunal local aludiendo que no existió violación debido a que los contenidos difundidos no tuvieron actos derivados de una campaña electoral previa (TEPJF, *SUP-JRC-168/2016*, 1 de junio de 2016).

Posteriormente, la Sala haría una exhaustiva argumentación en cuanto a conceptos electorales como qué significan las campañas, cuáles son sus alcances y demás conceptos en materia electoral que no son necesarios debatir. Sin embargo, en cuánto a la naturaleza de la libre expresión en redes sociales, la Sala Superior hizo un repaso de las principales consideraciones que se deben tener al entrar en materia de libre expresión en redes sociales.

Para ello, alude al artículo 6° constitucional citado, que reconoce el libre acceso a la información, la búsqueda, recepción y difusión de esta en conjunto con ideas de toda índole. La Sala Superior estableció una referencia a la exposición de motivos de la reforma

constitucional del año 2013 en materia de acceso a la información², reiterando el compromiso del Estado mexicano sobre crear vías accesibles para que la ciudadanía pueda acceder de manera segura y gratuita a la información y además, poder gozar de rutas libres de represión o restricción.

Ahora bien, cabe resaltar que la Sala Superior promovió el fortalecimiento democrático, que como bien se sabe, se centra en gran medida en la no limitación de la opinión pública y que “consolidada el sistema de partidos al igual que el desarrollo de una auténtica cultura democrática”³. Sin embargo, en este caso, a pesar de no ver una referencia política sino una más personal por parte del precandidato, no supone una limitación, pues hacia uso privado de esta red social.

Por último, como se señala en la sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado a favor de la libre expresión, estableciéndola como una formación de una opinión pública libre e informada, indispensable para el funcionamiento de toda democracia representativa⁴. La Sala Superior, para nuestro

² “La exposición de motivos de la reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece se aprecia que el Poder de Reforma de la Constitución buscó garantizar el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de banda ancha e internet, entre otros, pues de manera expresa se señala que “la universalidad en el acceso a la banda ancha y a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones permitirá que, de manera pública, abierta, no discriminatoria, todas las personas tengan acceso a la sociedad de la información y el conocimiento en igual forma y medida, con una visión inclusiva; contribuyendo con ello al fortalecimiento de una sociedad de derechos y libertades basada en la igualdad” (TEPJF, SUP-JRC-168/2016, 1 de junio de 2016).

³ Jurisprudencia 11/2008 de la Sala Superior “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO citada en la propia sentencia.

⁴ La Sala Superior hace referencia al lector, de ver dentro de la jurisprudencia 25/2007 “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DIMENSIONES DE SU CONTENIDO”, el criterio sobre el cual la libre expresión funge como motor primordial dentro de un sistema democrático.

análisis, concluye con el hecho de que si bien hay limitaciones en el ejercicio de todo derecho y que al igual que los demás este tiene como tope el ataque a la moral, vida privada, derechos de terceros, provocación de un delito o afectación al orden público, el caso del precandidato, al no contribuir a esto, no estaría incurriendo en algún tipo de omisión o alguna clase de vulneración.

III. Estándares y restricciones del derecho a la libertad de expresión

Como menciona la Sala Superior, la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales del sistema democrático pues alimenta el debate público y contempla la opinión de la población en cuanto a temas de índole pública. Además, de que este derecho ha conformado las bases de los Estados catalogados como “democracias ejemplares” como Estados Unidos, Alemania e Inglaterra.

A raíz de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial, los países que dentro de su sistema cultural y jurídico reconocen los derechos humanos se han dado a la tarea de impulsar el derecho a la libre expresión. Dotando a toda la población con la autodeterminación de sus convicciones. Sin embargo, la libre expresión en nuestra sociedad es un tema delicado y confuso.

Lógicamente, como ya se dijo antes los derechos no son ilimitados, y así como existe un catálogo de derechos fundamentales en cada ordenamiento constitucional, también existe otro que contiene las restricciones que cada derecho tiene. Como hemos citado anteriormente, México ha tratado de modificar su sistema jurídico conforme a la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos. Pero lo resaltable de esto, es que los criterios que se suman a los de la jurisprudencia nacional han dotado y logrado la evolución de la libertad de expresión, puesto que la vinculación de estos criterios dentro del sistema democrático otorga una nueva perspectiva de interpretación y visión⁵.

⁵ El artículo 19 de la Declaración Universal de los derechos Humanos señala que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado dentro de su jurisprudencia, que la libertad de expresión tiene una relevancia fundamental en el sano ejercicio de la democracia. Las limitaciones expuestas tanto por la Corte Interamericana como por el artículo 13 de la Convención Americana, se pronuncian en el sentido de proteger los derechos de otros, ya sea por medio de cuidar la reputación de alguien más, la seguridad nacional, orden público, salud o la moral pública (Baldeira Galindo 2013).

El derecho a la libre expresión en medios de comunicación o de acceso a la información se ha centrado a consideración personal en la profesión del periodista o comunicador. Sin embargo, la propia naturaleza de este derecho no puede detenerse en uno o varios sujetos con condiciones específicas, e inclusive, en ideologías que dominen parte de una tradición, movimiento o corriente de pensamiento. Ejemplo de ello es la Corte Suprema de los Estados Unidos, que deja un precedente fundamental en favor de la libre expresión, poniendo por encima a este derecho incluso de los propios símbolos patrios, reiterando el criterio de ir en favor de la libre expresión sobre lo derivado de un “ismo” (Corte Suprema de los Estados Unidos, *Texas vs. Johnson*, sentencia de 1989). La Corte estadounidense deja el nivel alto en cuanto a permisión, pues no sólo fue contra el nacionalismo que evidentemente pesa en muchas de las naciones, sino que también, ha decretado la protección de los datos personales, el derecho al honor entre otros.

Por su parte, en España, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libre expresión garantiza el mantenimiento de una comunicación política libre, que de no existir falsearía el principio de legitimidad democrática, consumando la inexistencia de una sociedad

y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece dentro del artículo 13 que “Toda persona tiene derecho al libre pensamiento y expresión”, por lo que la difusión de ideas por redes sociales se considera parte, pues ya sea de forma oral, escrita o digital, se busca hacer efectivo este derecho.

libre y por tanto de una soberanía popular (Tribunal Constitucional de España, *STC 6/81*, 16 de marzo de 1981).

La jurisprudencia interamericana también ha otorgado un papel fundamental a la libertad de expresión. En la Opinión Consultiva Oc-5/85 solicitada por el gobierno de Costa Rica sobre la colegiación obligatoria de periodistas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que a raíz de la concepción del orden público dentro de una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. Recordando los presupuestos de Dahl o Bobbio, o la propia Corte Interamericana, los cuales han señalado que la preservación democrática parte de una limitación adecuada de los derechos, pues si bien, es cierto que no son totalmente absolutos, también lo es, que las restricciones aplicables sean razonables (Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005: párr. 206).

Por último, dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, los casos que fueron vitales en la transición a esta interpretación de los derechos humanos como preservadores de la democracia fueron *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium* (1987) y *Zdanoka vs. Latvia* (2006), en los cuales la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos partió de la premisa fundamental de establecer los derechos humanos como fuente principal de la democracia y esta, a su vez, ser complementada por un sistema que contribuya a las elecciones libres que constituirán una democracia política efectiva.

IV. Reflexiones finales: la importancia de la libre expresión en una sociedad democrática

Por lo expuesto, y retomando los argumentos de la Sala Superior, se rescata lo establecido en dicho Juicio de Revisión Constitucional, pues la concordancia del criterio utilizado por parte de la Sala deja entre ver la influencia de los criterios internacionales con la importancia en resaltar la protección de los derechos

humanos con base en razonamientos lógicos. Distinto a utilizar el razonamiento jurídico en favor de otros intereses políticos, como “equilibrar” un contexto político en favor de solo ciertos intereses. México retoma lo más importante del derecho a la libre expresión y lo traslada de buena forma por parte de la Sala Superior, sin el temor de provocar algún tipo de molestia al partido político al que pertenecía el denunciante y dejando de lado aquel aire (al menos un poco) de la opresión política que siempre se vivió en el país (Hernández 2008: 297).

La importancia de un derecho como la libre expresión en una sociedad más o menos democrática como México puede encontrarse en la semántica del significado. La propia noción de los derechos humanos trata de construcciones y diseños político-jurídicos de la modernidad que se trasladaron en la positivización y posterior a ello, crearon una evolución en su interpretación que empezaría a contemplar el contexto cultural y social.

Sin embargo, como parte de esta interpretación debemos delimitarnos en un espacio temporal específico y tomar en consideración las condiciones de ese mismo contexto. Pasado o presente, dicho contexto definitivamente influye en el proceso racional al momento de llevar a cabo una interpretación, pues son estos mismos factores que hacen que un derecho modifique su significado conforme pasa cierta cantidad de tiempo.

Por tanto, es importante atender a un significante de la libre expresión que no es fijo y que no podrá considerarse así. El uso de ciertas palabras como “derecho”, “libre expresión”, entre otras más con terminología jurídica en las redes sociales, genera parte de uno de los problemas fundamentales. Pues al momento de utilizar estos conceptos dentro de un lugar que difícilmente cuenta con un contexto, genera una sola carga semántica, que termina por crear un resultado final en el que el derecho no se traslada adecuadamente a la temporalidad o contexto del problema. No se trata de un criterio previamente estudiado sino solo un concepto citado en una discusión informal.

Es decir, el uso de la libre expresión en redes sociales como bien sabemos no tiene un proceso cierto, sino que solo contamos con las referencias que se han hecho desde el derecho local e internacional los cuales se reducen a criterios no necesariamente “objetivos”. Si bien, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha tratado de tomar en cuenta este carácter semántico para la protección de la libre expresión en materia electoral parece ser diverso en cuánto a los criterios utilizados.

El manejo del significado de la libre expresión refleja aún ciertas dificultades. Dentro del caso de los “Niños candidatos”, el Tribunal atacó, por un lado, la afirmación y realización generalizada de derechos partiendo de la inclusión jurídica con respecto al disenso estructural, pero al final cede ante la manipulación del contexto político generando situaciones con una escasez de criterio originado por el contexto de opresión política que históricamente ha vivido el país. Esto es notablemente complejo, pues como dijimos no partir de una temporalidad adecuada puede tener como resultado la creación de resoluciones que dicten una cantidad considerable de restricciones y en el más grave de los casos sancionen por una aparente violación de derechos (Neves 2014).

El simbolismo que representa a la libre expresión como un término, generalmente hace referencia a algo más allá de lo fáctico o la realidad. Es decir, para la disciplina jurídica cada derecho contiene una calidad superior, un punto de partida inicial que le ha dado una fuerza mayor al contexto en donde se originó, es decir, lo “simbólico” de cada derecho llega al punto de volverse un hito capaz de trasladarse hacia otra realidad.

Dentro de este carácter simbólico su uso puede llegar a justificar la ineficacia normativo-jurídica, pues es este mismo concepto el que encubre a la realidad en la que se aplica y termina por manipularlo creándole un contexto en el cual no habita. Al final, esta afirmación simbólica termina por implicar un riesgo, que produce por su resultado apatía pública, cinismo y una conducción a una

interpretación de derechos con carácter restrictivo ajeno a la temporalidad de la realidad jurídica.

Concebir a los derechos humanos desde una sola perspectiva general resultaría por no atender a otras estructuras que pueden influir en la concepción y representación de estos derechos, la importancia del derecho a la libre expresión, el derecho al acceso a la información y su significado no se encuentran aislados de otras denominaciones o factores no jurídicos, sino más bien, dentro de ellas. Por lo que al utilizar la expresión de “derecho a” ya sea la libre expresión o el acceso a la información no atienden a una situación universal, esencial o histórica específica, sino más bien, a varios factores que lo pueden alterar.

No se niega la existencia de antecedentes históricos que llevan a los jueces a tomar decisiones, pero para una mejor aplicación el contexto se ha vuelto de vital importancia para crear una construcción semántica válida para esta época. La importancia de la libre expresión en el contexto de las redes sociales, trata de ensamblarse aún a la fecha, en un criterio que se crea a partir de una transformación, pero que con el intento de no ser visto de la forma a la que tradicionalmente se delimitaba, termina por crear el mismo resultado restrictivo que no ayuda a concebir a la libre expresión como “el soporte democrático” que da pie a la opinión pública (Neves 2014).

Por tanto, para dar forma o estructura a una complejidad que pueda justificar ciertas expectativas depositadas en el discurso del fomento a los derechos humanos y la democracia, debemos tomar en consideración la cuestión semántica adecuándola a la temporalidad. Los derechos humanos tienen dentro de su función realizar una base de principios y valores cimentados en el modelo jurídico pensando a futuro pero sobre todo, que no pierda de vista las demandas actuales de la sociedad.

Es así como el derecho a la libre expresión y el acceso a la información más que necesitar de un reconocimiento universal, sirven

como guía de una sociedad que se busca renovar. Y que de la misma forma trata de establecer un modelo más o menos idóneo para una generación que tiene necesidades y características diferentes.

La explosión tecnológica actual y los millones de interacciones del público con un mundo digital que está en constante modificación hace que esta fuerza simbólica deba partir de una concepción semántica que si bien, parte de una fuerza simbólica que nació de la positivización de los derechos humanos, ahora necesitan ser apoyados de las instituciones y órganos jurisdiccionales que en conjunto conserven la finalidad para lo que fueron creados.

La libre expresión que se busca institucionalizar solo prevalece en los Estados Constitucionales y Democráticos. Partir de un enfoque contextual es de vital importancia para crear una línea de seguimiento que pueda en mayor o menor medida constituir un modelo. Por tanto, los Estados Constitucionales de la época contemporánea deben tomar una base de principios y valores que no sólo cumplan con criterios que fueron escritos anteriormente, sino que comprendan el significado de sus derechos y al final, lograr trasladarlos a la realidad por medio de sentencias, resoluciones, etc. Si la libre expresión representa uno de los pilares fundamentales para la democracia, el debate público debe de seguir prevaleciendo y limitarlo lo menos posible. A fin de que la democracia se vea fortalecida por la práctica y no solo por los discursos.

Es así como este caso se adecua a la práctica y al contexto actual tratando los conceptos acordes a la temporalidad. Es decir, la Sala Superior entiende el panorama actual de protección de derechos humanos y opta por respaldar un ámbito menos restrictivo al permitir el debate público. Lo anterior constituye un acierto desde un punto de vista personal, pues permitir el debate público es una de las finalidades de cualquier sistema democrático y más allá de ser un requisito en el debate académico es un supuesto lógico para mantener el poder del Estado equilibrado.

El campo restrictivo en un Estado democrático solamente generaría más restricciones, lo cual nos llevaría a un serio retroceso. Pues como ya mencioné anteriormente, más allá del valor académico del debate público, este representa un panorama abierto para la crítica que a su vez contiene el establecimiento de sistemas autoritarios y que si bien, México no es un país completamente democrático (aunque ningún país lo es), existe una clara diferencia entre regímenes de gobierno anteriores al actual. Es verdad que en México existe una paranoia con respecto a las figuras de autoridad, sin embargo, también lo es que temas como el acceso a la información, libertad de expresión, transparencia y rendición de cuentas han permitido a la sociedad tener un acercamiento más directo con las autoridades. Por tal motivo, es plausible la actitud de la Sala Superior al emitir sus criterios pues promover el debate público y la crítica acerca más a la ciudadanía para conocer acerca de lo que en práctica se hace en el día a día, lo que sin dudas a largo plazo puede generar un sistema más apegado a las necesidades reales.

Bibliografía

Bandeira Galindo, George Rodrigo (2013): “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Bandeira Galindo, George Rodrigo. Urueña, René y Torres Pérez, Aida (Coords.), Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 255-275.

García Ramírez, Sergio; Gonza, Alejandra (2007): *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Disponible en: «<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion.pdf>» [Consultado el 15 de febrero de 2022].

González Uribe, Héctor (1980): *Teoría Política*, Editorial Porrúa, México.

- Hernández García, María Aidé (2008): “La democracia mexicana, presa de una cultura política con rasgos autoritarios.” en *Revista Mexicana de Sociología*. Velasco Cruz, José Luis (Dir.) vol. 70, núm 2, 261-303.
- Neves, Marcelo (2004): “La fuerza simbólica de los derechos humanos”. en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Doxa. Disponible en: «<https://doxa.ua.es/article/view/2004-n27-la-fuerza-simbolica-de-los-derechos-humanos>» [Consultado el 12 de febrero de 2022].
- Santiago Juárez, Rodrigo (2017): “La libertad de expresión y el derecho penal” en *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos*, Barros Leal, Cesar (Dir.) Tomo VI. Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 443-466.

NOTAS



Esta sección contiene reflexiones y análisis sobre temas contemporáneos relevantes relacionados con los derechos humanos en perspectiva internacional y comparada.

El Tribunal de Facebook: garante de la libertad de expresión

LARISSA LIZBETH NIÑO SOTO
Universidad Autónoma de Coahuila

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Composición del Consejo. IV. Facultades y Principios. V. Proceso de Apelación. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Actualmente vivimos en una era digital donde día a día millones de personas se comunican y expresan utilizando el internet y las redes sociales. Es en este sentido que el derecho a la libertad de expresión y sus alcances resultan relevantes en el mundo de las plataformas digitales, especialmente en *Facebook*.

El derecho humano a la libertad de expresión se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, siendo uno de estos la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que en su artículo 19 reconoce que nadie puede ser molestado por sus opiniones y que cualquier persona puede investigar y difundir su opinión por cualquier medio de expresión.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) afirma en su artículo 14 que toda persona tiene libertad de expresión, lo que significa que los seres humanos tienen la libertad de buscar, recibir y difundir ideas e información por distintos medios y en diversas formas.

Dicho derecho, al igual que muchos derechos, no es absoluto y puede ser objeto de ciertas restricciones. La misma Convención Americana nos dice que está prohibida la propaganda en favor de la guerra, así como la apología al odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia en contra de personas o grupos de personas.

Ante dicha situación y la necesidad de tomar decisiones sobre la libertad de expresión y determinar qué contenido eliminar, cuál conservar y por qué, la red social *Facebook*, que actualmente cuenta con más de 2.000 millones de usuarios, decidió crear el Consejo Asesor de Contenido.

Dicha instancia es una especie de tribunal que decide sobre cuestiones relacionadas con la libertad de expresión en la plataforma de *Facebook*. El Consejo, a través de un proceso, tiene la facultad de decidir cuál contenido conservar y cuál eliminar de la red social. Lo anterior, para garantizar y proteger el derecho a la libertad de expresión.

Son los principios de independencia, accesibilidad y transparencia bajo los cuales el Consejo Asesor de Contenido se rige y a través de los cuales toma decisiones sobre casos emblemáticos en la red social y emite su decisión sobre si cumplen o no con las políticas y valores de *Facebook*.

II. Antecedentes

La creación del Consejo Asesor de Contenido se dio de manera progresiva a partir del año 2018 cuando Mark Zuckerberg, creador y fundador de *Facebook*, expresó la idea de establecer un organismo independiente de *Facebook*, que funcionara como un tipo de tribunal supremo.

De esa manera, el Consejo se encargaría de decidir sobre cuestiones importantes en la red social con relación a la libertad de expresión y respecto a la eliminación de contenido que pudiera contribuir a un riesgo para la seguridad física de las personas, que suponga amenazas o que pudiera intimidar, excluir o silenciar a otros.

En enero de 2019 se publicó un acta inicial donde se explicaron las finalidades y posibles funciones del Consejo. Asimismo, en abril del mismo año se solicitaron propuestas al público en general y fue en el mes de junio que, después de conversar y recibir las propuestas, se compartió un informe con los comentarios y opiniones de expertos y del público general.

Una vez revisadas las 1.200 propuestas públicas que fueron recibidas, en septiembre de 2019 se publicó el acta final del Consejo Asesor de Contenido, donde se establecieron las responsabilidades y la estructura del mismo. Por consiguiente, un mes después se creó un fideicomiso para asegurar su funcionamiento.

Finalmente, luego del proceso de consultas, la elección de los miembros por parte de *Facebook*, la creación del fideicomiso, el acta constitutiva, los estatutos y el reglamento, fue en el año 2020 cuando el Consejo Asesor de Contenido inició con sus operaciones.

III. Composición del Consejo

Según los estatutos del Consejo Asesor de Contenido, el mismo se conforma por un grupo de miembros quienes son los encargados de tomar las decisiones de manera imparcial, independiente y neutral sobre los casos que se le encomiendan.

El Consejo debe estar compuesto de un mínimo de once miembros y un máximo de cuarenta. Actualmente, el Consejo Asesor de Contenido cuenta con veinte miembros quienes emiten su opinión sobre las políticas de *Facebook* y toman las decisiones sobre el contenido de la red social en los casos que se solicita y selecciona el proceso de apelación, proceso sobre el que se profundizará más adelante.

Facebook, en su propósito de garantizar una perspectiva internacional decidió que el Consejo estuviera formado por miembros con perfiles de distintos países, culturas y profesiones, para de esta manera reflejar lo diversa que es la comunidad de la red social.

En el proceso de elección de los miembros del Consejo se buscaron perfiles capacitados, con amplios conocimientos en temas importantes y, sobre todo, con experiencia y conocimiento en asuntos de contenido y gestión digital, moderación de contenido online y trabajo con otras personas. Además, se buscó a personas sin conflictos de intereses en la toma de decisiones.

Entre los veinte miembros actuales del Consejo se encuentran personas de Brasil, Indonesia, Estados Unidos de América, Kenia, Yemen, Senegal, Ghana, Australia, Taiwán, Israel, Pakistán, Reino Unido, Camerún, Francia, Colombia, Dinamarca, India y Hungría, lo que confirma la perspectiva internacional al incluir a personas de diversas partes del mundo.

En cuanto a los perfiles profesionales, se encuentran en el Consejo personas con amplias trayectorias y prestigio internacional. El mismo está formado por abogados, periodistas, profesores, políglotas y personalidades como la activista Tawakkol Karman, quién fue ganadora del Premio Nobel de la Paz.

Los miembros son expertos en temas de derechos humanos, tecnología, propiedad intelectual, derecho constitucional, derecho comparado, libertad de expresión, gobernanza, corrupción, terrorismo, derechos de las mujeres y niñas, derechos de personas con discapacidad, derechos de la comunidad LGBTIQ+, seguridad online, derechos digitales, política, entre otros más.

De igual manera, me parece importante señalar que el Consejo Asesor de Contenido cumple con el principio de paridad de género debido a que está conformado por diez mujeres y diez hombres, asegurando de esta manera una representación igualitaria y equilibrada entre los integrantes.

IV. Facultades y principios

El Consejo se rige por su Acta Constitutiva, donde se encuentran plasmadas sus responsabilidades, finalidad, estructura, relación con *Facebook*, gobernanza y autoridad. Es así como su propósito radica en proteger la libertad de expresión al tomar decisiones independientes.

El Consejo Asesor de Contenido tiene las facultades que se encuentran de manera expresa en su Acta. Dichas facultades son las siguientes:

- 1) Solicitar a *Facebook* información para llevar a cabo sus deliberaciones de una manera oportuna y transparente.
- 2) Interpretar las Normas comunitarias de *Facebook* y otras políticas relevantes.
- 3) Dar instrucciones a *Facebook* para aprobar o eliminar contenido.
- 4) Dar instrucciones a *Facebook* para sostener o revertir una designación que condujo a un resultado en el cumplimiento de las Normas comunitarias.
- 5) Emitir explicaciones por escrito acerca de las decisiones del Consejo.
- 6) Asesorar sobre las políticas de contenido de *Facebook* debido a una decisión tomada en un caso particular o si la red social lo solicita.

Respecto a los casos, todos los usuarios de *Facebook* y de sus servicios que no estén de acuerdo con las decisiones finales de contenido de la red social pueden presentar una apelación ante el Consejo. Luego de haber sido presentada la apelación ante el Consejo, este último evaluará el caso y lo seleccionará, para una revisión más detallada, si es que cumple con los requisitos.

Los requisitos para poder presentar una apelación son:

- 1) Que la persona que apela tenga una cuenta activa en la red social, es decir, que la cuenta no haya sido inhabilitada, ni eliminada y que se pueda iniciar sesión en ella.
- 2) Que el apelante haya solicitado a *Facebook* la revisión de su decisión de contenido y haya recibido una decisión final.
- 3) Que la apelación haya sido presentada en un plazo de quince días desde la notificación de la decisión final de *Facebook* sobre la política de contenido.

Una vez iniciado el proceso de apelación, si es que el caso fue seleccionado, el Consejo puede solicitar información a *Facebook* y de esa manera revisar y tomar una decisión respecto a si ese contenido es conforme a los valores y políticas de la red social o no lo es.

El Consejo publicará su decisión de manera escrita, en la cual también puede incluir recomendaciones de políticas para la red social. Por su parte, *Facebook* deberá implementar de manera inmediata las decisiones del Consejo, así como responder de manera pública a las decisiones de contenido y a las recomendaciones de políticas realizadas por el Consejo.

Las resoluciones del Consejo serán vinculantes, por lo que *Facebook* se encuentra obligado a implementarlas y acatarlas. La única excepción para no cumplir con las decisiones del Consejo es que las mismas sean contrarias a la ley.

Por otro lado, el Consejo se rige por los siguientes tres principios:

- 1) Independencia. El Consejo se encuentra separado de *Facebook*, por lo que sus decisiones en los casos y en cuestiones de políticas deben de ser independientes. Asimismo, el fideicomiso por el cual el Consejo está financiado es independiente.
- 2) Accesibilidad. Cualquier usuario de *Facebook* puede apelar decisiones de contenido de *Facebook* ante el Consejo.
- 3) Transparencia. Las decisiones del Consejo son públicas y se comparten y archivan en el sitio web del Consejo, además de que anualmente se deben de publicar informes sobre su trabajo.

V. Proceso de Apelación

El proceso de apelación es el medio a través del cual los usuarios de *Facebook* pueden objetar las decisiones de contenido de dicha plataforma.

Para poder presentar una apelación es necesario que la misma provenga del titular de una cuenta activa en *Facebook*, además

de que dicha persona con anterioridad debe haber solicitado a la red social la revisión de contenido y haber obtenido una decisión.

Asimismo, las apelaciones deben de ser presentadas en un plazo máximo de quince días contados desde que *Facebook* notificó la decisión sobre la política de contenido y el Consejo tomará su decisión en un plazo de noventa días.

En el escrito de apelación el usuario debe de establecer las razones por las cuales considera que se debe evaluar su caso y el por qué la decisión de *Facebook* fue errónea. Una vez presentado el caso, el Consejo debe evaluar que se cumplan con los requisitos y de esa manera poder llegar a considerar el caso.

No todas las apelaciones son consideradas por el Consejo ya que este utiliza un método de priorización a casos emblemáticos según sus estatutos para seleccionar los casos que someterán a su consideración, lo que le permite establecer diversos criterios, como la importancia e impacto del asunto, para anteponer ciertos casos.

Lo anterior, es decir, la priorización de casos emblemáticos, consiste en seleccionar casos complejos, relevantes y significativos sobre los cuales el Consejo pueda crear nuevas políticas para la red social *Facebook*. Pero, si la apelación llega a ser considerada, un grupo del Consejo analizará la misma y realizará una decisión preliminar.

Una vez que la decisión final haya sido ratificada, luego de que todos los miembros del Consejo revisaran el caso, se publicará la resolución. Al mismo tiempo, pueden realizarse recomendaciones de políticas para *Facebook*.

Una vez publicada la decisión del Consejo, *Facebook* está obligado a implementarla y a responder públicamente a las recomendaciones de políticas que en su caso le hayan sido realizadas.

Del año 2020 al 2022 el Consejo Asesor de Contenido ha publicado veintitrés decisiones, las cuales han versado sobre casos de usuarios de *Facebook* en Malasia, Myanmar, Francia, China, Ar-

menia, Brasil, Estados Unidos de América, Países Bajos, India, Rusia, Israel, Egipto, Colombia, Sudáfrica, Canadá, Etiopía y Suecia.

Dichas decisiones han tratado sobre casos de lenguaje que incita al odio, política, violencia, religión, discriminación, cultura, desnudos y actividad sexual de adultos, salud, seguridad, personas y organizaciones peligrosas, contenido cruel e insensible, humor, guerras y conflictos, protestas, entre otros.

VI. Conclusiones

En definitiva, el Consejo Asesor de Contenido de *Facebook* representa un avance en la protección del derecho a la libertad de expresión, al tener la autoridad de anular las decisiones de *Facebook* respecto al contenido que publican sus usuarios.

De modo que, si *Facebook* llega a recibir reportes en su plataforma sobre cierto contenido y lo elimina al considerar que infringe sus normas comunitarias, los usuarios afectados pueden apelar dicha decisión ante el Consejo y así garantizar su derecho a la libertad de expresión.

Esta nueva especie de tribunal implica un avance en la protección de la libertad de expresión debido a que cuenta con la autoridad para analizar los alcances de dicho derecho y anular su censura en la red social de *Facebook*.

La libertad de expresión nos permite denunciar injusticias, expresar ideas, criticar sistemas y gobiernos, compartir ideologías y expresarnos libremente, por lo que su protección resulta crucial para garantizar el libre desarrollo de las personas. Asimismo, dicho derecho permite crear debates y difundir información entre las personas.

A pesar de que el Consejo Asesor de Contenido por sí mismo no puede acabar con la opresión ejercida contra la libertad de expresión, reconozco el esfuerzo de *Facebook* al crear y mantener un organismo de protección hacia los derechos humanos donde

se pueden apelar las decisiones de una de las redes sociales más populares, usadas y con mayor trascendencia en el mundo hoy en día.

VI. Bibliografía

- Harris, Brent (2020): “El Consejo asesor de contenido comienza a recibir casos” en Meta, disponible en: «<https://about.fb.com/es/news/2020/10/el-consejo-asesor-de-contenido-comienza-a-recibir-casos/>» [Consultado el día 10 de marzo de 2022].
- Kang, Cecilia (2021): “El Consejo Asesor de Contenido de Facebook confirmó el veto a Trump. Así funciona” en *The New York Times*, 5 de mayo.
- Oversight Board (2022a): “Consejo Asesor de Contenido” en Oversight Board, disponible en: «<https://oversightboard.com/>» [Consultado el día 10 de marzo de 2022].
- Oversight Board (2022b): “Decisiones” en Oversight Board, disponible en: «<https://oversightboard.com/decision/>» [Consultado el día 10 de marzo de 2022].
- Oversight Board (2022c): “Gobierno” en Oversight Board, disponible en: «<https://oversightboard.com/governance/>» [Consultado el día 10 de marzo de 2022].
- Oversight Board (2022d): “Miembros del Consejo” en Oversight Board, disponible en: «<https://oversightboard.com/meet-the-board/>» [Consultado el día 10 de marzo de 2022].
- Oversight Board (2022e): “Proceso de Apelación” en Oversight Board, disponible en: «<https://oversightboard.com/appeals-process/>» [Consultado el día 10 de marzo de 2022].



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Esta sección está conformada por síntesis que informan sobre el contenido, aporte y significado de obras jurídicas académicamente relevantes en materia de derechos humanos; ya sea publicadas durante los últimos años, o bien editadas con anterioridad y consideradas esenciales en los temas abordados por esta publicación.

Castellanos Claramunt, Jorge, *La participación ciudadana en el ámbito local. La integración democrática de lo local y de lo global en la era digital*. España, Corts Valencianes, 2020, 172 pp.

MARÍA GUADALUPE IMORMINO DE HARO
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila



Es innegable que uno de los grandes retos de la época actual es la promoción y eventual consolidación de una democracia que posibilite que cualquier persona tenga la oportunidad de incidir en la toma de decisiones relacionadas con su propio entorno. La complejidad de este desafío aumenta si se tienen en consideración los cambios ocasionados por el fenómeno de la globalización en la vida política, social, cultural y económica como conse-

cuencia de un mundo cada vez más conectado en el cual la transmisión de la información, incluso en tiempo real, es cada día más fácil. Una de las consecuencias de este entorno global en el quehacer democrático es que muchos de los problemas más relevantes para una comunidad local tengan alcances globales.

Como corolario de lo anterior, las estrategias de respuesta ante el desafío democrático de una mayor incidencia en la toma de decisiones en el propio entorno requieren de la creación de políticas de gobernanza específicas que partan desde lo local, pero que al mismo tiempo sean capaces de impactar en el ámbito global y viceversa. Con base en el contexto anteriormente descrito, resulta razonable afirmar la necesidad de emprender un estudio pormenorizado acerca de la integración democrática de la esfera local y la global en la era digital a través de su piedra angular: la participación ciudadana.

Es precisamente en este escenario tan específico como trascendental, en el que se ubica la obra: “La participación ciudadana en el ámbito local. La integración democrática de lo local y de lo global en la era digital” escrita por el Prof. Dr. Jorge Castellanos Claramunt, quien en los últimos años se ha consolidado como una de las voces autorizadas en el tema de participación ciudadana. La afirmación anterior se sostiene en sus numerosas publicaciones en el tema tanto en revistas indexadas, obras colectivas y libros, así como la organización y participación en foros de relevancia internacional.

El texto que se reseña deriva de su tesis doctoral titulada: “Participación ciudadana en la era digital: posibilidades y riesgos”, la cual fue defendida a finales del año 2019 en la Facultad de Derecho de la Universitat de València, y que cabe destacar, fue merecedora a la máxima calificación posible: Sobresaliente con mención Cum Laude y Doctorado Internacional. Lo anterior, sin duda nos deja entrever la trascendencia e importancia del texto que comentamos.

Ahora bien, la obra se divide en cuatro capítulos, los cuales tienen como eje transversal la participación ciudadana. En el primer capítulo se desarrolla el concepto de participación ciudadana, debiendo destacarse la perspectiva humanista del texto al hacer referencia a las implicaciones que la participación ciudadana tiene con respecto a la libertad de desplegar acciones que les son valiosas a cada uno como persona. Sumado a lo anterior, se analiza la relación del concepto de participación ciudadana con otros conceptos afines. Específicamente se analiza a la participación ciudadana como el impulso evolutivo de la democracia, sin dejar de lado sus presupuestos básicos: una ciudadanía empoderada, la existencia de información habilitante para la participación ciudadana, y por supuesto la valoración de la deliberación participativa como una aspiración democrática por los distintos agentes intervinientes en el proceso participativo. Asimismo, se señalan como los principales vehículos de la participación ciudadana a las asociaciones civiles y los partidos políticos, y por ende, se abor-

da la relación de la representación política con los mecanismos de participación ciudadana directa.

Sumado a lo anterior, se indaga sobre temas relacionados con los retos y aspiraciones que plantea la participación ciudadana. Como uno de los retos se señala la desconfianza que se tiene respecto a la participación ciudadana en atención a la imposibilidad de lograr un consenso real, así como el recelo que suele ocasionar la figura del *free rider*. Como parte de las aspiraciones que impulsa la participación ciudadana se destaca el buen gobierno, que permite la creación de un espacio social para la expresión, organización y ejercicio de los derechos y deberes ciudadanos.

En el segundo capítulo de la obra se aborda la perspectiva normativa de la participación ciudadana. Antes de desarrollar el análisis normativo y jurisprudencial español y valenciano en materia de participación ciudadana, el autor deja en claro una de las premisas más importantes de su trabajo: la participación ciudadana es por encima de todo un derecho humano. Como consecuencia, en este apartado también se analizan los documentos internacionales que tutelan el derecho a la participación ciudadana.

En el tercer capítulo, relativo a la participación ciudadana en el ámbito local, se resalta la importancia del poder local como un nivel de gobierno absolutamente necesario para el adecuado desarrollo de las políticas y programas públicos derivado de su proximidad con las personas. Asimismo, se reseñan una serie de instrumentos y herramientas relacionadas con la transparencia y la participación local, así como las funciones que estas atienden. De igual forma se conceptúa al ámbito local como una arena de deliberación de los distintos procesos de transformación en el mundo. Como consecuencia, como parte del epígrafe se desarrolla el fundamento y contenido de algunos de los derechos de participación en el ámbito local, tales como, el derecho a promover iniciativas ciudadanas, el derecho de audiencia, el derecho de petición y a las consultas populares.

El último capítulo —en mi opinión el más atrayente—, se dedica a la incidencia del Internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la participación ciudadana. En él se aborda el cambio de los términos y condiciones en los que la democracia solía operar en atención al constante desarrollo del Internet y las TIC. Particularmente se deja entrever algunas conclusiones si bien lógicas, especialmente llamativas, tales como: el incremento del protagonismo de las personas y la inevitable decadencia de los mediadores, el riesgo de la aparición “fugaz” de la democracia electrónica si es pensada únicamente desde el aspecto formal, la posibilidad de la infoxicación de la ciudadanía ante las grandes cantidades de información que posibilita el uso del Internet, la entrada masiva de nuevos emisores de contenido político que termina por exacerbar la inercia estructural que lleva a dar prioridad a lo espectacular, lo divertido, lo simple y lo conflictivo conllevando la banalización de la política no solo en los medios digitales sino también en los tradicionales, la “glocalización” de la política en atención a que lo local se convierte en global y viceversa, la posibilidad que el uso de internet y las TIC sirvan como una fuente o causa de exclusión al generar una barrera que incrementa los problemas de marginación o lo que es lo mismo la integración negativa de la sociedad, entre otras.

Como una de las conclusiones de la obra se subraya la necesidad de la existencia de canales permanentes de participación ciudadana como uno de los elementos claves para consolidar los principios del gobierno abierto, lo que sin duda conduciría a una mejor y mayor participación ciudadana auspiciada por el Internet y las nTIC.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, se recomienda la lectura del texto a toda persona que tenga intención de familiarizarse con el tema de la participación ciudadana y sus distintas implicaciones en la era digital.

Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Directores), Esquivel Alonso, Yessica (Coordinadora), *Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XIX. Cuestiones actuales de las candidaturas independientes*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, 363 pp.

WENDY YADIRA MATA VALDEZ
*Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila*



En México la figura de la candidatura independiente fue reconocida en la reforma del año 2012 a través del artículo 35 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se complementa con la reforma electoral del 10 de febrero de 2014. Ahora bien, ante la incipiente integración de las candidaturas no partidistas como un nuevo mecanismo de participación ciudadana y una nueva modalidad para acceder a los cargos públicos, son diversas las problemáticas que surgen en su implementación, específicamente sobre la equidad en la contienda, boletas electorales, apoyo ciudadano, el registro y las prerrogativas.

La obra intitulada *Cuestiones actuales de las candidaturas independientes*, fue dirigida por Irene Spigno, Directora de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (AIDH) y Luis Efrén Ríos Vega, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, además fue coordinada por Yessica Esquivel Alonso, Directora del Centro de Derechos Civiles y Políticos de la AIDH. Dicho texto pertenece a la colección de Derechos Políticos, de la propia Academia Interamericana de Derechos Humanos y fue editado por la editorial Tirant lo Blanch.

Como enfatizan Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno en la *Presentación* de la obra, las candidaturas independientes se presen-

tan como una forma que facilita impulsar la participación política de la ciudadanía en un contexto democrático. El presente libro, está compuesto por un estudio introductorio y diez capítulos que se agrupan en cinco partes, en los cuales se estudian diversas sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales electorales, que son relevantes en el tema de candidaturas independientes. En el *Estudio introductorio* del Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, se asevera que el *enfoque de derechos humanos* es indispensable para evaluar la constitucionalidad de la regulación de las candidaturas ciudadanas, para lo cual es imperante generar estándares que definan el alcance de los derechos de participación política y las correlativas obligaciones a cargo de las autoridades.

El primer capítulo se titula *Dilemas de las candidaturas no partidistas*. Un estudio a partir de la *SUP-JDC-1163/2017*, escrito por José Antonio Estrada Marún y Lillian Sánchez Calderoni. Estos autores mencionan el génesis del concepto de candidaturas independientes y destacan además que la mayoría de las entidades federativas tienen requisitos elevados para que un candidato independiente pueda llevar a cabo su registro, práctica que va en contra de los estándares internacionales en la materia.

Luego, María del Pilar Hernández Martínez en el Capítulo dos, *Dilemas de las candidaturas no partidistas*, indica que las candidaturas independientes liberan a las sociedades democráticas del monopolio de la representación política que ejercen los partidos políticos. La autora analiza a la luz de las candidaturas independientes el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* y la sentencia *SUP-JDC-705/2016*. Finalmente afirma que, a las candidaturas civiles, se les exigen condiciones constitucionales y legales que de cara a las exigidas a los partidos políticos presentan asimetrías que son obstructivas para su consolidación.

La segunda parte del libro desarrolla la *Perspectiva comparada de las candidaturas independientes*. Aquí, el capítulo tres lo desarrolla Valentina Rita Scotti, tratando *Las candidaturas independientes en el ordenamiento de la República de Turquía*. En su trabajo ilus-

tra la evolución de las candidaturas independientes desde la introducción del parlamentarismo en la era otomana, subrayando la contribución que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho en la consolidación de estas en la actualidad. Las candidaturas independientes representan, por lo tanto, una táctica legítima para participar en agendas políticas sin tener que someterse a la disciplina del partido y escapar de los principales obstáculos de la ley electoral.

Para continuar, en el Capítulo cuatro, sobre *Las candidaturas independientes: ¿Qué son, dónde se encuentran y por qué surgen?* Julia María Rubio y Antonella Bandiera, destacan que las candidaturas no partidarias se entienden como una figura del derecho electoral que permite que los ciudadanos se presenten como candidatos sin intermediación de un partido político. Además, sostienen que el desarrollo teórico de las candidaturas independientes ha sido limitado, a pesar de ser una forma de participación bien recibida por los ciudadanos y la opinión pública, las candidaturas independientes no han tenido un éxito significativo en los países de la región.

La tercera parte del libro está dedicada a la *Problemática de la recolección de apoyo ciudadano*. En ella, el Capítulo cinco se titula *De Candidaturas independientes y metodologías: el SUP-JDC-841/2017 ante las problemáticas del apoyo ciudadano*, a cargo de Mauro Arturo Rivera León y Barbara Anna Stępień. La sentencia analizada en este capítulo gira alrededor de la constitucionalidad de los lineamientos emitidos por el Instituto Nacional Electoral (INE) respecto a la obtención del apoyo ciudadano en el proceso de candidaturas apartidistas. Los autores comparten el sentido de la resolución emitida por la Sala Superior, sin embargo, difieren fundamentalmente de sus consideraciones, pues estiman que se utilizó una metodología débil en la resolución con referencia a la acreditación del interés legítimo de las partes y el uso laxo del test de proporcionalidad.

Mientras tanto, en el Capítulo seis *Problemáticas en la recabación del apoyo ciudadano: el caso Bronco y el derecho de audiencia*, Barbara Anna Stępień, comenta sobre el caso SUP-JDC- 186/2018 y su acumulado SUP-JDC- 201/2018, en el cual se destaca el análisis de la violación al derecho de audiencia. La académica sostiene que, más allá del complicado debate del alcance de la garantía y su satisfacción, el caso es controvertido por los efectos constituidos. La temática central desarrollada en el texto es la obtención del apoyo ciudadano en el caso de los candidatos no partidistas presidenciales y su problemática.

El estudio de las *Condiciones de la participación en la contienda electoral se encuentra en la cuarta parte del libro*. En el Capítulo siete *Principios de equidad en las contiendas electorales y sus repercusiones en el financiamiento privado de las candidaturas independientes*, los autores Sergio Díaz Rendón y Gerardo Alberto Centeno Alvarado, examinan la sentencia SUP-JDC-0222/2018 y acumulados, a la luz del financiamiento público distinguiendo entre el financiamiento público y el privado para partidos políticos y candidaturas independientes. El tema del financiamiento y su fiscalización es una problemática que tiene temas democráticos fundamentales porque en ellos se va a vigilar la equidad en la contienda, aunque la sentencia mencionada puede ser vista de forma positiva para las candidaturas independientes, reconociendo que la sentencia *per se* no da como resultado un escenario totalmente equitativo.

El Capítulo ocho *Neutralidad, independientes y falencias del sistema sancionador electoral [análisis de la sentencia SUP-REP-294/2018]*, del autor Arturo Ramos Sobarzo estudia la sentencia mencionada, teniendo en cuenta no sólo una visión a través de las candidaturas independientes y recopilación de firmas de apoyo ciudadano, sino que se le suman otras visiones como el ejercicio de los derechos políticos de servidores públicos, y el régimen sancionador aplicable sobre el principio de neutralidad. De acuerdo con Ramos, ante una eventual reforma electoral, se debería dejar que el INE o la Sala Especializada, según corresponda, tenga fa-

cultades para sancionar las conductas ilegales en materia electoral de servidores públicos.

La quinta parte de esta obra está dedicada a los *Desafíos de la intención del voto en candidaturas independientes*. En el Capítulo nueve *La Figura de la candidatura independiente: retos y oportunidades*, escrito por Yessica Esquivel Alonso, se reflexiona sobre las candidaturas independientes en México, centrándose en analizar cuáles problemáticas y áreas de oportunidad se presentan en el tema, prestando especial atención en el caso *SUP-RAP-151/2018*. La autora nos da un recorrido de cómo surge la figura de candidaturas civiles en México, y en general describe de forma sencilla pero exhaustiva, el fundamento legal de las candidaturas independientes, los requisitos formales que se requieren para formar parte de una, las autoridades involucradas en el proceso y el papel que juegan en él, y las consideraciones sobre el apoyo ciudadano. Esquivel enfatiza la necesidad de plantearnos el cómo lograr que se haga efectiva la participación de las candidaturas civiles en procesos electorales de México.

Finalmente, en el último artículo del libro, el Capítulo diez *Retos de las candidaturas independientes*, de autoría de Felipe Alfredo Fuentes Barrera, se exponen diversos criterios nacionales e internacionales sobre las candidaturas apartidistas que se desprenden de legislaciones y casos en concreto que son objeto de estudio del artículo. Además, se señalan diversos dilemas y obstáculos de las candidaturas independientes en México y nos presenta algunas propuestas tendientes a abonar a la eliminación de las barreras legales y fácticas que hacen frente los candidatos sin partido.

En definitiva, el presente libro es un producto académico serio, que cuenta con la colaboración de autoras y autores expertos en el tema de candidaturas independientes, quienes han reflexionado a conciencia sobre los problemas, el bagaje legislativo en la materia, la doctrina y la jurisprudencia de la mencionada figura del derecho electoral. Un aspecto que conviene destacar es que las candidaturas independientes se han analizado desde una perspectiva

integral de derechos humanos, multidisciplinaria, internacional y comparada, que permite al lector o lectora tener un panorama muy completo del tema, pues no solo se habla de las candidaturas sin partido actuales, sino que se parte de un recorrido histórico que buena cuenta nos da de sus orígenes y evolución.

AUTORES COLABORADORES

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Mónica Martínez López-Sáez

Universitat De València

Camila A. Ormar

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN)

Mariana Brocca

Universidad Nacional Del Centro De La Provincia De Buenos Aires (UNICEN)

& Consejo Nacional De Investigaciones Científicas Y Técnicas (CONICET)

Aristeo García González

Poder Judicial Del Estado De Michoacán De Ocampo

Karla Victoria González Briones

Academia Interamericana De Derechos Humanos

Universidad Autónoma De Coahuila

Diana Vanessa Gutiérrez Espinoza

Academia Interamericana De Derechos Humanos

Universidad Autónoma De Coahuila

Víctor M. Vera García

Academia Interamericana De Derechos Humanos

Universidad Autónoma De Coahuila

COMENTARIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

José Rafael Belandria García
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Francisco Duarte Tello
Instituto Coahuilense de Acceso a la Información Pública

NOTAS

Larissa Lizbeth Niño Soto
Universidad Autónoma De Coahuila

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

María Guadalupe Imormino De Haro
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Wendy Yadira Mata Valdez
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

