

Hernán Antonio de León Batista* (Panamá)

La dignidad humana en la era digital

RESUMEN

El derecho a la dignidad humana como cualidad intrínseca del ser humano, en tanto fuente de los demás derechos fundamentales, en esta era digital impone demandantes desafíos a los Estados en el contexto del Estado constitucional y convencional. Es ineludible que los poderes ejecutivo y legislativo diseñen una matriz sistematizada de políticas públicas para el desarrollo y la ejecución de derechos fundamentales desde el punto de vista de la dignidad humana, que explore la construcción o reforma de una constitución digital, así como un cambio de paradigma del poder judicial en la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: dignidad humana; redes sociales; constitución digital.

Human dignity in the digital age

ABSTRACT

The right to human dignity as an intrinsic quality of human beings, as a source of other fundamental rights, imposes demanding challenges on the States in this digital age, in the context of the constitutional and conventional State. It is inescapable that the executive and legislative branches need to design a systematized matrix of public policies for the development and execution of fundamental rights from the point of view of human dignity, which explores the construction or reform of a digital constitution, as well as a paradigm change in the judicial branch's protection of human rights.

Keywords: Human dignity; social networks; digital constitution.

* Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. profesorhernan.deleon@gmail.com.

Die Menschenwürde im digitalen Zeitalter

ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf Menschenwürde als inhärentes Merkmal des Menschen und Quelle aller anderen Grundrechte ist im digitalen Zeitalter im Kontext der Verfassungs- und Vertragsstaatlichkeit mit hohen Anforderungen an die Staaten verbunden. Es ist unverzichtbar, dass Exekutive und Legislative eine systematisierte Matrix der öffentlichen Politik zur Entwicklung und Umsetzung der Grundrechte aus der Perspektive der Menschenrechte erstellen, die sich mit der möglichen Ausarbeitung oder Modifizierung einer digitalen Verfassung und einem Paradigmenwechsel auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes durch die Justiz befasst.

Schlagwörter: Menschenwürde; soziale Netzwerke; digitale Verfassung.

Introducción

En este marco introductorio corresponde preguntarnos, primeramente: ¿es la dignidad humana un valor o un derecho? Para la mayoría de tratadistas, la dignidad resulta ser una cualidad intrínseca del ser humano, su propia esencia y la fuente de los demás derechos fundamentales. Pero, también, es evidente que solo el convencimiento ético por parte de la sociedad puede garantizar la incorporación de determinados valores al mundo jurídico, aunque estos sean el fundamento mismo de toda existencia humana.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) menciona que todas las personas son libres e iguales en derechos; es decir, da reconocimiento a la dignidad humana, plasmada en tratados internacionales, así como en diversas legislaciones. Pero, ¿a qué se refiere esa dignidad? A la protección y a la garantía de que cada ser humano constituya la base del Estado de derecho; y deriva del respeto a uno mismo y a los demás. La dignidad humana es el derecho que tiene cada uno de ser valorado como sujeto individual y social, en igualdad de circunstancias, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona. Como contraposición están los tratos indecorosos, humillantes y discriminatorios, así como la desigualdad.

En fin, de las relaciones existentes entre enunciados y conceptos normativos, contenidos en las constituciones, se pueden extraer tres lineamientos funcionales relacionados con la dignidad de la persona humana: a) la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento jurídico y del Estado, b) la dignidad humana como principio constitucional, y c) la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, en los ámbitos de autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral, según estudios de la concepción de principios y valores, propuesta por Robert Alexy, al desarrollar la teoría del discurso racional en la argumentación

jurídica.¹ Alexy señala la estrecha vinculación, pero, a su vez, las diferencias que existen entre ellos, para lo cual toma como punto de partida la distinción planteada por Von Wright sobre valores, principios y reglas –conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos–.

A partir de esta claridad conceptual, Alexy afirma que los principios son mandatos de optimización, es decir, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.²

Teniendo en cuenta lo dicho, debemos adentrarnos en el problema de este principio, derecho o valor intrínseco en la existencia del ser humano, como es la dignidad humana, cuando se enfrenta a su falta de protección en esta era digital, ya que cada vez son más numerosos los aspectos de nuestra vida que son rastreados, archivados y utilizados, y, a veces, mal utilizados. En el mismo sentido, debemos considerar lo concerniente al alcance de la libertad de expresión en las plataformas digitales (redes sociales), el derecho a la información, la protección de datos, la privacidad, la intimidad y el respeto por nuestra imagen, pues, pese a los beneficios intrínsecos de la tecnología digital, también acarrear inconvenientes de derechos humanos de manera global. De ahí que no podemos permitir que el ciberespacio y la inteligencia artificial impongan un ingobernable espacio de irrespeto a las personas, por lo que consideramos oportuna la construcción o las reformas de constituciones en la era digital, así como el cambio de paradigma en la interpretación constitucional de los tribunales, como garantía de los derechos fundamentales en estos tiempos de internet.

Por ello, Henry Ford, consciente de la importancia que tiene situar la dignidad de las personas en el centro de todo desarrollo tecnológico, afirmó con gran acierto que “a ningún hombre debe obligársele a hacer el trabajo que puede hacer una máquina”.³ El significado de estas palabras pronunciadas hace un siglo por el impulsor de la producción en masa cobra hoy más sentido que nunca, cuando el impacto de las nuevas tecnologías sobre las libertades de las personas es uno de los grandes desafíos de la humanidad en el siglo XXI.

El progreso tecnológico trae consigo una forma inédita de relacionarnos con las cosas y con las personas a través de la automatización y el intercambio de datos, donde el protagonismo de los *big data* y la inteligencia artificial cobran especial protagonismo. Pero este entraña también algunos riesgos para la ciudadanía que requieren nuestra atención, como la invasión de la intimidad de las personas, el crecimiento de la desigualdad, los problemas relacionados con la ciberseguridad o las nuevas formas de delincuencia que aprovechan los entornos digitales para atentar contra los más vulnerables.

¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), 118.

² Alexy, *Teoría de los derechos...*, 67.

³ Eduardo Palomo Triguero, *Cita-logía* (Toledo: Editorial Punto Rojo Libros, 2013), 192.

Ante estos nuevos escenarios, es necesario el estudio de la garantía de mecanismos de protección de los derechos humanos con el espíritu de velar por que la era digital avance midiendo la prosperidad económica con el imprescindible respeto a la dignidad del ser humano, la cual le es inherente por el mero hecho de su nacimiento. Bajo esta premisa, los poderes públicos deben tomar conciencia de la vital misión que tienen por delante, motivo por el que es imprescindible que asuman la iniciativa en una regulación que responda a las necesidades surgidas de la sociedad de la información.

No olvidemos que el recurso a las nuevas tecnologías forma ya parte esencial del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, debe garantizarse el acceso a las mismas para una efectiva promoción de la libertad y la igualdad de oportunidades, en cumplimiento del mandato de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). En ese sentido, los nuevos derechos digitales deben asegurar la participación de todas las personas en la vida económica, política y cultural de su entorno, en consonancia con los postulados de una sociedad verdaderamente democrática. Tal propósito exige una responsabilidad colectiva que sea capaz de hacer frente a los retos que la tecnología plantea, más allá del ámbito competencial de cualquier país, teniendo en cuenta el contexto de la sociedad globalizada en que vivimos, sin dejar de inspirarse en los valores consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Para ello, los Estados tienen que hacer un generoso ejercicio de cesión de competencias, que no debe entenderse en ningún caso como una pérdida de soberanía nacional, sino como un nuevo paradigma en el que el componente internacional cobra un especial protagonismo a la hora de desarrollar políticas sobre aquellos temas que requieren una solución de alcance global.

1. Impacto de la tecnología digital en los derechos humanos

Es una realidad incontestable la fuerte influencia de la revolución digital en nuestras vidas, para bien o para mal, de la cual no escapan los derechos humanos en la búsqueda de garantías de protección. Como algunas señales claras en tal sentido podemos encontrar:

- El acopio de datos por parte de organizaciones privadas y públicas, incluso de Estados.
- Uso de comunicaciones codificadas, imágenes transmitidas por satélite y flujo de datos para defender y promover los derechos humanos.
- Uso de la inteligencia artificial para predecir y prevenir vulneraciones de derechos humanos y decisiones más estandarizadas por parte de los tribunales de justicia.
- Incitación al odio y la violencia en las redes sociales.

- El acoso en línea, en especial a mujeres (ciberacoso) y menores de edad (*cyberbullying*).
- Implantación de noticias falsas o *fake news*.
- Uso de la inteligencia artificial en actividades inherentes a la complejidad humana a través del uso de algoritmos.

Estas son solo algunas de las actividades que el mundo está viviendo en fracciones de segundos y sobre las que hay que trabajar en una regulación eficaz para la protección de derechos humanos, ya que los instrumentos internacionales que se dictan no son suficientes para la velocidad que entraña la era digital. Para ello, los Estados deben comprometerse con la responsabilidad normativa y ética, a fin de abordar estos problemas complejos.

Derechos como la libertad de expresión, la libertad de información, el respeto a la intimidad y la imagen, y, en los últimos años, la llamada protección de datos personales están intrínsecamente ligados e interrelacionados con el derecho a la privacidad. Por ello, los analizaremos desde una perspectiva de valores imprescindibles en una sociedad decente y abierta o libre (en el sentido desarrollado por Karl Popper⁴): el respeto a los seres humanos y la libre expresión de pensamientos, convicción y formas de vida.

A manera de ejemplo, esta sociedad “abierta” tuvo conocimiento del alcance de la intromisión a cargo de los gobiernos a nivel global, cuando el antiguo contratista de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), Edward Snowden,⁵ filtró información clasificada de la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (NSA). Según las filtraciones, alrededor del 90 % de las comunicaciones interceptadas no pertenecían a objetivos, sino a gente común. Esto tiene importantes ramificaciones, ya que se puede abusar de la recopilación y la vinculación de muchos tipos de información sobre personas, violentándose así el derecho a la privacidad o la intimidad.

Estos hechos son problemas reales del mundo digital en que vivimos, que no podían haber previsto los redactores de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948. Sin embargo, con el incremento en la recopilación de datos por parte de los gobiernos y las empresas, el concepto de privacidad consagrado en el artículo 12⁶ de dicha Declaración se ha vuelto fundamental en nuestras vidas en los últimos 70 años.

⁴ Karl R. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*. Trad. por Eduardo Loedel Rodríguez (Madrid: Paidós Ibérica, 2017).

⁵ En junio de 2013, Edward Snowden hizo públicos, a través de los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*, documentos clasificados como alto secreto sobre varios programas de la NSA, incluyendo los de vigilancia masiva PRISM y XKeyscore [Edward Snowden, *Vigilancia permanente* (Editorial Planeta, 2019)].

⁶ “Artículo 12. 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

El impacto que la nueva realidad tecnológica tiene sobre la intimidad, la integridad y los derechos humanos de las personas, así como que no existan fronteras políticas y físicas que la limiten, aumenta el riesgo sobre los ciudadanos; pero, ¿qué están haciendo las autoridades públicas?

El rápido desarrollo tecnológico de las últimas dos décadas ha acelerado la transformación de la sociedad y está cambiando de una manera impresionante las reglas de juego dentro y fuera de las fronteras nacionales. De hecho, como todos sabemos, internet no entiende de fronteras, y tanto la información interesante y útil como los contenidos criminales circulan por la red. La vida virtual ya forma parte de la vida real de miles de millones de personas y ha cambiado hábitos sociales, maneras de atender y expandir negocios, la forma de resolver problemas administrativos y el marco en que se mueve la idea de seguridad nacional e internacional. No obstante, internet es solo la cara visible de una realidad que va más allá y que incluye una nueva generación de máquinas, desde los drones y las armas autónomas hasta los robots y la muy comentada inteligencia artificial, pasando por algo que hoy se debate relativamente poco en comparación con el gran impacto que tienen los *big data*⁷ (grandes datos).

La pregunta que algunos se plantean es: ¿Hasta qué punto, todos estos nuevos hitos del progreso encajan en las universalmente aceptadas bases de protección de la dignidad y la integridad del ser humano, como son los derechos humanos? Para llegar donde la sociedad se encuentra social y culturalmente, se han necesitado tres siglos de historia, Rousseau y Voltaire, la Declaración de Independencia de Estados Unidos, la Revolución francesa, dos guerras mundiales en el siglo XX y la creación de un mecanismo universal de seguridad colectiva (las Naciones Unidas). Justamente, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el documento más traducido en el mundo, a más de 300 idiomas y dialectos, se pone la piedra angular

persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (<https://www.un.org/es/>).

⁷ Los macrodatos, también llamados datos masivos, inteligencia de datos, datos a gran escala o *big data* hacen referencia a conjuntos de datos tan grandes y complejos como para que hagan falta aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento de datos para tratarlos adecuadamente. Por ende, los procedimientos usados para encontrar patrones repetitivos dentro de esos datos son más sofisticados y requieren un *software* especializado. En textos científicos en español, con frecuencia se usa directamente el término *big data*, tal como aparece en el ensayo *La revolución de los datos masivos*, de Viktor Schönberger. El uso moderno de la expresión *big data* tiende a referirse al análisis del comportamiento del usuario, extrayendo valor de los datos almacenados y formulando predicciones a través de los patrones observados. La disciplina dedicada a los datos masivos se enmarca en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación, y se ocupa de todas las actividades relacionadas con los sistemas que manipulan grandes conjuntos de datos [Claudia Hernández García, *Big data: o cómo los datos masivos están cambiando el mundo* (Ciudad de México: Dirección General de Divulgación de la Ciencia (UNAM), <http://www.comoves.unam.mx/assets/revista/241/big-data-o-como-los-datos-masivos-estan-cambiando-el-mundo.pdf>).

para definir los derechos de cada ser humano en el planeta solo o en relación con los demás.

En esta defensa de la integridad física e intelectual de la persona, su dignidad y su libertad, se apoyan los instrumentos legales de derechos humanos, que hoy forman una sólida base del derecho internacional en la materia. Por esto, es de suma importancia saber de qué forma se aborda este tema a la luz del vertiginoso desarrollo tecnológico que vive hoy la humanidad.

Ya en 2013, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución 68/177, dio una fuerte señal de preocupación por el impacto negativo sobre los derechos humanos que pueden tener las nuevas técnicas de vigilancia y la interceptación de las comunicaciones. Los Estados y las entidades públicas y privadas deben respetar también en el mundo digital las pautas y las obligaciones estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en otros instrumentos legales relevantes. Por ello, el 12 de diciembre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos organizó un panel, con la participación de representantes de gobiernos, organismos de Naciones Unidas, sociedad civil, ONG, sector privado e instituciones nacionales de derechos humanos. A raíz de las conclusiones de dicho panel, el Consejo de DD.HH., en su sesión de abril de 2015, adoptó la Resolución 28/16, donde establece el mandato de un nuevo relator sobre el derecho de privacidad, Joseph Cannataci.⁸

En esa línea, la Unión Europea (UE) ha sido pionera en la protección de datos personales con la aprobación del nuevo reglamento general (RGPD), en vigor a partir del 25 de mayo de 2018, que regula el tratamiento realizado por personas, empresas u organizaciones de los datos personales relacionados con ciudadanos de la UE. Es un comienzo esperanzador en la materia, que pone en evidencia el problema cada vez más candente de la defensa de los derechos humanos fundamentales frente a la potente influencia de las grandes empresas tecnológicas y el acceso masivo a datos ajenos. Aun así, el ámbito normativo es bastante limitado, lo cual da margen para un sinnúmero de interpretaciones.

En este sentido, se cuenta así con los primeros pasos hacia una definición concreta de la necesidad de aplicar las bases universales de los derechos humanos en la era digital. Desgraciadamente, el desarrollo explosivo de las nuevas tecnologías ha encontrado al legislador, en términos generales, especialmente en Latinoamérica, sin una preparación técnica adecuada, y eso, combinado con la falta de voluntad política, está marcando una tendencia al deterioro en la aplicación de los principios básicos. Por ejemplo, la propuesta de algunas redes sociales o entidades lucrativas, como los bancos, de dejarles datos biométricos está en contra de estos principios, pero hoy en día, no existe ninguna prohibición explícita a dichas prácticas por ningún gobierno. Aparte, se plantea la pregunta de cómo algunos miembros de nuestra “sociedad abierta o libre” pueden ser tan ingenuos o irresponsables para dejar una

⁸ <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Privacy/SR/Pages/SRPrivacyIndex.aspx>.

parte de su código identificador en manos de empresas ajenas, cuyas reglas de uso de los datos, o simplemente de protección informática, son desconocidas.

En este marco, ya se ha comprobado que, incluso sin ser identificativos, los datos personales en la era digital pueden tratarse y usarse para toda clase de propósitos: desde puramente económicos, pasando por la vigilancia y el crimen, hasta fines políticos y electorales. El escándalo con Cambridge Analítica y Facebook⁹ y las elecciones presidenciales en Estados Unidos de Norteamérica ha puesto el foco en la importancia de la privacidad y la seguridad de los datos en el marco de las reglas democráticas. Asimismo, existe una línea muy fina entre los datos usados para vigilancia y los usados por motivos de seguridad nacional. Por eso, es de suma importancia el establecimiento de mecanismos estrictos, que puedan velar por una aplicación conforme a los principios democráticos y los instrumentos legales internacionales de derechos humanos vigentes.

Las garantías democráticas son muy importantes en la creación y el uso de sistemas, llamados *big data*. Con el desarrollo de los nuevos métodos de recibir y analizar la información, en tiempo real se pueden comprobar miles y miles de perfiles. Un hito en esta materia es el nuevo proyecto de vigilancia masiva puesto en marcha en Pekín, donde las cámaras instaladas en el centro de la ciudad captan los rasgos de las personas, datos biométricos, en la calle, y, al mismo tiempo, sus perfiles personales, con sus nombres y datos significativos, aparecen en un centro de vigilancia. Este sistema, en el cual el Gobierno chino ha invertido cientos de millones de dólares, está en contra de varios conceptos de derechos humanos, como la privacidad, la libertad de movimiento, de expresión, etcétera. Nos cuestionamos entonces, ¿con qué fines se ha introducido esta iniciativa?, ¿se estará haciendo igualmente en Latinoamérica? El problema surge cuando la regulación va muy por detrás de las prácticas, y da margen a toda clase de movimientos. Si hoy en día se pueden “hackear”¹⁰ tarjetas

⁹ En marzo de 2018, en tan solo 24 horas, el valor de Facebook cayó US\$37.000 millones por un escándalo que comenzó con un aparentemente inocente test de personalidad en la red social y derivó en acusaciones de robo de datos, interferencia política y chantajes con prostitutas. Las acciones de Facebook cayeron cerca de un 7% tras la publicación de una serie de investigaciones periodísticas que afirman que la consultora Cambridge Analytica adquirió de forma indebida información de 50 millones de usuarios de la red social en Estados Unidos (*BBC Mundo*, “5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día”, 21 de marzo de 2018, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>).

¹⁰ El término *jáquer* o *hacker* tiene diferentes significados. Según el diccionario de los *hackers*, “es todo individuo que se dedica a programar de forma entusiasta, o sea un experto entusiasta de cualquier tipo”, que considera que poner la información al alcance de todos constituye un extraordinario bien. El *Diccionario de la lengua española* de la RAE, en su segunda acepción, establece que es una “persona experta en el manejo de computadoras, que se ocupa de la seguridad de los sistemas y de desarrollar técnicas de mejora”. De acuerdo con Eric S. Raymond, la principal motivación de estas personas para crear *software* en su tiempo libre, y después distribuirlos de manera gratuita, es ser reconocidos por sus iguales [Eric Raymond, *The Art of Unix Programming* (Boston: Addison-Wesley, 2013): 87-91]. El término *hacker* nace

bancarias o sistemas de control, ¿por qué mañana no la identidad de las personas, hasta cambiar los sujetos de responsabilidad civil y penal? Vivimos tiempos en que la ciencia ficción de ayer se transforma en la realidad de hoy, y antes de que se produzcan estos acontecimientos, la sociedad tiene que estar preparada para definir lo permitido y lo no permitido en el espacio tecnológico.

Otra forma del impacto de la tecnología digital en los derechos humanos se aprecia en el uso de drones.¹¹ Ya hace años, la entonces Alta Comisionada de Derechos Humanos Navi Pillay había enfatizado las consecuencias peligrosas del uso de estos drones en zonas con población civil, sin regulación internacional y cuya actividad no cuenta con mecanismos de control sobre la aplicación de los vigentes instrumentos legales sobre derechos humanos.¹² Si la capacidad de un país para detectar estas máquinas es muy limitada, las mismas pueden ser usadas por grupos interesados en toda clase de actividades. Un ejemplo de prácticas criminales novedosas es el uso de drones para vigilancia, transporte y venta en el tráfico de drogas en el comercio, con información privilegiada o, a veces, incluso, de especies protegidas.

2. El derecho a la privacidad y la libertad de expresión en la era digital

La privacidad puede ser definida como el ámbito de la vida personal de un individuo, que se desarrolla en un espacio reservado. Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (DRAE), ‘privacidad’ es el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”, mientras que la ‘intimidad’ se refiere a la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”; sin embargo, el desarrollo de la sociedad de la información y la expansión de la informática y de las telecomunicaciones plantea nuevas amenazas para la privacidad que han de ser afrontadas desde diversos puntos de vista: social, cultural, legal, tecnológico, etc.

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que el derecho a la vida privada es un derecho humano: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia,

en la segunda mitad del siglo XX y su origen está ligado con los clubes y laboratorios del MIT (<https://es.wikipedia.org/wiki/Hacker>).

¹¹ Un vehículo aéreo no tripulado (VANT), o *unmanned aerial vehicle* (UAV), más apropiadamente Remotely Piloted Aircraft System (RPAS), comúnmente conocido como dron, se refiere a una aeronave que vuela sin tripulación, la cual ejerce su función remotamente. Un VANT no tiene tripulación, es reutilizable, capaz de mantener de manera autónoma un nivel de vuelo controlado, sostenido y propulsado por un motor de explosión, eléctrico o de reacción.

¹² <https://es.weforum.org/agenda/2018/10/derechos-humanos-y-tecnologia-union-imposible-o-contradiccion-permanente/>.

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”¹³

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagra al respecto:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, o lugar físico, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹⁴

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, establece:

Artículo 11. Protección de la honra y dignidad

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 estos ataques.¹⁵

A menudo, observamos que el derecho a la privacidad se presenta como un pasaporte que refuerza otros derechos, en la red y fuera de ella, incluyendo los derechos a la igualdad y a la no discriminación, y a la libertad de expresión y reunión. Sin embargo, la privacidad también es un valor en sí mismo, esencial para el desarrollo de la personalidad y la protección de la dignidad humana, que es uno de los temas centrales de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nos permite protegernos de las interferencias injustificadas en nuestras vidas y determinar cómo queremos interactuar con el mundo. La privacidad nos ayuda a establecer fronteras para limitar quién tiene acceso a nuestros cuerpos, lugares y objetos, así como a nuestras comunicaciones y a nuestra información.

No obstante, la privacidad no es un derecho absoluto, y puede ser limitada en algunos casos, por ejemplo, cuando las autoridades penitenciarias buscan en las celdas contrabando de artículos, como drogas y armas. Sin embargo, las intrusionas en la privacidad deben ser proporcionales al beneficio que esto aporta a la sociedad.

¹³ <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

¹⁴ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

¹⁵ Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, coords., *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 2.ª ed. (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Nomos, S.A., 2019), 349.

La privacidad, especialmente la privacidad digital, puede parecer un concepto abstracto. A medida que han ido aumentando las preocupaciones sobre el terrorismo en los últimos años, los gobiernos han tratado de inmiscuirse cada vez más en la privacidad de los ciudadanos, apelando a la seguridad nacional. “Si no tiene nada que ocultar”, argumentan, “¿qué le preocupa?”

Quizás el valor de la privacidad se pueda entender más fácilmente en el mundo de lo físico. Supongamos que alguien irrumpió en su casa y no se llevó nada, sino que husmeó en sus armarios y leyó sus cartas privadas. Tal intrusión, a la mayoría de nosotros, como mínimo, nos haría sentir incómodos. No obstante, algo muy similar está sucediendo hoy en las ciudades repletas de cámaras de televisión de circuito cerrado, con empresas que venden información sobre su historial de búsquedas en internet y con la vigilancia del Gobierno sobre las personas.

En este sentido, es importante destacar que existen instrumentos internacionales, algunos ya mencionados, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, que tienen jerarquía constitucional originaria –conforme el bloque de constitucionalidad. Estos instrumentos tienen rango constitucional y han sido considerados por distintos jueces para forjar jurisprudencia en los casos sometidos a su jurisdicción

Sin duda, la privacidad es un derecho humano y un garante de la dignidad humana. La privacidad es importante para mantener la seguridad personal y proteger la identidad; pero, además, es imprescindible para promover otro derecho humano, el de la libertad de expresión en la era digital.

Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó un documento especial en el año 2013, denominado “Libertad de expresión e internet”, que de manera resumida estableció, o más bien reforzó, el contenido de la normativa interamericana, al señalar que la libertad de pensamiento y expresión es la piedra angular de cualquier sociedad democrática. El sistema interamericano de derechos humanos, en particular, le da un alcance muy amplio:¹⁶ el artículo 13 de la Convención Americana garantiza a toda persona el derecho a la libertad de expresión, y precisa que este derecho comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

¹⁶ CIDH, Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III, Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, párr. 3.

El artículo 13 se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de internet.¹⁷ El entorno en línea no solo ha facilitado que los ciudadanos se expresen libre y abiertamente, sino que también ofrece condiciones inmejorables para la innovación y el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho a la educación y a la libre asociación.¹⁸ Como lo ha sostenido la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son cruciales para el desarrollo político, económico, social y cultural, así como un factor esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales.

En este documento, la Relatoría Especial pone a disposición de todos los Estados de la región principios generales de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el entorno digital.

Estos principios buscan servir de guía a gobiernos, órganos legislativos y administrativos, tribunales y sociedad civil, para allanar el camino en este escenario conceptual y técnicamente novedoso, y para promover la revisión y adopción de legislación y prácticas, en aras de lograr el pleno ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en Internet.

La CIDH, a través de la Relatoría, señaló que algunos países de la región han comenzado a adaptar su legislación interna a los principios internacionales en materia de derechos humanos aplicables al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en internet.¹⁹

¹⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet, A/HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012, párr. 1.

¹⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, 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. 61, <http://ap.ohchr.org/documents/>.

¹⁹ México aprobó un proyecto de reforma de su Constitución Política en materia de telecomunicaciones. En su artículo 7 declara el principio de inviolabilidad de la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio, incluyendo la prohibición de restringir este derecho por vías o medios indirectos, “tales como el abuso de controles oficiales o particulares [...] de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones”. En Chile se han adoptado importantes leyes destinadas a proteger la libertad de expresión en internet, como la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual, que limita la responsabilidad de intermediarios por contenido generado por terceros, instaura un estándar judicial para la eliminación de contenidos infractores y crea nuevas excepciones al consentimiento del titular de derechos. Además, de manera ejemplar, la Ley 20.453 consagró el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet, donde prohíbe el bloqueo, la interferencia, la discriminación, el entorpecimiento y la restricción del derecho de cualquier usuario para “utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”. Argentina sancionó la Ley 26.032 de Servicio de Internet, que consagra expresamente la garantía de amparo de la

Tanto la libertad de expresión como la privacidad son derechos fundamentales, reconocidos de igual manera en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por convenciones internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y en muchas constituciones nacionales, pero, ¿cómo se relacionan el uno con el otro?

Generalmente se piensa que estos dos derechos deben estar en conflicto, y en ocasiones ese es el caso, más notablemente cuando los tabloides o un *blogger* quieren revelar algo sobre la vida privada de una celebridad –particularmente detalles íntimos sobre su vida sexual–, que preferiría guardarlo para sí misma y unos pocos amigos. Pero, a menudo, la privacidad es necesaria para la libertad de expresión. Los amigos y amantes no pueden comunicarse abiertamente los unos con los otros, a menos que estén seguros de que sus conversaciones no van a ser escuchadas y archivadas por el Gobierno, o repetidas por los medios de comunicación. Incluso, las conversaciones políticas pueden requerir privacidad, como sucede cuando servidores públicos y ministros, o socios de la coalición, discuten temas sensibles de políticas públicas; ellos pueden no querer revelar, o al menos por el momento, sus conversaciones al público en general, y algunas cortes, como la Corte Constitucional Alemana, han sostenido que estas conversaciones pueden ser protegidas bajo un tema de privacidad.

Pero ¿cómo se deberían resolver los conflictos entre la privacidad y la libertad de expresión? Ni el derecho constitucional, ni siquiera la normativa convencional, pueden proteger ambos derechos cuando ocurren estos conflictos, ya que ninguno es absolutamente protegido. Consideramos prudente preguntarnos cuál es el valor de la expresión en el caso particular y compararlo con la importancia de la privacidad, que sería sacrificada si se le diera prioridad a la libertad de expresión. Si la expresión, por ejemplo, de un artículo en un periódico o en un blog contribuye a importantes debates políticos o sociales y no se entromete demasiado en detalles íntimos sobre la vida privada de un individuo, digamos que menciona de pasada sus preferencias de alimentos o la ropa que usó para una fiesta, la libertad de expresión debe prevalecer sobre la privacidad. Pero si el artículo revela detalles íntimos de la vida sexual, o la historia médica de una celebridad, la privacidad debe ganar, porque es difícil ver cómo este tipo de revelación puede contribuir a importantes debates públicos.

Por supuesto, hay unos temas muy difíciles en esta área. ¿Cuánta privacidad sacrifica un político cuando entra a la vida pública? Supongamos que un periódico tabloide revela que usó drogas en la universidad y justifica la publicación de la historia con el argumento de que los votantes tienen derecho a saber el registro moral de alguien que está proponiéndose como candidato para ser elegido como miembro del parlamento. Por otro lado, puede argumentarse que incluso los políticos tienen derecho a cierta privacidad, porque de lo contrario pocas personas,

libertad de expresión para la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet.

excepto aquellos que son completamente insensibles, van a entrar a la vida pública, y más pocas aún, si se considera que nadie tiene un registro moral impecable.

Podemos decir que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes e interrelacionados: la mejora de uno de ellos facilita el avance de los otros, la privación de un derecho perjudica a otros. La libertad de expresión y la privacidad son parte explícita de este marco internacional de derechos humanos y son derechos habilitantes que facilitan la realización significativa de otros derechos humanos.

El deber de los gobiernos de respetar, proteger, promover y cumplir los derechos humanos es la base de este marco de derechos. Ese deber incluye garantizar que las leyes, regulaciones y políticas nacionales sean consistentes con las leyes y estándares internacionales de derechos humanos respecto de libertad de expresión y privacidad.

Es importante también destacar que el concepto de privacidad se encuentra vinculado al de la intimidad, derecho garantizado en los principales instrumentos interamericanos y universales de derechos humanos, que en los últimos años viene adquiriendo una dimensión nueva, con retos que exigen un balance entre el derecho a la intimidad del individuo y los avances en el mundo de las tecnologías de información y comunicación.²⁰ Así lo han reconocido los países de América, cuya tendencia muestra la incorporación del derecho a la protección de datos personales en sus ordenamientos constitucionales y el desarrollo de normativa especial en la materia.

Por ello, las empresas TIC tienen también la responsabilidad de respetar y promover los derechos de libertad de expresión y privacidad de sus usuarios.

3. La protección de datos personales

La privacidad sufre hoy embates provenientes de diferentes ámbitos. Uno de ellos, quizá el menos visible, es el que se refiere a los datos personales y mucho más si se trata de datos sensibles. Nos preguntamos: ¿de dónde proviene esta necesidad de salvaguardar la intimidad y plasmarla en el derecho a la privacidad? Desde sus orígenes, este derecho se va constituyendo como protección a la vida privada en contraposición con la vida pública.

El impacto de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana de todos los ciudadanos genera la necesidad de proteger cada vez más la intimidad y privacidad frente a una

²⁰ De acuerdo con la UNAM, las tecnologías de información y comunicación (TIC) contemplan el conjunto de herramientas relacionadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de la información, así como el conjunto de procesos y productos derivados de las nuevas herramientas (*hardware* y *software*) en su utilización en la enseñanza. Las nuevas generaciones están más que acostumbradas a conceptos como *community manager*, *marketing* digital, redes sociales, tiendas *online* o transformación digital, conceptos que hace diez años apenas comenzaban a vislumbrarse. Estos nuevos modelos han sido consecuencia de las nuevas TIC, que han revolucionado el mercado laboral (Nadia Luna, ¿Qué son las TICs?, *Entrepreneur*, <https://www.entrepreneur.com/article/308917>).

innumerable cantidad de violaciones de dichos derechos que se producen por la falta de una protección clara y precisa. En ese sentido, la existencia de la institución constitucional *habeas data*²¹ como vía de amparo especial destinada a asegurar la vigencia efectiva del derecho a la privacidad frente al uso abusivo del tratamiento automatizado de la información nominativa, ha representado un paso muy significativo en la mayoría de los países de América.

De otro lado, no hay duda de que la existencia de internet es un nuevo factor que afecta en alguna medida el derecho a la privacidad, dado que genera serios problemas de seguridad personal y comercial debido a los fraudes y engaños de las ventas por comercio electrónico. También, y usando el mismo medio, se señala el riesgo de las nuevas técnicas de tratamiento de datos y la comisión de delitos informáticos por los *hackers*. Estas violaciones de la privacidad están asociadas a los nuevos modos informativos y generan un profundo interés; por ello, hacen olvidar muy frecuentemente las violaciones de la privacidad en los denominados datos sensibles. Incluso, actualmente hay una fuerte corriente de opinión que entiende que la distinción entre datos personales sensibles y los que no lo son ha desaparecido. Esto se apoya en que es posible llegar a obtener datos sensibles a partir de la prospección de un sinfín de datos personales no sensibles. Esto une las dos problemáticas y señala la necesidad de proteger los derechos personalísimos de los ciudadanos frente al uso de los datos personales por parte del poder.

Para ello, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA viene trabajando en la regulación de la protección de datos a través de posibles instrumentos internacionales, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Unión Europea y el Consejo de Europa. Ya en 2012 se preparó un documento con 12 principios de privacidad y protección de datos personales en las Américas, cuyo objetivo consiste en evitar daños a las personas derivados de la obtención o del uso incorrecto o innecesario de sus datos personales. Estos principios incluyen i) propósitos legítimos y justos, ii) claridad y consentimiento, iii) pertinencia y necesidad, iv) uso limitado y retención, v) deber de confidencialidad, vi) protección y seguridad, vii) fidelidad de la información, viii) acceso y corrección, ix) información sensible, x) responsabilidad, xi) flujo transfronterizo de información y responsabilidad y xii) publicidad de las excepciones.

De otro lado, las nuevas legislaciones en materia de protección de datos personales en la UE²² ponen de manifiesto el derecho de los ciudadanos a procurar

²¹ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional, recurso extraordinario*, 3.ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 1993), 1.

²² El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) es el instrumento europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y a la libre circulación de los datos personales. Entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y fue aplicado el 25 de mayo de 2018, dos años durante los cuales las empresas, las organizaciones, los organismos y las instituciones se fueron adaptando para su cumplimiento. Es una normativa de la Unión

su privacidad, especialmente en la era digital, mismo que a lo largo de los años ha representado una preocupación constante. Si bien la protección de los datos personales no determina todos los aspectos de la privacidad, en la actualidad se han convertido en un elemento básico para cuidar de nuestra información en el contexto de las nuevas tecnologías, ya que, en conjunto con las actividades en internet, definen nuestra identidad digital. Sin duda, se trata de elementos básicos para mantener la percepción de privacidad.

4. Protección de la dignidad humana en los tribunales de justicia

“Señor R.M. ¿a usted no le da pena que se sepa que es un ratero? (denúncieme) ¿cómo anda de lomotil y dizeán?”; “SAYCO es un antro de corrupción: ni recauda ni distribuye como lo exige la ley y la decisión andina. Roba como lo ordena M., ¿hasta cuándo va a seguir con sus delitos? ¿hasta cuándo va a seguir robándoles a unos socios sus sagrados derechos de autor para regalárselos a sus amigos? ¡y no son tres pesos! ¡son millones! ¡miserable!”; “R.M. es una deshonra para su profesión y para el notariado. Lo reto a un debate para probárselo”.²³

Con este tipo de mensajes abre el debate una sentencia de tutela²⁴ de la Corte Constitucional de Colombia, respecto a que el señor R.B., en distintas oportunidades, ha publicado escritos en sus cuentas de Facebook y YouTube en los que tacha de “ratero”, “mafioso”, “corrupto”, entre otros calificativos, al señor R.M.M., quien advierte que se están desconociendo sus derechos fundamentales al buen nombre, a la dignidad y a la intimidad, pues no solo se le está atacando en su calidad de miembro de Sayco –Sociedad de Autores y Compositores de Colombia–, sino además en su condición de Notario Primero de Santa Marta. Por tanto, solicita que a través de

Europea, por lo que cualquier empresa de la Unión o aquellas que allí tengan negocios y manejen información personal deberán acogerla.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-6.683.135 de 12 de septiembre de 2019, Rafael Manjarrez Mendoza contra Rafael Guillermo Ricardo Barrios, <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/757694441>.

²⁴ La acción de tutela es considerada la más efectiva herramienta de defensa de los derechos fundamentales y el artículo más popular y más invocado de la Constitución de 1991. A partir de su aparición se convirtió rápidamente en una medida de uso común, en el mayor hito de la nueva Constitución y, a la vez, en el mecanismo que dio a conocer masivamente la carta política y la acercó, como ninguna otra en la historia, a todos los colombianos. La tutela fue instaurada como una acción, no como un recurso, que se ejerce por la violación de un derecho fundamental ante cualquier juez de la República. Es un mecanismo sencillo, sin mayores consideraciones técnicas, al punto que se puede invocar oralmente y, como como es de su esencia, sin abogado.

la acción de tutela se ordene al señor R.B. retirar de sus redes sociales y sus canales de YouTube todo el material (videos, estados, comentarios, fotos, etc.) que contenga información expresa o táctica que por ser injuriosa, calumniosa y deshonrosa, atente contra sus derechos fundamentales.

Los abusos, la irresponsabilidad y la constante violación de los derechos fundamentales de las personas, que en la mayoría de los casos ven mancillados su nombre, reputación y honorabilidad a través de las redes sociales, es en esencia lo que la Corte Constitucional de Colombia busca hilvanar entre la libertad de expresión en el mundo digital y la vulneración de los derechos antes anotados.

En este sentido, esta vulneración que afecta la dignidad humana es protegida en Colombia a través de la tutela, institución constitucional inexistente en otros países, que más bien acuden al amparo de derechos fundamentales, aunque hasta ahora la experiencia tribunalicia de los países latinoamericanos no ha tenido mayor efectividad; sin embargo, la parte negativa de la tutela colombiana es la demora en su resolución, dada la cantidad de peticiones que conocen, calificándose la existencia de “tutelatón”.²⁵ La sentencia de la acción de tutela de R.M. tomó siete años, hecho que preocupa porque podríamos decir que justicia tardía no es justicia, y más cuando se trata de ofensas a niños, niñas y adolescentes, que son más vulnerables y propensos a vías como el suicidio ante el constante acoso (*bulling*) o ciberacoso (*cyberbulling*).²⁶

En términos generales, en casi todos los países existen ejemplos en los que a través de las redes sociales se descuartiza a cualquiera. Se denigra de quien sea. En las redes se habla para bien o para mal. Se informa correctamente o se miente de manera cínica, descarada e irresponsable.

Referente a este debate, el tribunal constitucional colombiano ha venido emitiendo una serie de decisiones sobre el uso de información en redes sociales. Existen varias tutelas que ha resuelto el tribunal sobre el uso de fotografías, rectificación de información y opiniones emitidas a través de la web.

Sobre ese tipo de temas, la Corte ha dicho que quien emite algún tipo de información por las redes sociales tiene la misma responsabilidad que un periodista. Lo

²⁵ Cuando personas que sufren una misma acción u omisión de una entidad pública o particular, recurren a la tutelatón en busca de la protección de sus derechos fundamentales. Por tal motivo, el Ministerio de Justicia y del Derecho expidió el Decreto 1834 de 16 de septiembre de 2015, que regula todo lo concerniente a este tipo de situaciones (https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-seccional-de-la-judicatura-de-caldas/portal/historico-de-noticias/-/asset_publisher/ntso1307Ve4i/content/id/7217865).

²⁶ Acoso virtual es el uso de redes sociales para molestar o acosar a una persona o grupo de personas mediante ataques personales, divulgación de información confidencial o falsa, entre otros medios. Los actos de ciberagresión poseen unas características concretas que son el anonimato del agresor, su velocidad y su alcance. Puede constituir un delito penal. El ciberacoso implica un daño recurrente y repetitivo infligido a través de los medios electrónicos. Según R. B. Standler, el acoso pretende causar angustia emocional, preocupación y no tiene propósito legítimo para la elección de comunicaciones (Ronald B. Standler, *Computer Crime*, 2002, <http://www.rbs2.com/ccrime.htm>).

anterior quiere decir que debe existir la obligación de que la información transmitida sea veraz e imparcial, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y, en lo posible, exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que el uso de fotografías está prohibido si no existe el permiso del autor. Esto quiere decir que se requiere autorización por parte del titular para que pueda ser utilizada por terceros. Sobre las opiniones en redes sociales, la Corte ha dicho que aunque es derecho de cada persona emitir sus opiniones y conceptos, estos deben ser respetuosos y no transgredir los derechos de los demás. En una de sus sentencias, el alto tribunal señala: “Si se trata de una opinión gozará de una salvaguarda mayor, pero se somete al uso de un lenguaje respetuoso de la honra y el buen nombre de los demás”.²⁷

Sobre ese tema también advierte que cuando se trata de opiniones sobre interés público, “el amparo será más amplio dada la importancia de estos asuntos para la colectividad y la mayor carga soportable de los personajes públicos, siempre que se respeten los límites”.²⁸

Pero las rectificaciones no se quedan atrás. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la persona obligada a rectificar debe hacerlo por el mismo medio y de la misma forma en que se equivocó, y debe ser la misma persona quien haga la rectificación reconociendo la falsedad o el error en el que incurrió. Además se ha dejado claro a través de las sentencias de tutela que “no se puede violar la presunción de inocencia” de las personas.

Sin embargo, la Corte colombiana, en recientes decisiones, ha citado a audiencias públicas para dejar sentadas las reglas para el uso de la información a través de las redes sociales, a fin de revisar la delgada línea entre la libertad de expresión en internet y la protección de la honra y dignidad personales, así como los eventos en que el juez debe intervenir de manera excepcional.

Los problemas jurídicos que correspondía dilucidar al tribunal constitucional se concretaron en determinar i) ¿en qué circunstancias procede la acción de tutela entre particulares ante cualquier afirmación publicada en redes sociales que el afectado considere transgresora de sus derechos a la honra y al buen nombre?, ii) ¿cuál función de protección de los derechos fundamentales tienen las redes sociales ante señalamientos delictivos o afirmaciones difamatorias en su contra? y iii) la plataforma de internet administradora de la herramienta o red social por medio de la cual se hicieron las publicaciones ¿cuenta con responsabilidad en el hecho vulneratorio de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre?

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 26 de junio de 2018, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-244-18.htm>.

²⁸ Departamento Administrativo de la Función Pública, “Concepto 3446512”, 3, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=144793.

Para resolver, la Corte consideró, en primer lugar, los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela en materia de libertad de expresión en redes sociales. Posteriormente, la tensión que se plantea entre el derecho a la libertad de expresión en redes sociales y el derecho a la honra y buen nombre.²⁹

5. Una constitución para la era digital

Los valores morales a los que hicimos referencia en la parte introductoria no solamente forman parte del sistema jurídico de las constituciones de los países de tradición liberal-democrática, sino que ocupan un lugar sobresaliente y son el fundamento de toda una lista de derechos humanos fundamentales, que destacan la dignidad humana.

En este tiempo de internet, cada día existe la posibilidad de vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad o privacidad, así como a aspectos referidos al honor, conocidos como derechos personalísimos³⁰ o derechos de la personalidad; ahora, con las redes digitales o redes sociales, como Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, YouTube, entre otras, se afecta en mayor medida el derecho a la imagen y a la intimidad, y su mal uso se constituye, a veces, en delitos de calumnia o injuria, y en algunas legislaciones en delito de difamación. Encontramos ejemplos de estos presuntos delitos por parte de algunos periodistas o comunicadores sociales, bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión o libertad de información, transgrediendo todo tipo de ética profesional, sin que al afectado se le otorgue el uso del derecho de rectificación o réplica.

Por ello, consideramos, es tiempo de que los distintos Estados vayan pensando en una constitución para la era digital, a fin de reiniciar las democracias, así como modelos digitales para establecer sólidos mecanismos de garantía de protección de los derechos fundamentales.

Con el coronavirus (covid-19),³¹ el mundo ha cambiado y hemos estado adaptando nuestras vidas, nuestros trabajos, nuestras industrias e incluso nuestros hábitos, al uso de la telemática. Era solo cuestión de tiempo antes de que este avance tecnológico comenzara a dar forma, igualmente, al sistema político en general. El problema hoy es que tenemos un marco legal análogo que enfrenta una revolución digital, un desajuste que pone en peligro la protección de los derechos de los ciudadanos. De

²⁹ <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/comu-sent-su-420-19.pdf>.

³⁰ Carlos A. Ghersi, *Derechos personalísimos* (Buenos Aires: Editorial La Ley Argentina, 2015).

³¹ Covid-19 (acrónimo del inglés coronavirus disease 2019), también conocida como enfermedad por coronavirus, es una enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2. Se detectó por primera vez en la ciudad china de Wuhan (provincia de Hubei), en diciembre de 2019. Al llegar a más de 100 territorios, el 11 de marzo de 2020 fue declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

ahí, el pensar en cambios constitucionales o una manera de pensar diferente por parte de nuestros tribunales en cuanto a una interpretación constitucional ampliada sobre lo que realmente vivimos.

Ejemplo de lo anterior es que nuestras democracias han sido directamente desafiadas por la revolución digital. Desde la campaña del expresidente norteamericano Obama en el año 2008, hasta las últimas elecciones presidenciales en varios países del mundo, se ha visto cómo las herramientas digitales están remodelando nuestra práctica democrática.

Las redes sociales se están convirtiendo en un foro privado de deliberación, donde los políticos y los ciudadanos se enfrentan a diario y donde la sociedad civil se está organizando y movilizándose. Paralelamente, casi todas las democracias maduras están aceptando el hecho de que los ciudadanos desean participar en el proceso de toma de decisiones. Los gobiernos de todo el mundo han entendido que la transparencia y los datos abiertos son clave para la rendición de cuentas y esenciales para recuperar la confianza de los ciudadanos.

En este sentido, podemos encontrar experiencias como la de Islandia, donde, durante el verano y el otoño de 2011, los miembros del Consejo Constitucional publicaron, de manera consecutiva, 12 proyectos de constitución en una página de internet y en Facebook. Se recibieron más de 16.000 sugerencias por correo electrónico y redes sociales. Los miembros del Consejo respondieron algunos de ellos y, de forma consecuente, actualizaron los borradores de los proyectos de constitución.³² La versión final reflejó las preferencias incluidas en las sugerencias enviadas por los ciudadanos con respecto a la forma y al contenido del texto constitucional, así como novedades, por ejemplo, la relacionada con la tipificación de un derecho fundamental a internet.³³ A pesar de que esta versión fue sometida a un referendo no vinculante, que obtuvo la aprobación de más de dos tercios de los votantes, el Parlamento nunca adoptó el proyecto resultante. Chile también utilizó plataformas en línea para promover la participación ciudadana en procesos de construcción y de reforma constitucional, cuando el 13 de octubre de 2015, la entonces presidenta Michelle Bachelet anunció un itinerario para reemplazar la Constitución de 1980.³⁴ De otro lado, varios países están invirtiendo en programas de identidad digital para desarrollar su estrategia de gobierno digital, donde las tecnologías digitales se están convirtiendo en un componente arraigado de nuestras democracias modernas.

Así las cosas, internet se ha alejado de sus valores originales. Hoy nos enfrentamos a la privatización de la esfera digital, con un número muy pequeño de actores que definen cómo usamos la red y cómo se comparten y valoran nuestros datos.

³² Hélene Landemore, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", *The Journal of Political Philosophy* 2, n.º 23 (2015): 174.

³³ Landemore, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", 176.

³⁴ https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150429_chile_constitucion_80_bachelet_irm.

También estamos viendo el surgimiento de dos modelos digitales geopolíticos que, en mi opinión, no están orientados a los ciudadanos. A su derecha, el modelo estadounidense, donde la competencia agresiva y una política orientada al mercado está construyendo un modelo sin equilibrios de poder. A su izquierda, el modelo chino, una visión orientada al Estado, donde prevalecen la centralización y la censura, y donde los derechos digitales son, probablemente, inexistentes.

Necesitamos encontrar un modelo para internet, donde la innovación se estimule a través de una competencia leal, donde la descentralización, la apertura y la neutralidad sean la regla, y donde los ciudadanos estén protegidos. Por eso creo que es hora de incluir un conjunto de principios y valores de la era digital en nuestras constituciones.

La inclusión de la neutralidad de la red como principio básico garantiza la igualdad y la no discriminación en el intercambio de información y datos sobre todo tipo de comunicaciones digitales. Concretamente, a medida que internet se está convirtiendo en una herramienta esencial para nuestra ciudadanía moderna, debemos garantizar el tratamiento igualitario de los datos y los flujos de información para todos. De ahí, el nacimiento de leyes para protección de datos en muchos países, iniciando por Europa y posteriormente en Latinoamérica.

Si entendemos la democracia a través de la perspectiva del filósofo alemán Jürgen Habermas, internet es una esfera pública donde tiene lugar la deliberación y el debate a gran escala. La discusión, el intercambio de ideas y la deliberación son pilares del sistema democrático. No podemos dar las claves de nuestra democracia a empresas privadas o algoritmos inexplicables.

Por ello, Habermas considera que la deliberación se refiere a una cierta actitud hacia la cooperación social, que consiste en la apertura a dejarse persuadir por razones relacionadas con los derechos de los otros, al igual que con derechos de uno mismo. El medio de la deliberación es un intercambio de puntos de vista, efectuado de buena fe, que incluye las versiones de los propios participantes acerca de cómo entienden sus respectivos intereses vitales, donde un voto, si es que se vota, representa un agavillamiento y mancomunamiento de juicios.³⁵ De este modo, el espacio público es el mundo de la vida donde los ciudadanos interactúan constantemente, a partir de prácticas discursivas.

En este sentido, Habermas ya había señalado que la conectividad a través de redes sociales era una espada de doble filo: podría desestabilizar a algún gobierno autoritario, pero, al mismo tiempo, también erosionaría la esfera pública de las democracias.

A manera de ejemplo sobre algoritmos para el uso de la inteligencia artificial a nivel judicial, recientemente dos tribunales, uno de los Estados Unidos de América (Wisconsin) y otro de Europa, han conocido de disputas muy similares sobre el uso de algoritmos a la hora de juzgar y, sin embargo, las han resuelto de modo distinto. En realidad, los referidos algoritmos son dos programas informáticos utilizados

³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 347.

por organismos públicos; el primero, denominado Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*),³⁶ un programa de evaluación de las probabilidades de reincidencia de delincuentes, propiedad de una empresa privada y aplicado en los Estados Unidos; y el segundo llamado SyRI (*Systeem Risico Indicatie*, o sea, sistema indicativo del riesgo), un programa informático creado por el Gobierno holandés y amparado por la ley con el fin de procesar gran cantidad de datos procedentes de distintos departamentos administrativos para identificar a probables defraudadores en materia de beneficios y ayudas sociales, y de impuestos.

Estos dos ejemplos ponen de manifiesto cómo el uso de la inteligencia artificial empieza a aplicarse en el ámbito judicial, afectando el modo de controlar y resolver problemas. En verdad, las nuevas tecnologías están transformando, poco a poco, un ámbito especialmente tradicional y que, por su naturaleza, se resiste a los cambios.³⁷

Por ello, denotamos que existe un problema de tensión entre la idea del mundo digital como un espacio de libertad ilimitada de expresión y comunicación, y la del uso responsable de las tecnologías, y, por lo tanto, de sus límites. De ahí, la advertencia de las posibles consecuencias negativas de su abuso; pese al enorme potencial de las herramientas digitales, nos encontramos con problemas en el ámbito de la trata de personas, el terrorismo, la difusión de un discurso de odio, la manipulación de información, las noticias falsas (*fakenews*), el terrible abuso de menores de edad, con la difusión de imágenes de su abuso o explotación, que crece vertiginosamente, sin hablar de la propagación de la pornografía en el mundo digital, resultado de una pérdida general del sentido de la dignidad humana.

Frente a todo esto, es importante señalar que el concepto de privacidad se encuentra vinculado al de la intimidad, garantizado en los principales instrumentos interamericanos y universales de derechos humanos con una dimensión nueva, con retos que exigen un balance entre el derecho a la intimidad del individuo y los avances en el mundo de las TIC. Así lo han reconocido los países de las Américas, cuya tendencia muestra la incorporación del derecho a la protección de datos personales en sus ordenamientos constitucionales y el desarrollo de normativa especial en la materia. En cuanto a la protección de datos personales, existe no solo un componente de carácter nacional, sino también uno estrictamente internacional, impuesto por el

³⁶ Tribunal Supremo de Wisconsin, Sentencia de 13 de julio de 2016, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis.2016).

³⁷ Byung-Chul Han se refiere a las diferencias políticas y culturales entre Oriente y Occidente, a la distinta actitud frente a la vigilancia digital y a la efectividad en la lucha contra el coronavirus. Este pensador coreano con muchos años de residencia en Alemania explica que con datos del 20 de marzo de 2020 todo parece indicar que Asia tiene mejor controlada la pandemia que Europa, lo que se explica, en particular y entre otras razones, por el uso masivo en China y Corea de tecnologías de la información, dado que “la conciencia crítica ante la vigilancia digital es en Asia prácticamente inexistente” (Byung-Chul Han, “El virus y el mundo de mañana”, *El País*, 22 de marzo de 2020, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>).

cambio tecnológico, su velocidad y alcance, que trasciende las fronteras nacionales. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, recomienda la política de banda ancha para América Latina y el Caribe.³⁸

En el derecho latinoamericano hay referencias a la necesidad de protección del individuo frente a los riesgos derivados de los avances tecnológicos, como las leyes de protección general de datos personales, asunto en el que Argentina es pionera, seguida por Colombia, Brasil, Perú y México, así como por los demás países latinoamericanos en fecha más reciente; sin embargo, la sociedad contemporánea afronta el reto de constitucionalizar nuevos derechos digitales. De ahí que Chile, Colombia, Ecuador, México, Brasil y Paraguay hayan elevado a rango constitucional el derecho a la protección de datos personales como un derecho constitucional autónomo.

De otro lado, el desarrollo jurisprudencial en los distintos sistemas internacionales de derechos humanos ha sido mucho más rico en lo relativo al derecho a la vida privada que con respecto al derecho a la protección de datos personales, no solo por su reconocimiento explícito en los instrumentos internacionales que le dan origen, sino por su propia antigüedad. De hecho, es valioso observar que, hasta el momento, la Corte IDH no se ha pronunciado de manera específica en ningún caso respecto del derecho a la protección de datos personales, a pesar de que un gran número de países sujetos a su jurisdicción lo contemplan dentro de su propio derecho interno con el carácter de derecho humano. De tal forma que el desarrollo internacional de la protección de datos personales se produce a nivel regional y, fundamentalmente en Europa, a partir de la propia construcción expansiva del derecho a la vida privada hasta el reconocimiento de su propia autonomía.

Se ha hecho un breve recorrido analítico de lo que abarca el derecho a la privacidad –con sus particularidades de derecho a la intimidad, libertad de expresión y protección de datos personales– como un derecho autónomo, que trasciende el mundo digital, donde se involucran la privacidad, la eliminación de la brecha digital, el acceso equitativo a internet y el uso de la inteligencia artificial de manera ética. Todo lo anterior permite reconocer los retos que debería afrontar la sociedad por medio de una constitución digital, cuyo corpus normativo recoja, al igual que las constituciones convencionales, los derechos y las obligaciones que parten de la vida digital, donde se preserven una serie de derechos básicos de los usuarios de internet. Necesitamos una constitución digital, una carta de derechos digitales para garantizar nuestros valores y derechos fundamentales en un futuro digital, aunque es la realidad actual.

Por estas y otras razones, somos del criterio de que los Estados deberían ir pensando en constituciones o en la formación de jueces con una interpretación constitucional acorde con la era digital en pro de la protección la dignidad humana.

³⁸ <http://oecd-ilybrary.org>.

6. Reflexiones finales

La importancia de las nuevas tecnologías para el ejercicio de los derechos fundamentales es un tema actual, novedoso o de futuro. Hemos analizado brevemente asuntos cruciales del mundo contemporáneo que requieren un rol activo tanto del Estado como de los entes privados, con mayor razón cuando estas nuevas tecnologías se constituyen en herramientas para la afectación de derechos, en condiciones que muchas veces dificultan su documentación, como cuando están blindadas por algoritmos bajo código cerrado o por procesos de toma de decisiones opacos y no transparentes.

Ello supone tanto un ejercicio mayor para documentar dichas prácticas, afectaciones e historias de daño, como medir el impacto de estas y de nuevas tecnologías que se avecinen sobre el estado actual del ejercicio de los derechos humanos. Así, es necesario analizar las tecnologías que nos rodean con curiosidad y distancia crítica para identificar rápidamente eventuales problemas en la práctica de los derechos fundamentales y exigir a los actores correspondientes que tomen medidas paliativas tanto tácticas como normativas orientadas a enfrentar dicha situación.

Las tecnologías que actualmente nos rodean deberían ser un foco crítico de atención, pero las tecnologías y prácticas de mañana seguramente serán diferentes y tendrán peculiaridades que parecerán ajenas al observador que no esté atento. De allí la importancia del rol de los distintos actores con el fin de asegurar que se tomen las medidas necesarias para minimizar cualquier posible afectación.

En este contexto, las empresas privadas no deberían minimizar las responsabilidades de las instituciones del Estado en cuanto al respeto a los derechos fundamentales. No solo porque este es el que, en muchas ocasiones (con particular énfasis en el entorno en línea, como cuando se trata de la vigilancia de las comunicaciones), tiene un rol estelar en la protección y defensa de tales derechos, sino también porque una de las mayores carencias reguladoras en diversos países de América Latina es la falta de políticas públicas que apunten en esa dirección.

En la medida en que los gobiernos de la región modernicen sus políticas públicas estarán en una mejor posición para promover, al mismo tiempo, prácticas privadas más avanzadas y, de esta manera, podrán garantizar en internet un espacio seguro para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2008.
- BYUNG-CHUL HAN. “El virus y el mundo de mañana”. *El País*, 22 de marzo de 2020. <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>.
- GHERSI, Carlos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Editorial La Ley (Argentina), 2015.

- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- HERNÁNDEZ, Claudia. “Big data: o cómo los datos masivos están cambiando el mundo”. ¿Cómo ves? Revista de la Dirección General de Divulgación de la Ciencia (UNAM), 3 de mayo de 2020. <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/241/big-data-o-como-los-datos-masivos-estan-cambiando-el-mundo>.
- LANDEMORE, Hélène. “Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment”. *The Journal of Political Philosophy* 2, n.º 23 (2015).
- LUNA, Nadia. “¿Qué son las TICs”. *Entrepreneur*, 14 de noviembre de 2018. <https://www.entrepreneur.com/article/308917>.
- PALOMO, Eduardo. *Cita-logía*. Toledo: Editorial Punto Rojo Libros, 2013.
- POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Madrid: Paidós Ibérica, 2017.
- SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional, recurso extraordinario*, 3.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- STEINER, Christian y Marie-Christine FUCHS, eds. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 2.^a ed. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Nomos, S.A., 2019.