

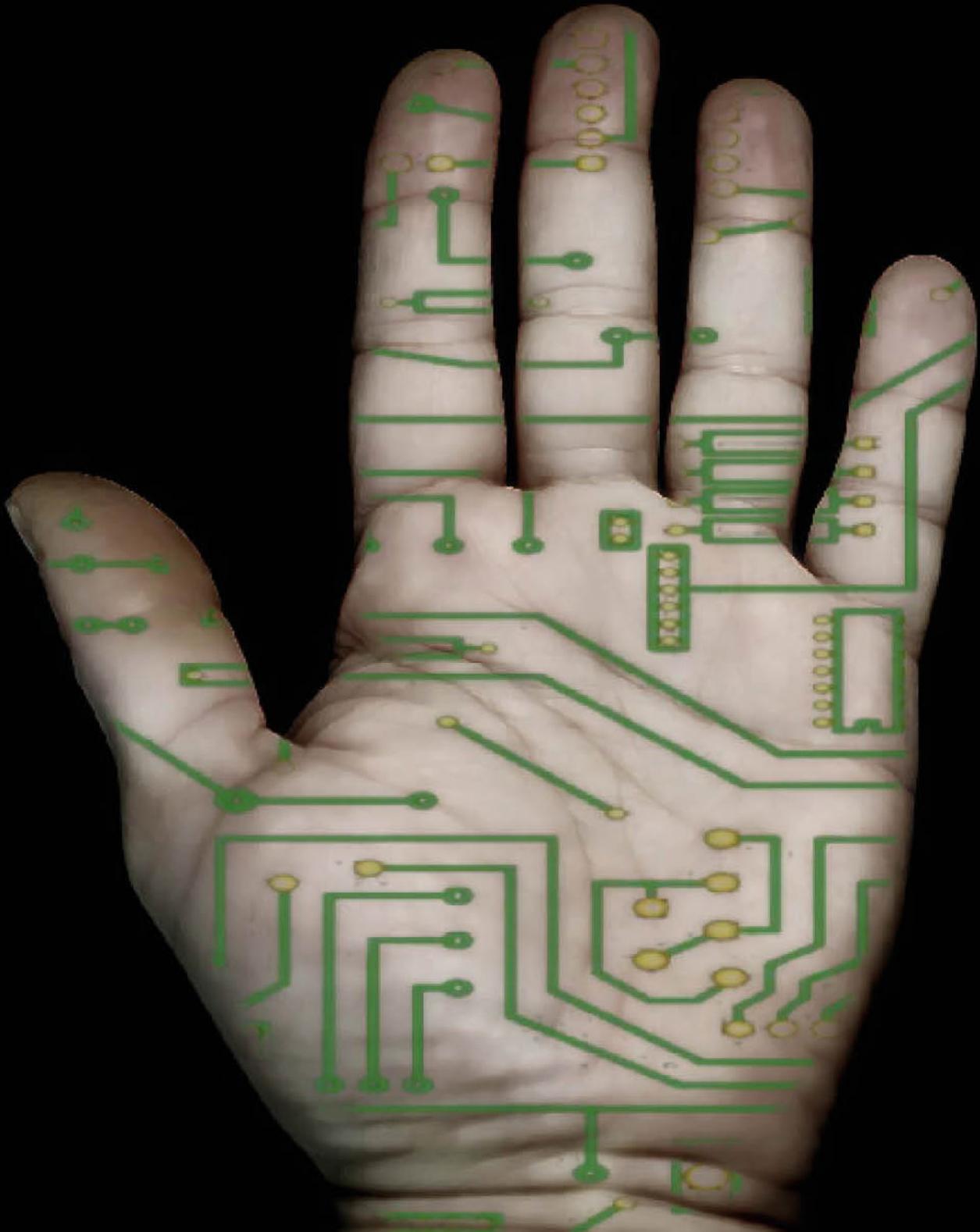
Desafíos Jurídicos

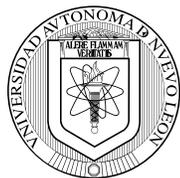
La Conjugación del Derecho



ISSN: 2954-453X

ENERO-JULIO. 2023 .VOLUMEN III, NO.4. PUBLICACIÓN SEMESTRAL





UANL

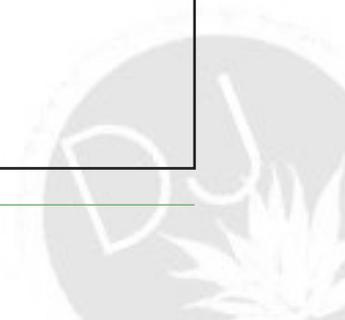
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Sobre la revista

Desafíos Jurídicos Vol. 2 Núm. 3, Julio-Diciembre 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.



Equipo Editorial

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

COMITÉ EDITORIAL: Amalia Guillén Gaytán, Alberto Rojas Ríos, Alonso Martínez Arrieta, David Emmanuel Castillo Martínez, Gina Jaqueline Prado Carrera, Humberto Sierra Porto, José Luis Prado Maillard, Juan Ángel Salinas Garza, Julio Ortiz Gutiérrez, Lucio Pegoraro, Luis Bustos, Luis Ferney, Mario Alberto García Martínez, Martha León Alonso, Mercedes Iglesias Báez, Michael Gustavo Núñez Torres, Mohammad H. Badii Zabeh, Rafael Estrada Michel, Rodrigo Maldonado Corpus.

COMITÉ CONSULTIVO: Alicia Azzolini Bincas, Carlos Báez Silva, Carlos Ugo Santander, Dealmy Delgadillo Guzmán, Edson Jesús Quindés James, Eloísa Quintera, Félix Guadalupe Contreras Arguiropulos, Fernando Hernández Silva, Gabriela Carmona Ochoa, Héctor S. Maldonado Pérez, Helio Iván Ayala Moreno, Hugo José Regalado Jacob, Joaquín Merino, Juan Antonio Caballero Delgadillo, Livier Olivia Escamilla Galindo, Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Miguel Ángel Rivera López, Nancy Nelly González Sanmiguel.

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Decisiones” ©2022



Índice

ARTÍCULOS

- 10-23** **Vivir o convivir: La disyuntiva en la era de la incursión de las tecnologías de inteligencia artificial en la cotidianidad**
Juan Carlos Sánchez Aguirre (Universidad de Costa Rica)
-
- 24-37** **La categoría dogmático penal de la tipicidad, el principio de legalidad y los delitos informáticos en la legislación ecuatoriana. Ciberseguridad y criminalidad informática**
Alfredo Islas Colín y Marilyn Sarai Avalos Huesca (Universidad Central del Ecuador y Universidad de los Hemisferios)
-
- 38-49** **El constitucionalismo de la IA**
Ariel Agramont Loza (Universidad Católica Boliviana)
-
- 50-77** **El panorama legislativo de la protección de datos en Latinoamérica en el período 2018-2022**
Yarina Amoroso (Universidad de Ciencias Informáticas) y Jacqueline Guerrero (Universidad Internacional del Ecuador)
-
- 78-93** **Los retos actuales del derecho mexicano en materia informática y su legislación como medio de prevención de controversias a futuro**
Brenda Yamila Castillo Alvarado (Universidad de las Américas Puebla)
-
- 94-107** **Contribuciones para consolidar la carta peruana de derechos digitales**
Katty Agripina Pérez Ordoñez (Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez)
-
- 108-121** **El movimiento “rules as code” y el modelo “og”. a propósito de un espacio a mejorar de modo acelerado**
Marcelo Bauzá Reilly (Universidad de la República del Uruguay)
-
- 122-137** **Alcance del Trato de Nación más Favorecida (TNMF) y su aplicación en derechos adjetivos, a partir de la interpretación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) en cada uno de los Tratados Base en los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT).**
Paola Stephania Muñiz Lupian (Universidad Autónoma de Nuevo León)

CRITICA JURISPRUDENCIAL

- 140-151** **El impacto de la discapacidad dentro del divorcio sin expresión de causa a la luz de lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer del juicio de amparo directo 12/2021**
Napoleón Narváez Treviño (Universidad Autónoma de Nuevo León)

RESEÑA DEL LIBRO

- 154-159** **Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica (Larry Laudan)**
Edwin Horacio Gracia Elizondo (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Presentación

Desafíos Jurídicos es una revista editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León a través de la Facultad de Derecho y Criminología que tiene como objetivo difundir la ciencia jurídica de actualidad como elemento estructurador de baluartes jurídicos que fortalecen el Estado de Derecho y la Cultura de la Legalidad.

La sinergia entre la revista Desafíos Jurídicos y el Doctorado en Derecho, el cual es reconocido como un programa de calidad por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; contribuye a generar productos científicos de alto nivel, tendentes a la consolidación y fusión de la docencia con la investigación científica.

El aporte de investigadores de reconocimiento tanto nacional como internacional contribuye a satisfacer las necesidades más acuciantes de las sociedades del siglo XXI en especial a las referidas con la administración e impartición de la justicia.

La Facultad de Derecho y Criminología comprometida con la sociedad neolonesa y del país, se enorgullece de contar con una revista científica de formato digital que sirva de plataforma en el desarrollo y difusión de conocimiento de impacto social que permee en las estructuras de la sociedad en el mejoramiento de todos los ciudadanos.

Desafíos Jurídicos afronta el reto de ser una de las revistas jurídicas más importantes de Latinoamérica.

Óscar P. Lugo Serrato
Director de la FACDYC



Editorial

La Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) fue constituida en el año 1984, con ocasión del “I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica”, celebrado en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana entre el 29 de octubre y el 2 de noviembre de 1984. En dicha ocasión los Presidentes de las Asociaciones Nacionales de Informática Jurídica adoptaron la decisión de creación de la FIADI con objeto de coordinar sus distintas corrientes de actividades, tales como congresos y publicaciones.

Desde 1984 hasta la fecha la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) ha desarrollado, casi sin interrupción, su actividad vinculada al Derecho y las Tecnologías y se ha consolidado como una instancia de cooperación, intercambio de experiencias y de generación, promoción y difusión de soluciones en torno a la Informática Jurídica, el Derecho Informático y/o el Derecho aplicable a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, reconocida internacionalmente.

FIADI ha desarrollado una intensa actividad académica de formación y promoción de estas temáticas mediante la organización de los Congresos Iberoamericanos de Derecho e Informática que suman a la fecha su versión XXIV, organizado en conjunto con la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, los días 26 al 28 de octubre de 2022.

Con el tiempo y para el mejor desarrollo de sus actividades FIADI incorporó entre sus asociados/as a personas físicas, bajo el único requisito de estar vinculadas al estudio y desarrollo del Derecho y las Tecnologías, situación que en la práctica ha hecho extender profusamente la red en Iberoamérica.

Ahora bien, es menester señalar que en el 2010 organizamos el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, del 25 al 30 de octubre del propio 2010, también en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

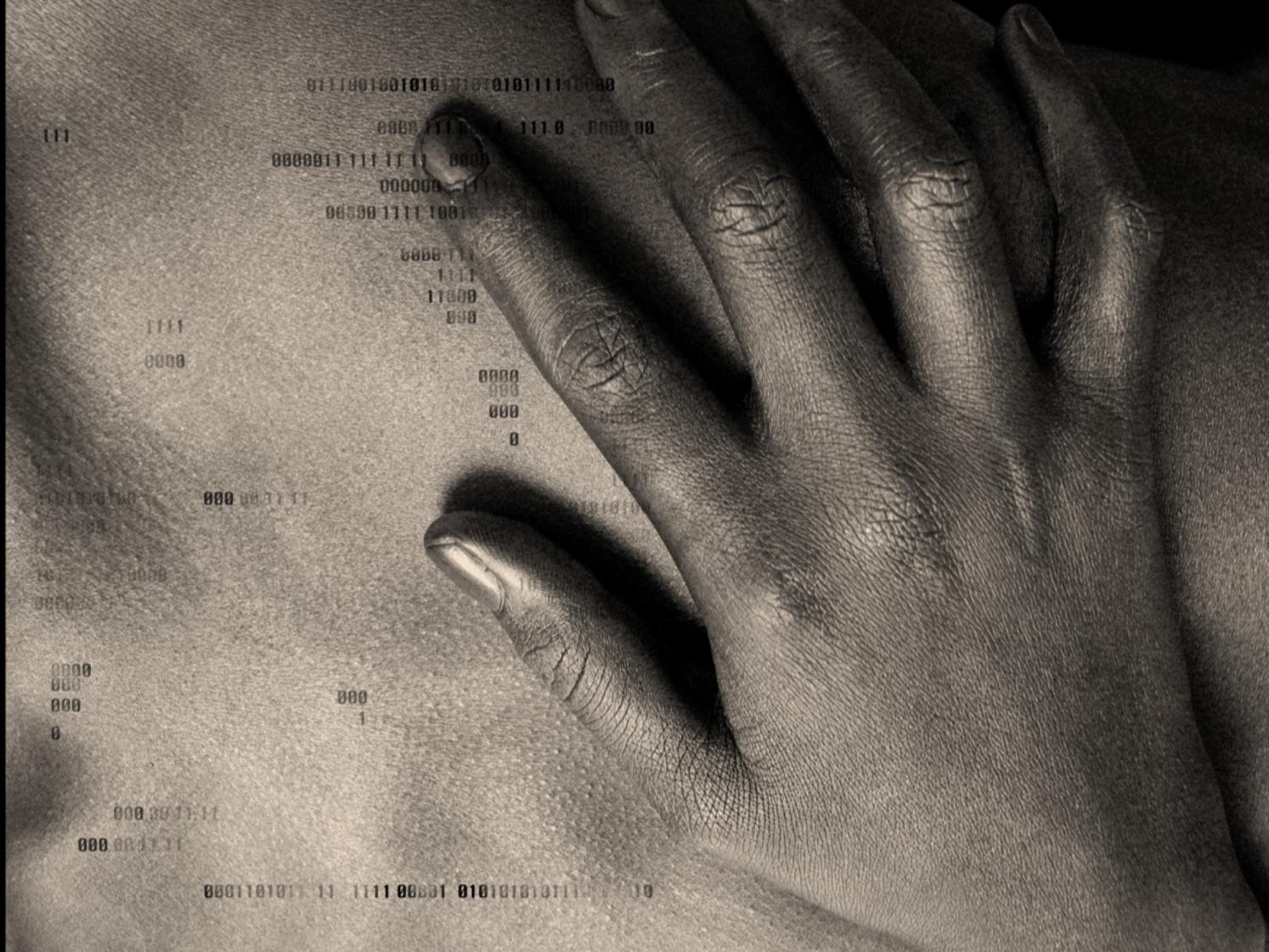
Ninguna persona en cualquier camino del aprendizaje profesional, no podemos dejar de lado el tema de tecnología, en lo individual es claro que la transformación digital ha jugado un papel importante en los últimos años, y más aún en tiempos de pandemia por Covid 19 con las diversas tecnologías disruptivas que hemos visto y utilizado, como lo vemos en gobierno digital, justicia electrónica desde lo que hemos avanzado en la procuración e impartición de justicia, con la pandemia. Ahora los retos son muchos, entre los que destacan: los llamados derechos digitales, inteligencia artificial, robótica, metaverso, ciberseguridad, ciberacoso,

violencia digital, evidencia digital y reglas de valoración, derechos humanos de nueva generación, temas que encontraras en la presente publicación, en la cual ofrecemos, las ponencias aceptadas en el XXIV Congreso, esperando que sea de utilidad para todas y todos.

Dra. Myrna Elia García Barrera
Presidenta del Comité Organizador

Ponencias presentadas en el XXIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, que organiza la FIADI y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México (FACDYC – UANL), 26, 27 y 28 de octubre del año 2022.





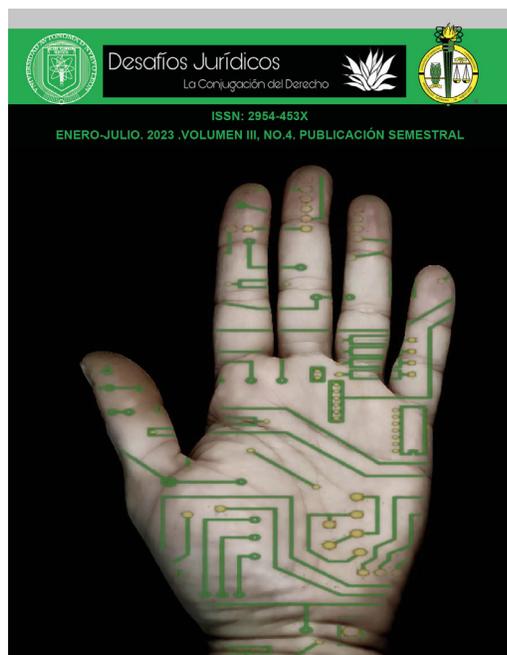
Fotografía Plate6 por Daniel Vázquez Azamar

Artículos

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Juan Carlos Sánchez Aguirre (Universidad de Costa Rica)

Vivir o convivir: La disyuntiva en la era de la incursión de las tecnologías de inteligencia artificial en la cotidianidad. pp. 10-23
Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

Vivir o convivir: La disyuntiva en la era de la incursión de las tecnologías de inteligencia artificial en la cotidianeidad

Living or coexisting: The dilemma in the era of the incursion of artificial intelligence technologies into daily life

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Juan Carlos Sánchez Aguirre*

* <https://orcid.org/0000-0002-3644-117X>

Universidad de Costa Rica

Resumen. La frecuente interacción entre las personas y las nuevas tecnologías inteligentes ha hecho que a diario se delegue todo tipo de tareas a éstas. Muchos han ido creando una dependencia creciente y ésta se ha normalizado al punto de ser imperceptible y hace que las personas estén renunciando a convivir de manera presencial con las demás para pasar más tiempo con estos sistemas. Este trabajo trata sobre esta nueva realidad y procura descubrir si esta interacción nos está apartando del goce de un derecho fundamental emergente, el de poder estar con nuestros semejantes y pretende evidenciar la necesidad de protegerlo. Esto se hizo mediante la lectura de publicaciones sobre salud mental, robótica e inteligencia artificial, así como el estudio de normativa internacional, análisis de doctrina y entrevistas a personas expertas en tecnología, psicología y derechos humanos. Un propósito secundario es que las personas lectoras tomen conciencia de que las nuevas tecnologías son un punto vértice donde concurren una serie de afectaciones a nuestros bienes jurídicos para generar debate académico, y concluye con una sinopsis analítica de la investigación y con un conjunto de recomendaciones sobre los principios con los que se debe de tratar el tema en lo subsecuente.

Palabras clave: robótica, inteligencia artificial, salud mental, convivencia humana, derechos emergentes, derechos humanos.

Abstract. The frequent interaction between people and new intelligent technologies has meant that all kinds of tasks are delegated to them daily. Many people have developed a growing dependency, and this has become normalized to the point of being imperceptible and they are giving up social coexistence to spend more time with these systems. This research deals with

* Costarricense, licenciado en derecho por la Universidad Internacional de las Américas (UIA), magíster en derechos humanos y en educación para la paz por el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional (IDELA), profesor de la Escuela de Ingeniería Industrial de la Universidad de Costa Rica (EII-UCR).

this new reality and seeks to discover if this interaction is separating us from the enjoyment of an emerging fundamental right such as being able to be with our fellows and aims to make evident the need to protect it. All this was done by studying articles and publications on mental health, robotics, and artificial intelligence, as well as analyzing international law, doctrine, and interviewing experts in technology, psychology, and human rights. A secondary purpose is that readers become aware that new technologies are an intersection point where our rights concur to generate an academic debate and concludes with an analytical synopsis of the research and with some recommendations on the principles with which this issue should be treated in the future.

Keywords: robotics, artificial intelligence, mental health, human coexistence, emerging rights, human rights.

NOCIONES CONCEPTUALES

El título de esta investigación llama la atención porque nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que los seres humanos no somos criaturas que *vivimos*, sino criaturas que *convivimos*. Así las cosas, el simple enunciado de la existencia nos podría llevar a un debate filosófico interminable de si sólo los seres vivos existen o si las cosas inanimadas también tienen una existencia - si interpretamos ésta como la simple condición del *estar*.

Para las personas de habla inglesa este tipo de discusión está más relacionado con la realidad construida mediante la palabra, ya que para ellas el verbo *to be* es un concepto dual donde se juntan el *ser* y el *estar* en un solo vocablo. No obstante, para los de habla castellana, el *ser* y el *estar* son dos cosas distintas y es aquí donde se da un debate ontológico que podría ser inacabable. En palabras más sencillas y para no hacer de este apartado algo innecesariamente extenso, podemos afirmar

que el *ser* es una existencia que tiene que ver con la vida y el *estar* puede ser simplemente la presencia física de algo.

Basados en lo anterior, podemos decir que la existencia nuestra se afirma y confirma mediante la convivencia con otros semejantes que sepan que estamos aquí y ahora, sin importar las cosas de las cuales estamos rodeados y que no poseen vida. No obstante, este *convivir* no debería dejarse sin observar y regular porque, como veremos, la revolución tecnológica nos está llevando hacia una interacción cada vez más frecuente con solamente adminículos (*gadgets*), artefactos inteligentes y sistemas dinámicos programados (como software complejo y aplicaciones populares, *apps*) que nos hacen compañía o que, en el mejor de los casos, fungen como mediadores con otros seres humanos.

En junio de 2012, un *chatbot* (programa informático diseñado para charlar con un sistema) de nombre Eugene Goostman logró superar la prueba de Turing de manera que

hizo que más del 30% de los jueces que participaban en un experimento en la Royal Society de Londres pensara que estaban interactuando con un muy jovial chico de trece años en Ucrania, que respondía a preguntas sobre sus primeros años viviendo cerca del mar Negro, su displicencia hacia la saga de películas de *Star Wars* y su particular gusto por las canciones del rapero estadounidense, Eminem. (Fresneda, 2014). Con esta prueba superada, se evidenció que un programa de inteligencia artificial no sólo puede hacerse pasar por un ser humano, sino que hasta puede resultar entretenida la *convivencia* con este.

Existen innumerables ejemplos de lo que pareciera ser lo que nosotros llamamos el silencioso rapto tecnológico de nuestra era y estos van desde las personas que viven solas, pero que poseen aparatos inteligentes que les limpian la casa y les preparan el café a una hora predeterminada, hasta el caso de un japonés de nombre Akihijo Kondo que dijo haberse casado con un holograma digital de forma femenina generado mediante tecnología de realidad virtual (Rothkopf, 2018) y la nueva tendencia llamada *mukbang* que se trata de pagar por mirar de manera remota a otras personas ingerir sus alimentos para sentirse acompañados mientras se ingieren los propios (Lavelle, 2018). Estos casos parecieran irrisorios, pero lo cierto es que es público y notorio que los seres humanos estamos prescindiendo cada vez más de la presencia de semejantes para pasar más tiempo siendo asistidos por la tecnología. Además, estamos interactuando con otros seres humanos de manera remota y con estos sistemas como mediadores.

Lo anterior no es nada nuevo bajo el Sol, antes de la contingencia mundial por la pandemia del COVID-19, la soledad en la que muchas personas viven a pesar de estar en un mundo totalmente interconectado era ya un asunto que algunos profesionales en psicología no habían querido dejar pasar. Tal es el caso de la doctora Julianne Holt-Lunstad (2015), psicoanalista del Brigham Young University, quien dijo que “existe evidencia sustancial que nos indica que los individuos que carecen de conexiones sociales (aislamiento social tanto objetivo como subjetivo) están en riesgo de muerte prematura”. (Holt-Lunstad, 2015, p. 20)

El tema de la soledad de nuestra era es tan serio que el gobierno inglés anunció en 2018 que estaba creando una cartera ministerial para atender este flagelo psicológico que afectaba entonces a nueve millones de personas en ese país (que equivalía a casi el 14% de la población) y que se dijo impacta especialmente a las personas en estado de pobreza, las poblaciones migrantes, las desempleadas y aquellas personas con limitaciones físicas. Así fue como nació el llamado Ministerio de la Soledad (*Loneliness Minister*) para atender el problema de salud pública que representa la soledad y el aislamiento. (John, 2018)

Un reportaje de la revista británica *New Statesman* (que tiene el atractivo lema de “para un pensamiento preclaro en tiempos oscuros”) de 2019 tiene el interesante título de ‘Los robots de atención social privatizan la soledad y erosionan el placer de ser verdaderamente conocidos’ (*Social care robots privatise loneliness, and erode the pleasure of being truly known*). Su autora nos habla de Pillo, un robot

de ojos azules y sonrisa pixelada que sabe todo lo que las personas de una casa deben de atender gracias a sus receptores y sistemas de inteligencia artificial. El artículo finaliza con una frase premonitoria que dice que “el bienestar emocional y el contacto humano serán cada vez más prescindibles” (Beater, 2019).

Lo anterior ha llevado a algunos investigadores a reflexionar sobre este *cohabitar* y *coexistir* con sistemas inteligentes desde una óptica social (sí, otra vez, el *vivir* y *convivir*). Aquí, ya no hablamos solamente de artefactos con piezas mecánicas, sino también de programas informáticos dinámicos que son capaces de virtualizar una personalidad en una computadora y sin la necesidad de existir físicamente. Tal es el caso del profesor Domenico Parisi (2017), investigador del Instituto de Ciencias y Tecnologías Cognitivas de Roma, quien habla de los robots humanoides y de los robots humanos. Los primeros vienen a ser los artefactos físico-mecánicos y los segundos aquellos que son producto de una simulación digital que sólo puede verse en un equipo de cómputo. Parisi habla de la importancia de comprender la parte social de la convivencia humana más allá de la simple existencia (el *vivir*) y profundiza la característica humana de la interacción cultural (el *convivir*). Este dice que “otra característica de los robots humanos que traerá problemas a las personas es que los robots humanos necesitarán ser robots muy sociables porque los humanos son animales muy sociales”. (Parisi, 2017. p. 165)

Queda claro que los humanos definitivamente estamos pasando mucho tiempo con objetos carentes de vida, pero *inteligentes*. Para na-

die es ya un secreto que la llamada Internet de las Cosas (*Internet of Things*, IOT) se ha metido por todas partes y viene de la mano con sistemas de tecnologías de inteligencia artificial. Esto nos lleva a pensar en la dependencia que tenemos y a caer de nuevo en la conclusión evidente de que hemos ido delegando una serie de tareas y decisiones a estos sistemas.

Otro aspecto que debemos de tener claro es que los seres humanos tenemos una tendencia natural a desarrollar vínculos afectivos con las personas con quienes convivimos regularmente, pero que además extendemos esta afección hacia las cosas que poseemos y más si éstas nos son de utilidad. Para nadie es un secreto que muchas veces nos apegamos a objetos más por un valor afectivo que por su valor de mercado. María José Santos González (2017) advierte esto cuando dice que “aflorarán vínculos afectivos muy fuertes con los robots que nos evocarán sentimientos de cariño” y que esta relación “supondrá riesgos sociales como el que la gente no sea capaz de diferenciar entre la realidad y la ficción, entre lo natural y lo artificial”. (Santos González, 2017, p. 28)

Muchas veces se ha dicho que no hay mejor guionista que la realidad y esto ha quedado muy bien demostrado en este tiempo, en el cual la narración de la trama es un mundo distópico y apocalíptico que pareció estar genuflexo ante un Némesis invisible llamado COVID-19. Y es que, hasta hace pocos años, este tema tenía relevancia cuando pensábamos que todo lo que he descrito anteriormente se trataba de una decisión voluntaria (bastante discutible, por cierto), pero la crisis sanitaria

global nos enseñó que muchas personas fueron sometidas al *convivir* con aparatos o sistemas tecnológicos que sustituyeron las labores que tradicionalmente eran llevadas a cabo por otros seres humanos. Un ejemplo de esto que estamos hablando es el caso de los adultos mayores (la población de alto riesgo ante el patógeno) que fueron atendidos por robots u otros sistemas de la llamada *nursing technology* y no sabemos si consintieron libremente para ser sometidos a este tipo de atención. (Kataz, 2020)

Así las cosas, la humanidad se enfrenta a un nuevo caso de la inversión de los derechos humanos de la que nos hablaba Franz Hinkelammert (2018) y es que, en un afán de asistirnos mejor, caemos en un silencioso raptó tecnológico que nos aísla de la convivencia con otros seres humanos, y nos da la justificación perfecta para someter a otras personas a vivir asistidas por sistemas inteligentes, reduciendo su interacción con los demás, reproduciendo así el aislamiento y la soledad con el argumento de que estamos haciéndoles un favor o mejorando su calidad de vida.

LOS DERECHOS QUE GERMINAN

Es importante en este punto recordar que los derechos humanos emergentes son reclamos legítimos que pretenden la aceptación de nuevos valores o conceptos que son producto de la evolución doctrinal como consecuencia de los cambios en los factores que inciden en la esfera jurídica de las personas. Estos derechos pretenden formar parte del catálogo tradicional a manera de nuevas interpretaciones ampliadas para responder a las profundas transformaciones de los elementos que dina-

mizan el devenir de la historia y la vorágine tecnológica en la que estamos inmersos está generando una importante cantidad de situaciones que están dinamizando este apartado en particular.

DE DÓNDE VIENEN LOS SOLITARIOS

Los profesionales de la salud mental no consideran que los conceptos de aislamiento social y soledad sean sinónimos. Para Joan Gene-Badi (2016) del Instituto Catalán de la Salud en Barcelona (España), el aislamiento social es la situación voluntaria de tener contactos mínimos o nulos con otras personas, mientras que la soledad es la sensación de tener menor afecto y cercanía de lo deseado. (Gene-Badia, 2016). Entonces, la autonomía de la voluntad está jugando un papel muy importante en la toma de decisiones respecto a este tema en particular, pero también se hace menester saber si las personas están teniendo opciones reales a decidir o si esto es consecuencia del silencioso raptó tecnológico. Lo cierto es que las personas profesionales en estas áreas dicen también que la soledad incrementa la probabilidad de padecer males como la demencia senil y aseguran que el aislamiento está muy relacionado con la depresión y los casos de suicidio. (Gene-Badia, 2016). El problema no es sólo en las personas adultas, ya que, según un estudio del Foro Económico Mundial (2019, citado por Lim, 2019), más de uno de cada tres adultos jóvenes de entre los 18 y los 25 años dijeron tener problemas con sus niveles de soledad y que “existe alguna evidencia de que aquellos que están solos tienen más probabilidades de usar Internet para las interacciones sociales y pasar menos tiempo en

las interacciones de la vida real”. (Lim, 2019, párrafo 14).

Los motivos que llevan a una persona a la soledad pueden ser innumerables y muy particulares de cada una. No obstante, claro está que la soledad que nos interesa es aquella que se genera por el uso de las nuevas tecnologías inteligentes y ya sabemos que éstas se pueden presentar de muchas maneras y que se recurre a ellas con mayor frecuencia y de una manera cada vez más normalizada en nuestra cotidianeidad.

NORMAS SIN FRONTERAS

Hasta aquí, se ha articulado una narrativa que incluye publicaciones académicas, artículos de tecnología y notas periodísticas relevantes que asientan el interés actual por este tema, pero es importante también analizar normativa sin fronteras que nos ayude a determinar si existe un espíritu de protección hacia un bien jurídico emergente más específico. Para apegarnos a las normas de espacio, veremos únicamente normativa internacional superior y las Leyes del Derecho Civil Europeo para la Robótica de 2016, que serán las únicas que analizaremos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948) y el Pacto de San José (OEA, 1969) tutelan el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, la libre reunión y asociación; la privacidad, la integridad física, moral y psíquica y el tener una familia. Además, prohíben los tratos crueles y fomenta la educación y la instrucción técnica y científica con pleno respeto de los derechos humanos, entre otros. La Convención sobre los Dere-

chos del Niño (Naciones Unidas, 1989) tutela las relaciones familiares, el derecho a tener padres y a tener una educación básica. Además, prohíbe las separaciones forzadas. Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2006) protege la autonomía individual, la privacidad, la libertad de desplazamiento y de tomar decisiones, la participación social, la accesibilidad, la no discriminación, la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a tener un hogar. Además, promueve el uso de las tecnologías para apoyar a esta población, fomenta su rehabilitación y prohíbe los experimentos científicos sin el libre consentimiento de la persona. Por último, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 2009) protege ya valores más específicos y mejor definidos (IPPDH, 2015) como la dignidad, la independencia, el protagonismo, la autonomía, el buen trato, la atención preferencial, la participación e integración en la sociedad.

Estas normas superiores evidencian la existencia de un espíritu normativo que tutela conceptos y principios fundamentales que van más allá de su enunciado literal, y queda claro que el derecho a *convivir* con otros es distinto al derecho a sólo *vivir*. Entonces, el derecho a la vida debe de entenderse como el *derecho a vivir libres y seguros*, y el derecho a la libertad también se debe de entender integrado y compuesto para hablar ahora *del derecho a no ser aislado de manera degradante y no poder elegir con quienes pasar el tiempo*, como puede ser el caso de quienes son dejados sin su consentimiento al cuidado de un sistema de inteligencia artificial sin la posibilidad de po-

der convivir con sus semejantes. Además, se infiere también de esta normativa que el uso de las nuevas tecnologías tiene que estar basado siempre en el respeto a las personas, la debida información sobre los sistemas, la no discriminación y la no experimentación con seres humanos, y esto no se puede separar del derecho a la educación y la ciencia que han de ser entendidas como el enseñar sobre estos avances con un enfoque de respeto a la dignidad.

Por su parte, las Leyes del Derecho Civil Europeo para la Robótica regulan a esta tecnología autónoma de inteligencia artificial y protegen a los humanos de los daños que puedan ser causados por los robots, tutelan el derecho a rechazar ser cuidado por uno de ellos, protegen los datos personales procesados por estos, protegen de la manipulación que puedan hacer, prohíbe la disolución de los vínculos sociales, restringe el acceso a las tecnologías que puedan fabricar una criatura híbrida entre humano y máquina (tipo *cyborg*) y fomentan la igualdad de acceso a estos avances en todos los Estados comunitarios. (European Parliament, 2016, pp. 20-25). Sobresale en esta legislación su clara disposición de cuidar al ser humano de los daños que podrían darse de esta interacción *homo-machina* y que enuncia el derecho a rechazar ser cuidado por un robot y que expresa de manera clara que estos no pueden separarnos de los demás, ni manipularnos desde la afectividad emocional (una posibilidad que no se había tenido contemplada sino hasta tiempo reciente).

QUÉ DICEN LOS QUE MÁS SABEN

La doctora Andrea López del Instituto Superior de Estudios Psicológicos de Barcelona

nos dijo que las nuevas tecnologías sí están llevando a las personas a un estado de aislamiento que interrumpen el contacto social y que prácticas como el *mukbang* o las preferencias afectivas como la del mediático nipón, Akihijo Kondo, son todo menos algo conveniente para el bienestar de nuestra especie. López nos habló de algunas necesidades básicas y hasta primitivas como son el contacto físico, las miradas, el tono de la voz y los olores, y dice que nada de esto puede ser sustituido por los *emojis* o las videollamadas. (López Corrales, comunicación personal, 13 de septiembre, 2021)

Por su parte, el ingeniero en robótica Luis Alonso Sánchez de la National Cheng Kung University de Taiwán, nos dijo que ya debemos de concebir a los robots como máquinas capaces de tomar decisiones basadas en el análisis de los datos que reciben y nos habló de cómo estos fueron utilizados en la isla de Formosa para identificar y atender a personas infectadas por el COVID-19 durante la etapa más apremiante de la pandemia. Además, aseguró que el mayor avance en esta tecnología ya no es tanto en la parte mecánica sino en los sistemas de inteligencia artificial y puso de ejemplo el progreso de los *chatbots* como Eugene Goostman que cada día son más frecuentes en los sistemas operativos de las gigantes de la tecnología de los dispositivos móviles que muchos cargamos a todas partes, tales como el Google Go de Android, Siri de Apple, Cortana de Microsoft, Amazon Echo de Amazon y Bixby de Samsung. (Sánchez Porras, comunicación personal, 13 de agosto, 2021).

El doctor Ramón Gil Carreón, doctor en derechos humanos y profesor de la Universidad de Durango, nos recordó que los derechos fundamentales son construcciones doctrinales que evolucionan hacia normativas, pero que no se limitan sólo a lo codificado, sino que repasan también un espectro más amplio de nuevas propuestas basadas siempre en algunos valores del catálogo clásico de estos valores fundamentales de nuestra materia y nos recordó también que las pretensiones de reconocimiento surgen en momentos relevantes y específicos de la historia (como las Revoluciones Atlánticas y la Revolución Industrial), pero nos dijo también que la protección a la convivencia libre entre semejantes estuvo siempre presente desde los primeros esbozos de las ideas del contrato social. (Carreón Gallegos, comunicación personal, 20 de agosto, 2021).

CONCLUSIONES

La idea central de este trabajo ha sido la de poder determinar si las tecnologías de inteligencia artificial pueden aislar a las personas al punto de limitarles la convivencia con otros seres humanos y afectar su salud, y la respuesta es un sí rotundo, ya que queda claro que esto no es sólo una posibilidad, sino que una realidad que estamos viendo a diario y que tiene a las personas profesionales de la salud mental observando y atendiendo los casos sobrevenidos por esta interacción. De igual manera, queríamos ver si el *convivir* y no sólo el *vivir* está tutelado por la regulación internacional de derechos humanos y quedó claro que sí existe un espíritu normativo superior de protección hacia la *convivencia* y no sólo a la *existencia*. También, queríamos saber qué tanta conciencia hay de esto y si

puede ser identificado como un valor jurídico específico y aquí sí podemos asegurar que no existe mucha conciencia sobre este apartado en particular, por lo cual es importante empezar a trabajar en una nueva gnosis académica (¡y de difusión!) que repase las relaciones que nos permiten tener una sana existencia de seres sociales y que la tecnología todavía no logra satisfacer todas estas fibras de necesidades que nos definen como seres humanos.

Entonces, podemos, ahora sí, asegurar que nuestra existencia se afirma y confirma a través de la *convivencia* con los semejantes con los que compartimos el aquí y el ahora, y que este nivel de consciencia existencial colectiva no se puede tener con una máquina o con una rutina dinámica e informática de inteligencia artificial. Con esto claro, podemos asegurar que solamente podemos *convivir* con los seres que tienen vida y que nuestra *existencia* con las cosas que no la tienen es una mera interacción con el *tecno* (del griego *τεχνο*) que nos facilita algunas tareas cotidianas que antes tenían mayor grado de complejidad, y que, en el mejor de los casos, hace de intermediario con otras personas porque nos puede dar una sensación de compañía porque nos permite *acercarnos* a los demás de manera digital. Se trata entonces de una ficción moderna de que no estamos en soledad, pero basta con preguntarnos dónde quedan todos aquellos aspectos que nos señalaba la doctora Andrea López, como lo son el tacto, el olor y la afectividad íntima que hasta podría ser parte de nuestro ser primitivo más recóndito. Debemos de cuidar esta parte profundamente humana sin caer en una actitud ludita de satanización de la tecnología y de sus recientes manifestaciones emergentes, pero sí es necesario tener

claro que no importa cuánta de ésta tengamos en nuestro entorno cotidiano, nuestro derecho libérrimo y fundamental es el *convivir* con las personas y no sólo el *coexistir* o cohabitar con máquinas o sistemas de inteligencia artificial.

Podrá sonar perogrullesco, pero es menester decirlo para asentar bien este colofón: los humanos estamos pasando mucho tiempo con objetos carentes de vida, pero *inteligentes*, y hemos creado una dependencia hacia este desarrollo dinámico a un punto en el cual les hemos delegado una serie de tareas consuetudinarias hasta el extremo de que hemos renunciado muchas veces a tomar decisiones por nosotros mismos confiando en *el mejor diseño* de sus algoritmos. La comprensión de esto ya no está en entredicho, sino el cómo lo vamos a abordar para proteger aquellas fibras profundas que nos hacen ser humanos. El primer paso es sin duda el crear conciencia (como esperamos sea el caso de este trabajo) para entender que esto no puede tener una solución afable si primero no comprendemos que debemos de hurgar entre el espíritu normativo y doctrinal de los derechos humanos para reconocer que sí existe un derecho a convivir con otras personas que debe de ser enunciado y tutelado ante el silencioso rapto tecnológico del que hemos venido hablando. Sólo así, podremos empezar a tomar las medidas pertinentes que nos permitan la coexistencia con estas tecnologías bajo los apercebimientos del conocer las posibles consecuencias si no lo hacemos a tiempo, como podría ser el surgimiento de violencias subrepticias sobrevenidas por la inversión de los derechos humanos que el maestro Hinkelammert nos advertía hace ya más de un lustro. Con todo esto claro, podemos empezar a esbozar un

nuevo derecho humano emergente y señalarle al Estado cuáles serían las buenas formas para que pueda tutelarlos y hasta pueda contar con la colaboración de las empresas (sujetos de derecho privado), porque la tecnología es en la mayoría de los casos una actividad de emprendimiento no estatal.

Es importante también que estos temas entren ya de manera definitiva en los programas de estudio diseñados por los Estados y en las estrategias de difusión colectiva para que generen un interés en boga similar al tema de género, el ambientalismo y el multinacionalismo constitucional. Para esto, hay que sumarle a la academia a las carteras de gobierno (salud, tecnología, educación, comunicación, comercio y demás incumbentes), las instituciones autónomas (como la seguridad social, el sistema financiero, los ayuntamientos, el regulador de telecomunicaciones, institutos encargados del deporte, entre otros), el *ombudsman* y las defensorías de las poblaciones potencialmente vulnerables y algunas superintendencias.

No obstante, nada de esto podrá funcionar a largo plazo con una legislación específica, pética y taxativa que pretenda regular todas las posibles conductas y situaciones que podrían surgir. Primero, porque no podemos hacerle a la pitonisa para poder vaticinar la evolución tecnológica. Segundo, porque una regulación *numerus clausus* puede devenir en obsoleta más pronto de lo que creemos. Entonces, debemos de echar mano a lo más básico del derecho y esto no es otra cosa que los principios, por su condición de no tener una definición mosaica y de que pueden evolucionar con el devenir de los tiempos. Así las cosas

y, para empezar, proponemos que cualquier iniciativa en este sentido esté basada en el principio de información, el principio de neutralidad tecnológica, la protección de datos de las personas y el principio de *humanum est pelagus res* (primacía de los humanos).

El principio de información deberá de comunicar, educar y difundir todo lo referente respecto a estos avances tecnológicos y sus ventajas y riesgos para las personas con un espíritu de transparencia para que sepan a qué pueden ser sometidas. El principio de neutralidad tecnológica será el que permita la libre oferta de tecnologías y la no imposición de ninguna cuando hubiese varias y el Estado deberá de velar por que éstas sean mejorables y susceptibles de poder migrarlas hacia otros proveedores. La protección de datos de las personas será para evitar el uso indebido de estos y no puede verse aislado del primer principio porque cualquier asunto importante en este sentido debe de ser debidamente informado. El principio de *humanum est pelagus res* lo proponemos como el más importante de todos porque es el que vela porque la tecnología nunca sea un fin en sí mismo, sino que se considere que el fin de cualquier desarrollo sea el bienestar de la persona, y así se procure que la convivencia no se rompa y que las libertades estén siempre garantizadas mediante valores como la igualdad y la no discriminación. Además, todo esto apelando a los valores más tradicionales de la bioética, como los enunciados en el Informe de Belmont (1976) que repasan aspectos que no se añejan, como el uso de tratamientos moderados y razonables que no violenten a las personas. (HHS, 1976) Por último y no menos importante, esto se tendrá siempre como irrenunciable,

de manera que no se podrá acordar nada en contra de sus disposiciones para sostener estas tutelas fundamentales en el tiempo.

Llegado el momento, se podrá considerar la creación de una superintendencia o de un órgano observador adjunto a algunas de las instituciones mencionadas, pero esto deberá de hacerse siguiendo todos los enunciados y principios expuestos, de manera que siempre se nos tutele el derecho a convivir con otros seres humanos ante la incursión de las nuevas tecnologías de inteligencia artificial en nuestra cotidianeidad. Bien lo dijo Carreón Gallegos cuando redondeó lo que me decía con una verdad que parece de Perogrullo, pero que no lo es porque tiene todo el sentido del mundo habiendo concluido este trabajo: “los derechos surgen cuando tienen que surgir”. (Carreón Gallegos, comunicación personal, 20 de agosto, 2021).

TRABAJOS CITADOS

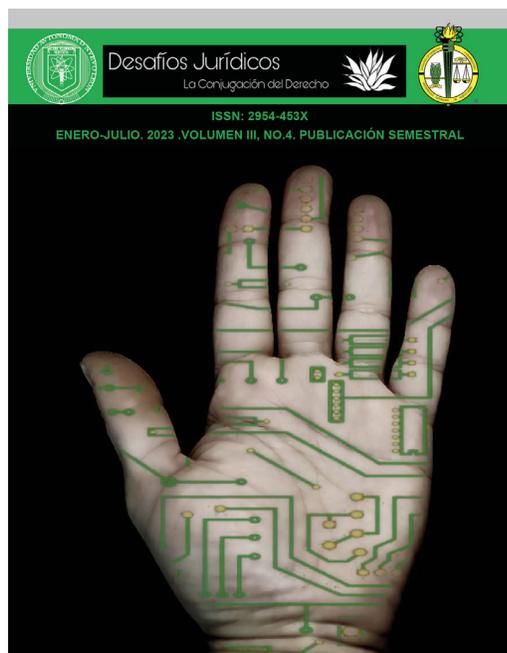
- Beater, E. (7 de agosto de 2019). Social care robots privatise loneliness and erode the pleasure of being truly known. *New Statesman*. Recuperado el 10 de mayo de 2021, <https://www.newstatesman.com/science-tech/2019/08/social-care-robots-privatise-loneliness-and-erode-the-pleasure-of-being-truly-known>.
- European Parliament. (2016). *European Civil Law Rules in Robotics*. Brussels: European Parliament's Committee on Legal Affairs. Obtenido de [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf).
- Fresneda, C. (10 de junio de 2014). Un ordenador logra superar por primera vez el test de Turing. *El Mundo*. Recuperado el mayo de 3 de 2021, de <https://www.elmundo.es/>

- ciencia/2014/06/09/539589ee268e3e096c8b4584.html.
- Gene-Badia, J. (2016). Aislamiento social y soledad: ¿qué podemos hacer los equipos de atención primaria? Recuperado el 15 de mayo de 2021, de <https://core.ac.uk/download/pdf/82535682.pdf>.
- HHS. (1976). The Belmont Report. En U. D. Services. Washington, D.C. Obtenido de <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>.
- Hinkelammert, F. J. (29 de enero de 2018). La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. (D. E. (DEI), Ed.) *Colección Virtual Franz Hinkelammert*.
- Holt-Lunstad, J. (23 de marzo de 2015). *Loneliness and Social Isolation as Risk Factors for Mortality: A Meta-Analytic Review*. (B. Y. University, Ed.) Recuperado el 9 de mayo de 2020, de Scholar Archives Brigham Young University: <https://scholarsarchive.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpub>.
- Interamericana que protege sus derechos*. Recuperado el 22 de mayo de 2021, de Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos: <https://www.ippdh.mercosur.int/personas-adultas-mayores-cuentan-desde-hoy-con-una-convencion-interamericana-que-protege-sus-derechos/>.
- IPPDH. (15 de junio de 2015). *Personas Adultas Mayores cuentan desde hoy con una Convención. Mercosur*. Recuperado el 23 de julio de 2021, de <https://www.ippdh.mercosur.int/personas-adultas-mayores-cuentan-desde-hoy-con-una-convencion-interamericana-que-protege-sus-derechos/#:~:text=protege%20sus%20derechos-,Personas%20Adultas%20Mayores%20cuentan%20desde%20hoy%20con,Interamericana%20que%20protege%20sus%20derechos&text=Despu%C3%A9s%20de%205%20a%C3%B1os%20de,para%20las%20personas%20adulas%20mayores>.
- John, T. (25 de abril de 2018). How the World's First Loneliness Minister Will Tackle 'the Sad Reality of Modern Life'. *Time*. Recuperado el 9 de mayo de 2021, de <https://time.com/5248016/tracey-crouch-uk-loneliness-minister/>.
- Kataz, L. (14 de March de 2020). Coronavirus care at one hospital got totally taken over by robots. *Cnet*. Obtenido de <https://www.cnet.com/news/coronavirus-care-at-one-hospital-got-taken-over-by-robots>.
- Lavelle, D. (5 de november de 2018). Mukbang: is loneliness behind the craze for watching other people eating? *The Guardian*. Recuperado el 9 de mayo de 2021, de <https://www.theguardian.com/food/shortcuts/2018/nov/05/mukbang-is-loneliness-behind-the-craze-for-watching-other-people-eating>.
- Lim, M. (24 de octubre de 2019). Loneliness has become a global epidemic among young people today. *World Economic Forum*. Recuperado el 22 de mayo de 2021, de <https://www.weforum.org/agenda/2019/10/1-in-3-young-adults-are-lonely-and-it-affects-their-mental-health/>.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. (Unicef, Ed.) Madrid, España: Nuevo Siglo. Recuperado el 21 de mayo de 2021, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- Naciones Unidas. (2006). *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (C. N. Humanos, Ed.) México, DF. Recuperado el 23 de mayo de 2021, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29903.pdf>.
- Naciones Unidas. (2006). *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (C. N. Humanos, Ed.) México, DF. Recuperado el 23 de mayo de 2021, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29903.pdf>.
- Organización de Estados Americanos (OEA). (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. *Organización de Estados Americanos*. Recuperado el 23 de mayo de 2021, de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Parisi, Domenico. (2017). Human, Not Humanoid, Robots. En G. Dekoulis, *Robotics: Legal, Ethical and Socioeconomic Impacts*. Rijeka, Croatia: Intech. doi: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.70117>.
- Rothkopf, J. (13 de noviembre de 2018). Single? Consider a Cross-Dimensional (Human-Hologram) Marriage. *Esquire*. Recuperado el 3 de mayo de 2021, de <https://www.esquire.com/lifestyle/a25018920/japan-married-hologram-gatebox/>.

Santos González, M. J. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León* (4). Recuperado el 15 de mayo de 2020, de https://www.researchgate.net/publication/321949265_Regulacion_legal_de_la_robotica_y_la_inteligencia_artificial_retos_de_futuro_Legal_regulation_of_robotics_and_artificial_intelligence_future_challenges/fulltext/5a3ad64faca2729d50638926/Regulacion-legal-d.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Jonathan Marcelo Ramos Mera (Universidad Central del Ecuador) y **María José Vega Gallegos** (Universidad de los Hemisferios)

El derecho de acceso a la información pública y las lenguas indígenas en México. pp. 24-37 Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

La categoría dogmático penal de la tipicidad, el principio de legalidad y los delitos informáticos en la legislación ecuatoriana. Ciberseguridad y criminalidad informática

The criminal dogmatic category of typicity, the principle of legality and computer crimes in Ecuadorian legislation. Cybersecurity and computer crime

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Jonathan Marcelo Ramos Mera* y
María José Vega Gallegos**

* Universidad Central del Ecuador

** Universidad de los Hemisferios

Resumen. El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, es el instrumento vigente mediante el cual el Estado ecuatoriano ejerce hoy en día el poder punitivo. Dicho cuerpo normativo tiene su vigencia desde el año 2014 en el Ecuador, sin embargo, a pesar de su apoteósico apareamiento, ha dejado más dudas que certezas. Por ello, este trabajo académico se centra en evidenciar que la falta de tipificación de delitos informáticos, ha generado en el Ecuador, no solo inseguridad jurídica, sino impunidad de los sujetos que cometen este tipo de acciones atípicas que lesionan bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, tales como, la información, la privacidad, la propiedad, etc. La pandemia evidenció claramente que nuestro país no estaba listo para sobrellevar una situación como esta, sin embargo, nos debemos preguntar ¿Quién lo estuvo?; la respuesta es que nadie. Pero la brecha digital se vio tan marcada en este aspecto, puesto que, por un lado, los países desarrollados pudieron responder rápidamente a los embates del confinamiento y por otro, países en vías de desarrollo, a los cuales les costó y les cuesta hasta el día de hoy, vivir una verdadera sociedad de las tecnologías de la información y comunicación. Esta falta de respuesta, no solamente se ha producido desde el ámbito constitucional sino penal. El apareamiento del desarrollo y comercialización de programas computacionales para el cometimiento de delitos informáticos, ha traído consigo en estos días en el Ecuador, la problemática para el procesamiento y condena de estas actividades delictuales que se multiplicaron en la pandemia, pero que no pueden ser castigadas, puesto que, en el Ecuador, las conductas detalladas anteriormente no se encuentran tipificadas. Por ello,

* Abg. Jonathan Marcelo Ramos Mera. Máster en Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal por la Universidad Central del Ecuador. Catedrático Universitario de la Universidad Central del Ecuador

** Abg. María José Vega Gallegos. Candidata a Máster en Investigación en Derecho con mención en Derecho Humanos, Constitucionales y Ambientales por la Universidad de los Hemisferios

este documento se centra en evidenciar la problemática constante actualmente, generada por el desinterés de la Asamblea Nacional en cuanto a la tipificación de los delitos informáticos en el Ecuador.

Palabras clave: Código Penal, Delitos Informáticos, Principio de Legalidad, Tipificación, Impunidad.

Abstract. The ecuadorian Comprehensive Organic Penal Code is the current instrument through which the ecuadorian State exercises punitive power. This regulatory instrument has been in force since 2014 in Ecuador, however, despite its tremendous appearance, it has left more doubts than certainties. For this reason, this academic work focuses on evidencing that the lack of typification of cybercrimes has generated in Ecuador, not only legal insecurity, but also impunity of the fellows who commit this type of atypical actions that harm constitutionally protected legal rights, such as information, privacy, property, etc. The pandemic clearly showed that our country was not ready to cope with a situation like this, however, we must ask ourselves, who was? the answer is no one. But the digital gap was so marked in this aspect, since, on the one hand, developed countries were able to respond quickly to the impact of confinement and, on the other, developing countries, which had a hard time and are still having a hard time today, to live a true society of information and communication technologies. This lack of response has not only occurred from the constitutional but also from the criminal sphere. The appearance of the development and commercialization of computer programs for the commission of cybercrimes, has brought with it these days in Ecuador, the problem for the prosecution and conviction of these criminal activities that multiplied in the pandemic, but that cannot be punished, since, in Ecuador, the behaviors detailed above are not criminalized. For this reason, this document focuses on evidencing the current constant problem, generated by the disinterest of the National Assembly in relation of the definition of cybercrimes in Ecuador.

Keywords: Comprehensive Organic Penal Code, cybercrimes, principle of legality, typification, impunity.

CATEGORÍA DOGMÁTICO PENAL DE LA “TIPICIDAD

La tipicidad está conectada con el principio de legalidad, dentro del cual, tal y como consta en la Constitución de la República del Ecuador “Nadie puede ser juzgado ni sanciona-

do por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, (...) ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la Ley”; en ese sentido, esta categoría dogmático penal, debe ser entendida como el primer filtro de la teoría del delito, por el cual debe pasar

el acto, la acción o la omisión, para posteriormente determinar si la misma es antijurídica, y se puede responsabilizar a una persona con una pena por dicha conducta.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Enunciamos en el párrafo anterior el principio de legalidad y lo hacemos con miras a explicar que, en el actual estado constitucional de derechos, democrático y de justicia social en el que vivimos, es necesario e indispensable que los actos de las personas que intervienen en el poder público, se rijan estrictamente a lo determinado en la ley. Las arbitrariedades generadas cuando el accionar del poder público se torna abusivo no tiene límites, esto ha generado sin duda alguna, muchas vulneraciones tanto en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas, es por ello que a través de la historia se ha ido fortaleciendo un principio por medio del cual el poder punitivo del Estado ha sido frenado, estableciendo límites, con el objetivo de regular de manera estricta los actos de las personas que participan en ejercicio de una potestad estatal, este principio es llamado legalidad, mismo que se transforma en uno de los elementos base, en los que se fundamenta este documento, pues se busca evitar el juzgamiento análogo de delitos informáticos por medio de delitos tradicionales.

El principio de legalidad, es uno de los mandatos de optimización estructurales más importantes del debido proceso, pues es el que garantiza y frena el poder punitivo del Estado, evitando así un exagerado e inescrupuloso ejercicio del derecho penal; el tema de la legalidad a través de la historia ha sido resisti-

do enormemente, muchas veces porque los Estados autoritarios veían en el imperio de la legalidad una disminución en el desarrollo de sus poderes. Es el abuso del poder, conjuntamente con las arbitrariedades y la violación de derechos humanos lo que da origen al nacimiento del principio de legalidad.

Este principio entendido bajo el concepto de que nadie puede ser sancionado o condenado por una acción conductual por más perjudicial que esta parezca, sino está establecida la misma de manera legal como una conducta merecedora de sanción penal; es decir ningún delito, ninguna pena sin ley previa. En ese sentido Feuerbach (1989) señala que “(...) la imposición de una pena se condiciona a la existencia de una acción conminada, por lo cual, la ley se convertiría en un vínculo entre la pena y el hecho como presupuesto jurídico necesario” (p.63). Por ello, en los delitos informáticos es necesario analizar esta categoría de la tipicidad con énfasis en el principio de legalidad, pues solamente una norma construida y clara en su tipicidad traerá como consecuencia juzgamientos legítimos y respetuosos del debido proceso.

Hay que recordar que Beling (1930) fue quien se percató de las consecuencias que traía consigo el reconocimiento y aplicación del principio de legalidad, es así que como lo destaca el mismo antes del apareamiento de este principio “el juez podía castigar toda ilicitud culpable” (p.36), ya que cualquier conducta que se presumía antijurídica y culpable de por sí debía tener como conclusión el establecimiento de una pena, es decir, era escasa y casi nula la existencia de tipos delictivos, se penaba a las personas de manera arbitraria

y desproporcional, eliminando cualquier rasgo de seguridad jurídica; en este punto y sobre el tema de la arbitrariedad es necesario hacer alusión a lo que señala el maestro Nodier Agudelo (2014) en su obra “Estudios Preliminares y Notas - Cesare Beccaria De los Delitos y de las Penas”, cuando mencionaba: “Que quien vea establecida la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mate un faisán, para quien asesine a un hombre o para quien falsifique un escrito importante, no distinguirá entre esos delitos, destruyéndose de ese modo los sentimientos morales” (p.189); es claramente lo que sucedía en las épocas en las que el principio de legalidad no tenía la relevancia que actualmente posee.

La legalidad ha tenido un efecto tan importante en el derecho penal, pues ha sido el elemento que impulso los procesos de construcción y creación de los llamados tipos penales, este principio fue el que motivó principalmente a los alemanes para tipificar específicamente los delitos informáticos; esto con el objetivo de evitar y prevenir que los administradores de justicia sancionen a personas por conductas que no están establecidas previamente en la norma; de esta manera la protección jurídica de las personas se refuerza cuando al “tomar el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía”. (Beling, 1930, p.26).

El Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano al desarrollar en su artículo 5 los principios procesales por los cuales se regirá el debido proceso, en su primer numeral establece por la importancia que tiene al de legalidad, señalando que “no hay infracción penal, pena, ni

proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”; evidentemente este principio limita la intervención abusiva y autoritaria de un estado en el tema punible.

El principio de legalidad fue reconocido a nivel internacional dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año de 1948, desde ese momento varios instrumentos internacionales también lo incluyeron y reconocieron expresamente en sus contenidos, dentro de esos instrumentos tenemos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la Convención Americana de Derechos, a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, y una de las últimas la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es importante acotar que el principio de legalidad dentro del sistema americano de derechos humanos aparece no de manera independiente, sino que esta enlazado con algunos artículos que se refieren a la protección de los derechos humanos, por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el inciso primero se determina que: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”; en este mismo instrumento en el artículo 26 se ha dejado establecido el principio de inocencia, dentro del cual “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”, después de desarrollar este principio en el mismo artículo se señala que todas las personas tienen derecho a un proceso regu-

lar, en donde “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

El análisis del principio de legalidad reviste de importancia en este documento, pues nos ayudara a entender junto con las conceptualizaciones respecto a materia informática, que es necesaria la modificación del Código Orgánico Integral Penal, en el capítulo referente a los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación.

Ahora bien, tomando en cuenta el principio de legalidad, para una modificación en cuanto a los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación, debe ser analizado no solo conceptualmente sino técnicamente, por lo tanto, hemos de decir en primer lugar que, toda actuación y procedimiento punitivo deberá regirse estrictamente por el imperio de la legalidad, por lo tanto, el juez deberá tener como instrumento una ley previa, expresa, general y prohibitiva de toda clase de analogía.

PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

Comenzando por la ley previa, diremos que esta exigencia se traduce en que una conducta será punible siempre y cuando la misma al momento de cometerse se encuentre tipificada previamente como conducta merecedora de sanción penal. Con la “lex praevia se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan

su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna pena nueva”. (Mir Puig, 2005, p. 116). Exigencia que evidentemente otorga seguridad jurídica a los ciudadanos, puesto que, en su conocimiento saben con anterioridad que conductas son merecedoras de reproche penal.

Esa prohibición de retroactividad tiene una excepción, y es la retroactividad favorable, conectada directamente con el principio de favorabilidad, en donde por poner un ejemplo un sujeto comete un determinado delito, el mismo que es sancionado con un código penal que establece una pena (x), posteriormente entra en vigencia un nuevo código penal cuyo contenido reforma la pena para ese delito, esa reforma establece que la pena del delito por el cual esa persona fue sentenciada sea menor a (x), dando como resultado que por el trascurso del tiempo cumplido, esa persona pueda favorecerse y quedar en libertad.

LEY EXPRESA (LEX SCRIPTA)

Ley expresa o lex scripta, es decir los delitos deben estar contemplados necesariamente en la norma penal, derecho positivo, derecho escrito, dentro de la cual no cabe la imposición de sanciones en base a la costumbre; sin duda esta exigencia va conectada con el principio de publicidad, en donde toda norma es pública. Pero no solamente basta que una norma este escrita esta deberá poseer “rango de ley emanada por el poder legislativo, como representación del pueblo”. (Mir Puig, 2005, p. 116).

LEY STRICTA

Otra de las exigencias es que la ley deberá prohibir todo tipo de analogía, ley stricta o ley estricta, es decir, que los delitos deberán estar individualizados con sus respectivas penas con absoluta precisión, con el objetivo de evitar confusiones que generen inseguridad jurídica y arbitrariedad, es decir, que “la infracción establecida en la norma legal debe ser clara.”¹ La finalidad que busca la prohibición de analogía, es la de “delimitar las formas de interpretación de la ley en los casos concretos” (Roxin, 1997, p.148); esta exigencia está estrechamente ligada con la *lex certa*, ley cierta, o ley general, en donde se exige que las normas penales determinen con certeza y exactitud las conductas que están prohibidas y las sanciones a las que se someten las personas que aún a sabiendas de la pena sancionatoria deciden cometer la conducta criminal. Esta exigencia también ha sido denominada como principio de taxatividad, que evidencia el concepto garantista del principio de legalidad, pues solo si el delito está determinado en la ley con certeza y precisión, podremos decir que el ciudadano está protegido de toda

amenaza de arbitrariedad ejercida por parte del estado; esto es deber del legislador pues a de definir y delimitar lo más concretamente los elementos típicos objetivos del delito con su respectiva penalidad.

Estas exigencias que acabamos de analizar garantizaran el derecho a la seguridad jurídica, que como está establecido en nuestra constitución responde al respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

Por lo tanto, el Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer “seguridad jurídica” al ejercer su “poder” político, jurídico y legislativo.

De esta manera observamos que el principio de legalidad es un elemento generador de garantías, una de ellas el de la seguridad jurídica; por ello el legislador debe ser cuidadoso al momento de crear una norma más aun cuando se trata de delitos en los que ha ingresado una nueva ciencia como la informática, misma que cambia constantemente por la evolución de la tecnología; hay que tener en claro que un pequeño descuido o la falta de técnica legislativa, en conjunto con el poco entendimiento de dogmática penal pueden generar normas ineficaces; por lo tanto, se debe entender que estos delitos evolucionan, en efecto igualmente el derecho debe evolucionar, los legisladores deben ir a la par, en el estudio e investigación de los posibles nacimientos de nuevas conductas delictivas con el uso de

¹ Sentencia de TEDH, Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993 “El tribunal señala en el artículo 7.1 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detrimento del acusado. Se consagra así, de manera más general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (...) y el que exige no aplicar la ley penal de manera extensiva en detrimento del acusado; especialmente por analogía; de ello se deduce que un delito debe ser claramente definido por la ley. Esta condición se cumple cuando el individuo puede conocer, a partir de la redacción del artículo aplicable y, en su caso, con la ayuda de su interpretación por los tribunales, que actos y omisiones comprometen su responsabilidad”.

la informática, con el fin de proteger efectivamente los bienes jurídicos susceptibles de transgresión y vulneración; sin olvidarnos que además, estas normas correctamente estructuradas serán los instrumentos por medio de los cuales los jueces impartan bajo el imperio de la ley, la justicia.

El Ecuador en su Código Penal no mantiene en su tipificación varios delitos informáticos, si bien es cierto como veremos más adelante en un tipo penal específicamente el de ataque a la integridad de sistemas informáticos, se ha insertado ciertos elementos del tipo objetivo de abuso de dispositivos, no es suficiente, puesto que, los demás tipos penales no han contemplado tal posibilidad, haciendo de esta falta de tipificación, un elemento generador de inseguridad jurídica y de impunidad.

La pandemia trajo consigo el aumento crítico de este tipo de acciones delictuales, en el Ecuador según datos de la Fiscalía General del Estado, desde el año 2017 al 2021 se procesaron a 104.765 personas por el cometimiento de delitos informáticos.

Sin perjuicio de aquello, cabe en este punto hacerse dos interrogantes, la primera, las personas que desarrollan y comercializan programas para el cometimiento de delitos informáticos bajo ¿qué tipo penal fueron procesadas y sentenciadas?. Y la segunda, si es que en el Ecuador no existe tal tipificación, ¿se está condenando a esas personas por analogía?

Como se manifestó en párrafos precedentes, a través de la historia, los Estados, se han visto en la necesidad de crear normas, que coadyuven como finalidad última la convivencia

social. En ese sentido, el derecho en general parte como el instrumento a través del cual se regula la convivencia de los integrantes de la sociedad, es necesario en este punto acotar, que el derecho está conformado por un sinnúmero de materias, que responden a las necesidades de los actos y consecuencias jurídicas de los hechos, que generan los ciudadanos. Sin perjuicio de aquello, los problemas que presentan muchas de la materias, en particular, derecho penal, se debe a la volatilidad y actualización de acciones atípicas que lesionan bienes jurídicos, no solamente individuales sino también colectivos, es ahí donde el monopolio que se radica en la Asamblea Nacional, debe atender los problemas generados, observando que los fenómenos sociales, o más conocidos como disfunciones sociales, una vez que han mantenido estabilidad, devenida de la falta de norma, deberán inmediatamente tomar los correctivos correspondientes a fin de que conductas que generen daños y lesionen bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y que no puedan ser atendidos por otras materias del derecho, indefectiblemente deberán ser atendidas, a través del poder punitivo del Estado.

Este poder punitivo del Estado, recae en lo que actualmente conocemos, como derecho penal, materia a través de la cual, se legitima al Estado para que, a través de cierta coerción, logre castigar a los responsables de acciones delictuales.

El derecho penal se constituye así, en última ratio si las otras materias jurídicas no han logrado solucionar el problema jurídico, y de primera ratio para aquellas conductas que sean merecedoras de sanción penal y en efecto no

hayan podido ser resueltas por otra categoría del derecho, es por ello, que este documento desarrolla, los aspectos inherentes al principio de legalidad, mandato de optimización, que permite eliminar cualquier sesgo de arbitrariedad vulneratorio de derechos constitucionales y a su vez se transforma en un elemento contensor, que limita la coerción por parte del Estado.

En palabras de Felipe Rodríguez Moreno, para que una conducta pueda ser sancionada debe ser típica, es decir, que debe estar sancionada por la ley. (Principio de legalidad).

Respecto a este principio, la doctora Paulina Araujo ha señalado que el mismo se transforma en el elemento común de todas las ramas del derecho público, la importancia y fundamento de la reserva de ley en el área penal, surge por el acento de garantía que suministra a los individuos, precisamente por la incidencia que tiene la pena sobre la libertad personal.

Es decir que, por un lado, el principio de legalidad es el mandato por medio del cual, el Estado puede castigar a una persona bajo los presupuestos constantes en el Código Penal y por otro, que no pueda irse más allá de lo que establece la norma, en consecuencia, un juez no puede sancionar a una persona por analogía y está imposibilitado totalmente de sancionar a alguien por conductas que no se encuentren tipificadas en la norma o en el Código Penal.

Por ejemplo, podemos evidenciar que una de las falencias que mantiene el Código Orgánico Integral Penal se centra en el contenido se-

mántico del artículo 234 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que tipifica el delito de acceso no consentido a sistemas informáticos, este análisis no solo se centra en el mencionado delito, sino que se lo ha realizado en contraste con todos los delitos que mantienen como bien jurídico protegido, la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación, identificando una problemática, que ya avizora consecuencias lesivas no solamente al bien jurídico enunciado en anteriores líneas, sino también a la privacidad e intimidad y otros bienes jurídicos que a través de la delincuencia informática se lesionan.

Cabe aquí preguntarse, si una persona que desarrolla y comercializa, programas informáticos, para que otra acceda de manera no autorizada a un sistema de información, es penada en el Ecuador, la respuesta rotunda, es no, puesto que esta actividad primaria, previa al cometimiento del delito de acceso no consentido, no se encuentra tipificada en el código orgánico integral penal, para poner el ejemplo más claro al entendimiento de los lectores de este documento, imaginémosnos el siguiente hecho fáctico: Pedro, experto ingeniero en sistemas informáticos, ha creado un software mismo que, es capaz de infectar un sistema de información, el cual una vez creado y desarrollado lo vende, comercializa indiscriminadamente, a fin de que otra persona cualificada o no cualificada, acceda de manera no consentida a un sistema de información.

Está claro entonces que la persona que compre el software y acceda de manera no consentida al sistema informático, va a ser sancionado de acuerdo al art 234 del Código Orgánico Integral Penal, pero quien se dedica

a comercializar y desarrollar los programas para el cometimiento de ese delito, queda en la completa impunidad.

Es inaudito pensar que en el Ecuador, de acuerdo al artículo objeto de estudio, se sancione, a quien accede de manera no consentida o no autorizada a un sistema informático, y no a quien desarrolla y comercializa el programa para cometer este acto delictual, análogicamente vamos a poner un ejemplo, para su mayor entendimiento: Pepito G. se dedica al desarrollo y comercialización de pistolas de fuego calibre 9 milímetros, Rafael comercializa y vende esta arma de fuego a Lenin, Lenin utiliza el arma y asesina con la misma a su esposa Abigail, queda claro aquí, que Rafael no es el responsable del delito de asesinato o en nuestro país que se podría encuadrar en femicidio, pero si lo es por la comercialización ilegal de armas, y que también podría ser responsable por la tenencia y porta de armas, si bien es cierto, no se puede analizar los delitos tradicionales de la misma manera que los delitos informáticos, es necesario contrastarlo de manera básica y simple para el entendimiento de este documento. El primer inciso del artículo 234 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, ha creído conveniente sancionar a quien acceda, es decir, el solo ingreso sin la autorización, aun cuando ese ingreso no constituya una lesión a ese bien jurídico, está penado, hay que tomar en consideración que esta clase de tipos penales, de acuerdo a las teorías dualistas, no solamente afectan bienes jurídicos individuales sino también, supra individuales, por ello es necesario entender que tal y como está tipificado el delito de acceso no consentido a un sistema informático, deja por fuera, a los desarrolladores, creadores

y comercializadores de programas, para acceder de manera no autorizada a un sistema informático, llama la atención también, en el tipo penal desarrollado, que en su segundo inciso, solamente hace alusión, a quien accede de manera no consentida y lo hace para explotar ilegítimamente el acceso, sin establecer en detalle el bien jurídico que se podría afectar de orden individual como la intimidad, privacidad o patrimonio.

En tal razón, deja en duda la eficacia de aplicación por parte de los jueces con este tipo penal, y decimos esto porque, saldrá el jurista innovador en tecnologías de información y comunicación y dirá, que ese tipo penal mantiene como bien jurídico protegido, solamente la seguridad de los activos de los sistemas informáticos, sin perjuicio de aquello, cuando se ha accedido y se ha lesionado otros bienes jurídicos evidentemente ya no solamente se trata del que acabamos de señalar anteriormente, sin alejarnos del tema central y al ser esta una crítica a dicho tipo penal, debemos mencionar que, el documento, se centra en la acción previa al acceso no autorizado a un sistema informático, es decir, que por la estructura de acciones científicas en su desenvolvimiento delictual, comportan un análisis que va más allá del simple razonamiento y equivalencia analógica a tipos penales tradicionales

Llama fuertemente la atención, que el legislador sí identificó esta problemática en el delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos, puesto que estableció en el párrafo segundo de dicho tipo penal, los verbos rectores, diseñar, desarrollar, programar, adquirir, enviar, vender o distribuir programas destina-

dos a causar los efectos señalados en el primer inciso de ese tipo penal, con esto queremos identificar de manera fehaciente que ya el legislador avizoró que no solamente quien ataque a un sistema informático debe ser sancionado, sino también, quien desarrolla y comercializa programas informáticos para cometer el delito que hemos enunciado, es más, no solamente que se dio cuenta de aquello sino que estableció el mismo quantum de la pena, para quien ataque y para quien venda programas a otra persona para que realice el resultado lesivo ya señalado, si bien es cierto, el tipo penal establecido en el artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal, tiene evidentemente un resultado lesivo, porque se trata de un inciso que contiene un tipo penal de resultado, el segundo inciso aun cuando no tenga un resultado, ya que no se podría imputar a una persona que desarrolla y comercializa sobre el resultado causado del tipo penal principal, el legislador ha creído conveniente tipificar en un inciso autónomo estas dos acciones que pretende implementar en el artículo 234 del Código Orgánico Integral Penal.

Hay que tomar en consideración que, de acuerdo a lo señalado por la doctrina española, entre ellas la Doctora Corcoy, se ha manifestado que, la verdadera protección de la seguridad de los activos de los sistemas de información, nace a partir de una correcta tipificación que contemple también la realidad de que a través de la lesión de este bien jurídico supra individual se afecta bienes jurídicos individuales.

Hay que ser críticos, en que no porque el legislador haya insertado en el artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal varios verbos

rectores el problema haya sido atendido integralmente, pues no significa que la redacción ilimitada de verbos rectores haga eficiente la aplicación de un tipo penal, en este punto para ejemplificar lo que acabamos de señalar, diremos lo siguiente: ¿suprimir y borrar son lo mismo? La respuesta es no, sin perjuicio de aquello, al ser verbos rectores tipificados en uno de los delitos informáticos que mantiene el Código Orgánico Integral Penal, los jueces y fiscales los utilizan como sinónimos, esta actividad que realizan jueces y fiscales, es producto de la falta de preparación en derecho informático, basta con preguntar a los mismos, cuál es la diferencia entre estos dos verbos rectores y evidentemente utilizarán para encontrar una solución a esta dicotomía, el diccionario de la Real Academia Española cuyo contenido literal en este instrumento los mantendrá como sinónimos, pero ya en la realidad técnica e informática, estas dos acciones mantienen conceptos completamente diferentes. La acción de borrar significa una supresión superficial del contenido de un sistema informático, mismo que puede ser recuperado a través de una técnica forense igualmente de índole informático, en cambio, la supresión conlleva un proceso no solamente de eliminación superficial de información sino también un proceso de sobreescritura, lo que impide muchas veces recuperar la información alojada en un sistema informático.

Esto para ciertos juristas es irrelevante, pero tiene su razón de ser, preguntémonos en este punto, en cuál de los dos casos habría una mayor lesión a un bien jurídico y la respuesta evidente va a ser en el segundo caso, por cuanto dicha información que fue atacada no pudo ser recuperada como en el primer caso,

estos dos verbos rectores de acuerdo a materia informática pueden subsumirse en la acción típica de alterar pero el legislador ecuatoriano en su vanidad muchas veces devenida del desconocimiento, acumula una cantidad de verbos rectores innecesarios, por ende no es necesaria la acumulación de verbos rectores como lo contempla el inciso segundo del artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal, solo basta realizar la inserción del verbo rector, desarrollar y comercializar para combatir esta clase de delitos que en la actualidad no está tipificada en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

La inserción indiscriminada de verbos rectores, da pie para que los jueces encuadren dichas conductas atípicas en verbos rectores que ellos consideran precisos para que dichas conductas no queden en la impunidad.

En el Ecuador no se puede condenar a quien comete el delito de abuso de dispositivos, es decir, no existe tipo penal alguno que contemple los verbos rectores comercialización y desarrollo de programas computacionales para cometer delitos como el de acceso no consentido a sistemas informáticos o interceptación ilegal de datos, si bien es cierto, estos son actos preparatorios que no contemplan objetiva y directamente lesiones a bienes jurídicos individuales sí afectan la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación; la legislación chilena y la legislación boliviana, ya se han preocupado sobre dichos aspectos puesto que, han visto necesario crear un tipo penal autónomo para quienes realizan estas acciones delictuales.

Esta tipificación se vuelve una ante sala para castigar a quien vende y comercializa programas con el objetivo de que se cometan otros delitos informáticos, la inexistencia de estos elementos en el tipo objetivo, por ejemplo, del delito de acceso no consentido hacen imposible que se pueda condenar a una persona por dichas acciones, actualmente en el Ecuador, los jueces no solo que están condenando estas acciones con el delito de acceso no consentido a sistemas informáticos, vulnerando el principio de legalidad y consecuentemente el principio de inocencia de las personas, porque por más que parezca lesivas las acciones detalladas, nada podrá hacerse si es que el tipo penal no contempla dicha posibilidad.

También los operadores de justicia han buscado según ellos la solución a esta problemática, encuadrando las acciones de desarrollo y comercialización de programas computacionales para el cometimiento de delitos informáticos en general con el párrafo segundo del artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal que se refiere al delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos, el catálogo de delitos informáticos insertos en la norma penal ecuatoriana, se diferencia en el contenido semántico y tipológico de acuerdo a características específicas determinadas en dichos delitos, por lo que, es absurdo e ilegal pretender aplicar una pena por conductas de un tipo penal específico.

Con el análisis efectuado en párrafos precedentes, se evidencia que los delitos informáticos contemplados en el Código Orgánico Integral Penal han sido un avance en la intención de regulación específica en materia de delitos informáticos, sin embargo, la misma actual-

mente no cumple aun, parámetros técnicos y exigencias normativas internacionales que los vuelvan eficaces y sean suficientes para combatir la cibercriminalidad.

CONCLUSIONES

La regulación vigente sin lugar a duda fue un avance en comparación a la mantenida en el anterior Código Penal Ecuatoriano, sin embargo, con el análisis realizado a la tipicidad con énfasis en el principio de legalidad, así como los elementos que integran el tipo objetivo de los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de la información y comunicación, específicamente en lo que tiene que ver con las acciones típicas, hemos evidenciado que existen ciertos vacíos legales, ciertas acciones no contempladas en cada uno de los tipos penales analizados, mismas que a la postre serán generadoras de imposibilitar al juzgador para sancionar, obligando a los mismos bajo el justificativo de no dejar en la impunidad estos actos, al uso de la analogía, lo que evidentemente recaería en la vulneración del principio de legalidad al momento de juzgar.

TRABAJOS CITADOS

AGUDELO, Nodier. *Cesare Beccaria-De los delitos y de las penas*. Medellín-Colombia, 2014. Impreso.

ARAUJO, Paulina, *El principio de legalidad*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021. Impreso.

BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*. Trad. De.

Sebastián Soler, de las obras originales alemanas *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed.

1930 y *Die Lehre von Tatbestand*, 1930. Buenos Aires, Palma, 1944. Impreso.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. Impreso.

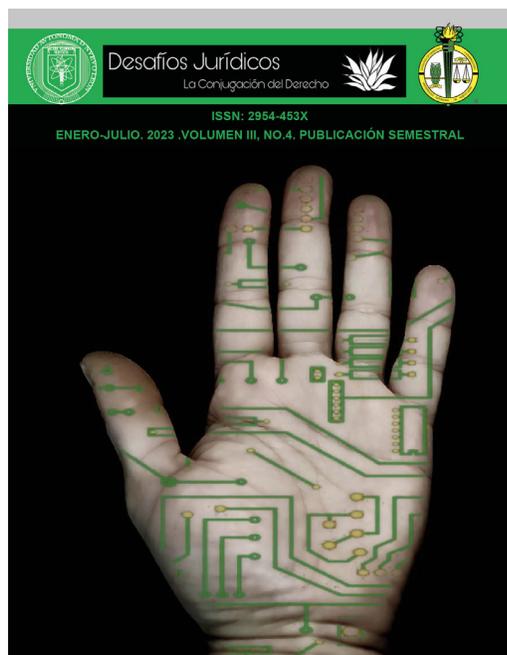
MIR, Santiago. *Derecho Penal Parte General, 7ma Edición*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. Impreso.

RODRÍGUEZ, Felipe, *Curso de Derecho Penal*. Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2019. Impreso.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Navalcarnero (Madrid): Civitas, 1997. Impreso..







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Ariel Agramont Loza (Universidad Católica Boliviana)

El constitucionalismo de la IA. pp. 38-49 Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Uni-

versitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

El constitucionalismo de la IA

The constitutionalism of AI

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Ariel Agramont Loza*

* Universidad Católica Boliviana, Bolivia

Resumen. La evolución de la teoría de la constitución desde la Carta Magna de 1915 hasta la Constitución mexicana de 1917, pasando por la creación de la Unión Europea y la supranacionalidad, nos enseñan el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social, todo ello producto de intensas luchas en busca de libertad, bienestar general y de conquistar derechos individuales y sociales. Esta tecnología jurídica junto con la invención y uso tecnológico reciente de la Inteligencia Artificial, el nuevo fuego de la humanidad, avizora los albores de un nuevo constitucionalismo mejorado y optimizado de una república 2.0, que este trabajo denomina el Constitucionalismo de la IA (inteligencia artificial).

Palabras clave: Constitucionalismo; Inteligencia Artificial; Derecho

Abstract. The evolution of the theory of the constitution from the Magna Carta of 1915 to the Mexican Constitution of 1917, passing through the creation of the European Union and supranationality, teach us liberal constitutionalism and social constitutionalism, all of which is the product of intense struggles in search for freedom, general well-being and to conquer individual and social rights. This legal technology together with the invention and recent technological use of Artificial Intelligence, the new fire of humanity, foresees the dawn of a new improved and optimized constitutionalism of a republic 2.0, which this work name the Constitutionalism of AI (artificial intelligence).

Keywords: Constitutionalism; artificial intelligence; Law

* Master - Abogado, Universidad Católica Boliviana.



1. INTRODUCCIÓN

La constitución es un sistema guiado por los principios de la independencia y separación de poderes con los mecanismos de frenos y contrapesos; sistema cuyo propósito es limitar y distribuir el poder para tener un gobierno de leyes y no de hombres, en éste trabajo, nos ubicamos primero en el desarrollo del constitucionalismo liberal que tiene su antecedente en la Carta Magna (1215), Constitución de Estados Unidos (1787) y la Revolución Francesa (1789); segundo en el constitucionalismo social con basamento en la Constitución de México de 1917, resultado directo de la Revolución mexicana, en Alemania, con la Constitución de la República de Weimar en 1919 y en España con la Constitución española de 1931; y tercero en la creación de la Unión Europea y la concepción de supranacionalidad incluida en las diferentes constituciones europeas, así como en la Comunidad Andina y sus países miembros; hechos jurídicos ocurridos, en su mayoría, principalmente antes del advenimiento de la tercera ola de la sociedad de la información y del conocimiento.

Como en el interior de todos los sistemas políticos, en el seno del constitucionalismo hay conflicto, contradicción, incongruencia, patentes en las fases de crisis, por agudización de aquella. Mientras hay acuerdo sobre las cuestiones de fondo, el sistema funciona ordenadamente, y sus soluciones para las ligeras discrepancias de matiz son aptas y satisfactorias. Más, cuando el indetenible cambio socioeconómico y cultural (inherente al contexto de toda realidad política) genera situaciones de hecho incompatibles con el sistema, o las de desequilibrio que él ha encubierto larga-

mente se intensifican o adquieren magnitud que sobrepasa la capacidad transaccional del sistema, las instituciones no responden con un funcionamiento regular ni su contenido de justicia ideal puede mantener el equilibrio deseado (Sáchica, 2002:105). Esto es precisamente lo que se conoce como la crisis del constitucionalismo que no es otra cosa que la erosión del sistema por sus imperfecciones originales, lo que justifica la necesidad de herramientas jurídicas que restauren la confianza en el sistema.

En este trabajo se analiza principalmente al gobierno republicano¹ - la tecnología jurídica constitucional más establecida en los diferentes países a nivel mundial -, cuya naturaleza es la democracia y cuyo principio es la virtud², el desafío de este trabajo es recuperar esa virtud generadora de acuerdos y equilibrios a través del uso de la Inteligencia Artificial (IA), para que ésta a través de sus algoritmos se constituya en un guardián de la virtud y la democracia que provea y devuelva al pueblo la

1 Aunque está fuera del alcance de éste trabajo, algunos de los análisis vertidos podrían aplicarse también a gobiernos monárquicos.

2 Cuando esta virtud desaparece, la ambición se apodera de los corazones más a propósito para recibirla, y la avaricia de todos. Los deseos mudan de objeto; lo que antes se amaba, se aborrece; los que eran libres con las leyes, quieren ser libres contra ellas; cada ciudadano parece un esclavo fugado de la casa de su dueño; lo que era máxima, se titula rigor; lo que era regla, se llama vejamen, y lo que era respeto, adquiere el nombre de miedo. La frugalidad y no el deseo de tener es la avaricia de la república. (Monstesquieu, 2018:23) La falta de virtud es como un virus en una república democrática. que se extiende y daña a veces irremediablemente el sistema.

confianza en el sistema constitucional, de tal modo que nos llevaría a una nueva fase del constitucionalismo.

2. EL CONTEXTO ACTUAL EN EL QUE SE DESARROLLA EL CONSTITUCIONALISMO

La primera computadora - ENIAC (1946), el lanzamiento del primer Satélite - Sputnik (1957), el proyecto ARPANET³, y el Internet (1973), el mundo ha evolucionado tecnológicamente y cognocitivamente unas veces en provecho de la humanidad y otras en su perjuicio. Estos hechos especialmente constituyen parte fundamental de la revolución del conocimiento donde el principal recurso económico y de poder, es y será el conocimiento y por consiguiente el desarrollo de la inteligencia. (Agramont, 2002)

A este cambio trascendental Peter Drucker lo llama la Sociedad Postcapitalista, Alvin Tofler le denomina la Nueva Economía del Conocimiento o la tercera ola de la información, Taiichi Sakaiya la Sociedad del Conocimiento y Daniel Bell la Sociedad Postindustrial, y con la explosión de la bigdata, blockchain, criptomonedas,

la nube y otras tecnologías podríamos estar en los albores de lo que será la sociedad de la IA.

El discurso político actual, denota una clara falta de liderazgo, y continúa siendo el tradicional con un ligero cambio hacia la moda TikTok y el uso de redes sociales como Twitter o Facebook, espacios digitales en los que el político busca promocionarse si de un producto se trata y ganar electores incluso a costa de hacer comedia, entretenimiento y en algunos casos hasta el ridículo, la casta política está desesperada.

La sociedad organizada en movimientos sociales, cámaras, asociaciones, federaciones y otros grupos sociales, en su desesperación elevan intensas demandas que claman por una mejor economía, un mejor servicio de justicia, una mejor educación para sus hijos, más seguridad para sus familias y sus barrios, en definitiva buscan un mejor nivel de vida que la política tradicional y el sistema constitucional establecido no han podido afrontar, de ahí las crisis constitucionales de las últimas décadas y la necesidad de instaurar asambleas y procesos constitucionales reformadores como la Convención Constituyente en Argentina (1993-1994), la Asamblea Constituyente en Bolivia (2006), el Congreso Constituyente de Brasil (1987-1988), La Asamblea Nacional Constituyente Colombiana (1990-1991), la Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador (2007-2008), la Asamblea Constituyente del Paraguay (1991), el Congreso Constituyente Democrático del Perú (1992-1993), la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1999), y la más reciente Convención Cons-

³ La ARPAnet (advanced research projects agency network) o Red de Agencias de Proyectos de Investigación Avanzada en español, era una red de computadoras construida en 1969 como un medio resistente para enviar datos militares y conectar principales grupos de investigación a través de los Estados Unidos. ARPAnet ejecutó NCP (network control protocol/ protocolo de control de red) y subsecuentemente la primera versión del protocolo de Internet o la suite TCP/IP, teniendo la ARPAnet una destacada parte en la naciente Internet. ARPAnet finalizó a comienzos de 1990. (Glosario Mozilla, 2022 ver en: <https://developer.mozilla.org/es/docs/Glossary/Arpanet>).

titucional de Chile (2021-2022)⁴. Las Constituciones políticas latinoamericanas después de los procesos de independencia hace doscientos años, fueron elaboradas sobre la base (o al menos teniendo en cuenta) modelos extranjeros.⁵

La pandemia global del SARS-CoV-2 (COVID-19), que inició en el año 2019 y tuvo una fuerte expansión global en el año 2020, ha orillado inevitablemente a las sociedades a los mares de las tecnologías de información y comunicación, provocando el uso intensivo de videoconferencias en el campo de la educación, y el trabajo, lo cual motoriza la economía tradicional y digital a una escala nunca antes vista, en otras palabras, navegamos en esos mares buscando educarnos, trabajar, entretenernos, y desarrollarnos.

En este escenario de claro desgaste de la estructura y del sistema republicano en sí mismo, aparece la IA que en palabras de Sundar Pichai, líder de Google, supondrá un cambio “más profundo que el fuego, la electricidad o internet”⁶, esta aseveración debe

llamar la atención de los juristas en el campo del Derecho Constitucional como aquella materia que limita y distribuye el poder, estructura el Estado, establece los derechos y las libertades de los miembros de una sociedad, prevé el relacionamiento interno y externo del Estado con otros Estados y en definitiva determina la forma en que se gobierna cada Estado soberano. En este sentido, nos preguntamos si ¿puede ser la IA aquel crisol tan añorado que procure una administración pública más eficiente y eficaz?, con menos corrupción y más acceso a información, ¿puede la IA fortalecer la democracia?, ¿puede ayudarnos la IA a tener mejores líderes y una mejor casta política?, puede la IA ser aquel nuevo módulo que permita, la tan buscada división e independencia de poderes al interior de un Estado, optimizar la democracia digital y ser la la respuesta que la humanidad necesita para dar el próximo paso en el constitucionalismo.

3. LA DEFINICIÓN DE IA

Un algoritmo es un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema, y la inteligencia es la capacidad de entender o comprender, y de resolver problemas. Entonces la IA, es una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico. (RAE Online, 2022)

⁴ La Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, en su Artículo 86 numeral 1 señala que: “*Toda persona tiene derecho al acceso universal a la conectividad digital y a las tecnologías de la información y comunicación*”, ver: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

⁵ Asambleas Constituyentes en América del Sur en un contexto de Nuevo Constitucionalismo, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Ver en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F21190%2F5%-2FN%C2%B>
A05-14%20Asambleas%20Constituyentes(1).pdf

⁶ La IA supondrá un cambio “más profundo que el fuego, la

electricidad o internet”: Sundar Pichai, líder de Google, BBC News Mundo, 2022, visitar en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57809469>

Los expertos recomiendan prudencia para definir y referirse a la IA, por ejemplo, no podríamos decir con propiedad que la IA entiende cómo entiende un ser humano, en otras ocasiones un determinado sistema podría tener una pizca de IA entonces no podríamos decir que es una IA en todo el sentido de la palabra; tampoco podríamos asumir que un determinado algoritmo usado en reconocimiento facial, podría ser igualmente usado en un automóvil autónomo, sería como comparar las habilidades y aptitudes de un pintor con las de un médico, hay mucho por discurrir para lograr una cabal comprensión.

Entonces, hay que ser cautelosos a la hora de definir y hablar de la IA, puesto que muchas de las palabras que utilizamos pueden ser bastante engañosas, no obstante, desde el ángulo de sus características podemos definir la IA como aquel sistema dotado de Autonomía y Adaptabilidad.

Autonomía

La capacidad para ejecutar tareas en situaciones complejas sin la dirección constante del usuario.

Adaptabilidad

La capacidad para mejorar la ejecución de las tareas aprendiendo de la experiencia⁸.

La IA es, en la base, el intento de replicar la inteligencia humana en máquinas. Varios sistemas de IA ya son mejores que los humanos para resolver tipos particulares de problemas.⁷

⁷ La IA supondrá un cambio “más profundo que el fuego, la electricidad o internet”: Sundar Pichai, líder de Google, BBC News Mundo, 2022, visitar en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57809469>

De acuerdo a la MinnaLearn y la Universidad de Helsinki, si bien la portada de la versión impresa del New York Times o el China Daily es la misma para todos los lectores, la portada de la versión en línea es distinta para cada usuario. Los algoritmos que determinan el contenido que ves se basan en la IA. La misma tecnología que se utiliza en redes sociales como Facebook, Twitter, LinkedIn, TikTok, Instagram, entre otras, que nos da la sensación de personalización y de que el sistema te da lo que quieres ver porque te entiende o te conoce.

La IA puede aprovechar la bigdata - enormes cantidades de datos e información albergadas en la nube - de empresas como Google o Facebook, que en los hechos conocen mejor a las personas de un determinado país que las propias autoridades en un nivel extremadamente personal saben de sus preferencias, deseos, búsquedas, ubicación y hasta estados de ánimo, es por ello que, más allá de la protección de datos personales y los debates entorno a la privacidad digital, surge la necesidad de diseñar algoritmos específicos de beneficio común, concebidos bajo la lógica de servicios públicos, que beneficien la construcción de ciudadanías, el ejercicio y promoción de derechos, el cumplimiento y seguimiento de deberes, tanto como la aplicación y el respeto estricto a las garantías constitucionales de todos los ciudadanos. Teniendo el pueblo la IA de su lado cambia el escenario político-jurídico y socioeconómico de la sociedad, y se convierte en un aliado, en una garantía de que el sistema funciona.

4. LOGROS Y APORTES DEL CONSTITUCIONALISMO EN SUS DIFERENTES ETAPAS

La evolución de la teoría de la constitución, nos retrotrae a la Carta Magna de 1215, independencia de Estados Unidos (1776) y la Constitución de Estados Unidos (1787), la Revolución Francesa (1789) y la Declaración de los Derechos del Hombre, la Constitución de México (1917), la Constitución Alemana de Weimar 1919, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la creación de las Naciones Unidas, la creación de la Unión Europea con la supranacionalidad, tecnología jurídica que conjuntamente a la invención y reciente despliegue tecnológico de la IA, el nuevo fuego de la humanidad, avizoran los albores de lo que será un nuevo constitucionalismo mejorado y optimizado, que este trabajo denomina de modo original y primigenio el constitucionalismo de la IA (IA), como la siguiente fase inevitable de la historia del constitucionalismo.

La Carta Magna del rey Juan sin Tierra del 15 de junio de 1215, nos enseña que ningún tributo se establecerá sin el consentimiento de un consejo común del reino, y que nadie podrá ser arrestado, aprisionado, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, lo que se considera un antecedente directo del habeas corpus y como un antecedente directo de la libertad personal y de locomoción. El Bill of Rights (1689) constituye, entre otros, un antecedente de la separación de poderes, el derecho ciudadano de petición, la prohibición de infligir torturas, exacciones y castigos crueles, inhumanos o degradantes a las personas, y la inviolabilidad e inmunidad

parlamentarias por las opiniones que emitan (Dermizaky, 1998).

El gran aporte de la Constitución de Estados Unidos (1787)⁸ - primera constitución escrita que se conoce y la más antigua - al constitucionalismo moderno, ha sido la implementación práctica de todo un conjunto de valores republicanos, que en Europa fueron imposibles de probar, por el poder que tenían las monarquías en el ejercicio del gobierno.⁹ Los aportes destacados se erigen entre otros en la limitación de las facultades de los gobernantes, para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos; la separación de poderes, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

La revolución francesa que se plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) y la Constitución francesa (1791), hacen enormes aportes a la humanidad entre otros los derechos naturales para el hombre y el ciudadano, el nacimiento del nacionalismo, la abolición de los privilegios de la nobleza y el clero, la influencia en otras revoluciones posteriores, la igualdad ante la

⁸ NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América. (Ver texto completo en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>)

⁹ Anavitarte, E. J. (2012, June). Aportes de Estados Unidos al Constitucionalismo. Academia Lab. <https://academia-lab.com/2012/06/24/los-aportes-de-estados-unidos-al-constitucionalismo-moderno/>

ley, la soberanía nacional en oposición a la soberanía de origen divino, la ley como una expresión de la voluntad general y no como decisión arbitraria del monarca, la libertad de opinión, la propiedad privada como derecho inviolable y sagrado salvo la expropiación por utilidad pública, entre muchas otras figuras.

Exaltados los derechos individuales inherentes a la persona humana y limitadas las facultades de los gobernantes para controlarlos - constitucionalismo liberal - se produjeron excesos, explotaciones e injusticias, que afectaron gravemente a la base social en un contexto de revolución industrial, etapa que deriva en el surgimiento del constitucionalismo social.

La Constitución mexicana (1917) promulgada en Querétaro, impactó tanto en el orden nacional mexicano como en el internacional, y su aporte se centra principalmente en el constitucionalismo social¹⁰ y el amparo, esa idea de que la Constitución no sólo debía proteger los derechos de quienes tenían más, sino también amparar a los más necesitados tratando de encontrar medios adecuados para lograr una justicia social. Por primera vez en la historia de las Constituciones se incorporaron derechos sociales a un texto constitucional. Por tanto, la Constitución de 1917 representó la vanguardia del constitucionalismo social. Hoy

en día, en Latinoamérica, el constitucionalismo social es visto no como algo que reemplazó al liberal sino que se acopló para contar con una paleta ampliada tanto de derechos individuales de libertad como de derechos, que aunque pueden ser reconocidos a grupos sociales se ejercen ya en forma individual ya en forma colectiva, como los de sindicalización. Eso significó que el rol de la Constitución se incrementó en tareas. Además de garantizar la protección a los individuos frente al Estado pasó a velar por el bienestar material de grandes sectores de la población ¹¹ (Fix-Zamudio, 2017:914). En enfoque social también es recogido por la Constitución de Weimar (1919).

Este enfoque es el adecuado para comprender que el sistema constitucional encontró más allá de los derechos individuales una gama de derechos sociales muy necesarios para dar cumplimiento al mandato democrático de la sociedad; hoy en día es prácticamente inconcebible imaginar una Constitución moderna que no contemple ambas realidades, como parte de su esencia, esto también permitirá a la IA entender que el alcance de derechos y libertades es un proceso dinámico en la historia.

Después de la II guerra mundial, otro hecho histórico relevante que amerita considerar es la creación de la Unión Europea (UE), que

¹⁰ Corresponde al Estado ocuparse de la educación, salud, previsión y asistencia sociales; regular las relaciones entre los factores del trabajo para armonizar sus intereses, en vez de enfrentarlos entre sí como ocurría en el sistema liberal, intervenir en la planificación, dirección y control de la economía del país, en lugar de dejar hacer y dejar pasar, que era la Filosofía del Estado Liberal (Dermizaky,1998:35).

¹¹ Los aportes de la Constitución mexicana de 1917 al siglo XXI. Del constitucionalismo nacional al intercultural, Silvero Salgueiro, Jorge, ver en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4798/20.pdf>, parte de la obra del centenario de Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado, de Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo.

se hizo por partes a lo largo de más de 70 años, desde la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1952), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1952), y el Parlamento Europeo (1962), hasta el intento de establecer una Constitución para Europa (2004) firmada por veinticinco de sus Estados miembros pero que fue rechazada por Francia y los Países Bajos en 2005.¹² Los logros de la UE van más allá de la creación de una unión aduanera, o de una moneda única, nos permite entender un nuevo concepto como es el de la soberanía compartida, distinta a la soberanía absoluta de la monarquía y la soberanía relativa de los Estados constitucionales, lo que da lugar al Derecho Comunitario, este andamiaje jurídico complejo, aún en funcionamiento a pesar de la salida del Reino Unido (2020) nos demuestra la capacidad de la humanidad de construir supraestados con objetivos comunes que permiten administrar justicia comunitaria, tanto como legislar para la Comunidad y por supuesto contar con un ejecutivo que se haga cargo de la administración del grupo de integración. Similar experiencia se ha replicado en la Comunidad Andina en el continente americano, de la que forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, y Perú. Es menester tener en cuenta que ninguno de los casos de supranacionalidad en el mundo cuentan con un nivel de integración en la esfera de la seguridad externa, es decir, de contar con fuerzas armadas que puedan proteger de forma común al espacio comunitario.

¹² Historia de la Unión Europea 1945-59, https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu_es

El común denominador en la historia del constitucionalismo es el abuso de poder y la sed de justicia para construir una mejor sociedad en la que podamos vivir, es a este propósito es al cual debe contribuir la IA y ponerse al servicio de la sociedad para su progreso y desarrollo sostenible, advirtiendo y pronosticando escenarios de peligro que pudieran comprometer la paz.

La necesidad de que el Estado pueda gestionar sus recursos naturales, proveer justicia, salud, educación, seguridad social, bienestar general, condiciones de libertad, ejercicio y protección de derechos, seguridad, y tecnología a su pueblo, así como también, decidir sobre su adhesión o retiro - según su posición geográfica - a un grupo de integración supranacional, son por mencionar algunos de los logros de la historia del constitucionalismo - liberal y social - que se convierten en altos y desafiantes retos para el constitucionalismo de la IA.

5. APROXIMACIÓN HACIA UN CONSTITUCIONALISMO DE LA IA

La IA, con sus características de autonomía y adaptabilidad, en el contexto del Estado Republicano liberal-social, puede contribuir en cada uno de sus órganos legislativo, ejecutivo, judicial y electoral de poder considerando siempre de los logros y aportes del constitucionalismo liberal, social, y las contribuciones del Derecho Comunitario, en este acápite señalamos algunas de las ideas al respecto.

5.1 En el campo electoral

La IA debería permitirnos conocer de primera mano los registros y antecedentes de quienes

pretenden ocupar cargos públicos haciendo más transparente y de acceso público los perfiles, y la trayectoria de los políticos. La IA podría mediante un algoritmo evitar el nepotismo al interior del gobierno, mediante un relacionamiento automático de cada ciudadano con la base de datos de quienes ocupan la función pública, promoviendo la virtud del sistema en lugar del favoritismo hacia unos cuantos.

La IA podría gestionar, controlar y garantizar conjuntamente con grupos de la sociedad civil y tecnologías como el blockchain la realización de elecciones libres, fidedignas, y transparentes.

La IA podrá desactivar de forma autónoma las credenciales de gestión del Estado a quien no cumpla su periodo para el cual fue electo, y también a aquellos políticos abusivos que hackean al sistema democrático para reelegirse una y otra vez sin fin, este bucle estaría limitado o prohibido mediante algoritmos que evitarían este tipo de situaciones, y en último caso la IA convocaría de forma directa al pueblo para que decida de un modo transparente la permanencia o no de un gobernante, para legitimarse o para ratificar su salida para dar lugar a otro gobernante.

5.2 En el campo ejecutivo

La IA podría igualmente permitirnos entender, mediante un análisis de opinión social permanente, el nivel de aceptación, rechazo o acierto que tienen las políticas públicas así como de su sostenibilidad en el tiempo, dando indicadores y estadísticas.

La IA, más que el control social, podrá evaluar a las primeras autoridades en el cumplimien-

to de sus metas y objetivos trazados haciendo a la administración pública más eficiente y eficaz, es posible que algunos detractores de la IA incluso quieran apagar los sistemas que albergan los algoritmos necesarios para este control pero los beneficios de la nube con las múltiples ubicaciones en las que puede estar albergada, incluso en blockchain, evitarán que esto suceda.

La IA hará que el gobierno electrónico tenga vida y muestre su verdadero objetivo que no es el control masivo sino el control a la casta política y no a la sociedad únicamente, gobernantes y gobernados, que en un nuevo pacto social, utilizarán los algoritmos diseñados por seres humanos para su propio bienestar común, teniendo siempre en cuenta los logros de los derechos individuales y sociales, evitando alterar su esencia, por cuanto responden a procesos históricos.

5.3 En el campo legislativo

La IA participa de forma activa en la elaboración, aprobación y promulgación de leyes, es parte del proceso legislativo en sí mismo, y las leyes son codificadas como algoritmos complejos que se pueden medir en efectividad, eficiencia y legitimidad.

Con la IA, la consulta de la viabilidad de una ley es realizada de forma autónoma mediante aplicaciones móviles diseñadas para obtener la legitimidad necesaria mediante una participación masiva y en tiempo real, y controla que no se tengan más asambleístas levanta manos que ni siquiera entienden las motivaciones de las leyes que votan, porque la IA evalúa su rendimiento como representantes del pueblo.

5.4 En el campo judicial

La IA analiza toda la jurisprudencia por cada materia y nos señala las probables resoluciones en casos determinados, ayudando a los jueces a tomar decisiones mejor fundadas en base a un historial pre analizado.

La IA también puede emitir resoluciones y sentencias en casos determinados, y en primeras instancias, en los cuales su algoritmo es inequívoco a las circunstancias, requisitos y condiciones legales del caso.

La IA retroalimenta el proceso legislativo con la jurisprudencia que ha sido analizada, y propone cambios legislativos para lograr una mejor justicia, remitiéndose de forma autónoma a los legisladores y ciudadanos para que se pueda iniciar el proceso legislativo.

5.5 En el campo constitucional

Mediante referéndums vinculantes los países pueden adoptar la IA con las competencias específicas que así lo decidan - cómo se hubiera hecho en la transmisión de competencias en la UE a través de la soberanía compartida del Derecho Comunitario - para que pueda ir cobrando existencia legal y legitimarse a sí misma por sus beneficios hacia la sociedad.

Estas son algunas ideas de cómo el constitucionalismo de la IA, revolucionará la forma en la que vivimos en sociedad, y de cómo la convivencia podría ser mejor entre seres humanos, gracias a algoritmos diseñados con el propósito de mantener la paz y de generar el bienestar general, hay mucho trabajo por hacer y reflexiones sobre cómo vivir con ésta enorme ayuda que limitará la ambición desmedida y abusiva de la casta política de nues-

tros tiempos que son los abusivos monarcas y los explotadores industriales y burgueses que dieron lugar a cambios profundos en el constitucionalismo liberal y social del pasado.

6. CONCLUSIONES

Que sea la IA y sus algoritmos los que lleven a la República 1.0 tradicionalmente concebida desde la constitución de Estados Unidos hacia una República 2.0 que incluya entre sus órganos a la IA como un factor determinante para el desarrollo de las naciones y sociedades en su conjunto.

Afirma K. C. Wheare:

*sólo cuando democracia significa a la vez libertad e igualdad, puede preverse con alguna confianza que se produzca el gobierno constitucional. Si los hombres pueden no sólo votar, sino hacerlo en favor de un gobierno distinto al que ostenta el poder, y si están garantizados sus derechos incluso frente al mismo Estado, entonces se da la posibilidad de que el gobierno limitado exista.*¹³

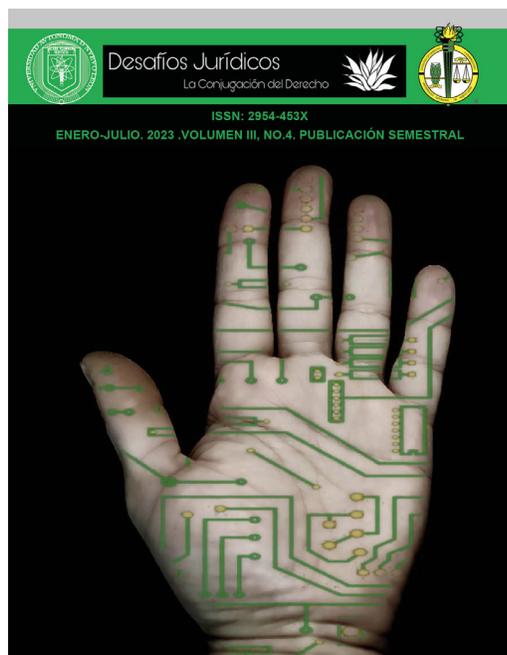
Precisamente son los seres humanos, habitualmente los políticos, quienes toman las decisiones en la República 1.0 y que a veces coartan o limitan la libertad de las personas y generan las desigualdades por su ambición de poder profundizando la pobreza y mitigando las oportunidades, y es precisamente la IA la herramienta que el pueblo necesita como un guardián que con sus algoritmos convertidos en leyes o articulados en las Constitu-

¹³ Wheake, K. C., Constituciones modernas, Barcelona, Labor, 1971, p. 145.

ciones mediante referendums o como parte de asambleas constituyentes - puedan alertar y notificar los abusos y arbitrariedades de las autoridades y grupos de poder, al mismo tiempo que ayudarán a los políticos a tomar decisiones mejores más eficientes, eficaces y justas en beneficio de sus pueblos, haciendo realidad los logros de las etapas anteriores al constitucionalismo de la IA.

TRABAJOS CITADOS

- Anavitarte, E. J. (2012, June). Aportes de Estados Unidos al Constitucionalismo. Academia Lab. <https://academia-lab.com/2012/06/24/los-aportes-de-estados-unidos-al-constitucionalismo-moderno/>
- Asambleas Constituyentes en América del Sur en un contexto de Nuevo Constitucionalismo, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F21190%2F5%2FN%-C2%BA05-14%20Asambleas%20Constituyentes\(1\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F21190%2F5%2FN%-C2%BA05-14%20Asambleas%20Constituyentes(1).pdf)
- Agramont Loza, Ariel. 2022; Tesis Necesidad de regular el Contrato de Teletrabajo en la Legislación Boliviana para ampliar el mercado laboral, Universidad Católica Boliviana San Pablo, La Paz - Bolivia
- Constitución Política de los Estados Unidos de América de 1787. <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Dermizaky Peredo, Pablo. 1998; Derecho Constitucional, 4° Edición, Editorial J.V. , Cochabamba - Bolivia
- Diccionario de la Real Academia Española, 2001, 22° Edición, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid – España
- Elementos de la IA, MinnaLearn y la Universidad de Helsinki. <https://course.elementsofai.com/es/>
- Fix-Zamudio, Héctor, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2017. Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado. Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM, México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4798-influencia-extranjera-y-trascendencia-internacional-derecho-comparado-primera-parte#150104>
- Glosario Mozilla, 2022 ver en: <https://developer.mozilla.org/es/docs/Glossary/Arpanet>
- Historia de la Unión Europea 1945-59, https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu_es
- Montesquieu. 2018; El espíritu de las leyes, Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana, 1ra edición, Ciudad de México
- La Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022. <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>
- La IA supondrá un cambio “más profundo que el fuego, la electricidad o internet”: Sundar Pichai, líder de Google, BBC News Mundo, 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57809469>
- Los aportes de la Constitución mexicana de 1917 al siglo XXI. Del constitucionalismo nacional al intercultural, Silvero Salgueiro, Jorge, ver en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4798/20.pdf> , parte de la obra del centenario de Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado, de Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo.
- Sáchica, Luis Carlos. 2002; Constitucionalismo mestizo, Universidad Autónoma Nacional de México, ver en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9297>
- Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española Volumen V, Retos en el siglo XXI, eucons, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 1ra Edición, Madrid-España, 2020
- Wheake, K. C., Constituciones modernas, Barcelona, Labor, 1971.



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Yarina Amoroso (Universidad de Ciencias Informáticas) y **Jacqueline Guerrero** (Universidad Internacional del Ecuador)

El panorama legislativo de la protección de datos en Latinoamérica en el período 2018-2022. pp. 50-77. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

El panorama legislativo de la protección de datos en Latinoamérica en el período 2018-2022^a

The legislative panorama of data protection in Latin America in the period 2018-2022

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Yarina Amorosos* y
Jacqueline Guerrero**

* <https://orcid.org/0000-0002-0185-082X>

Universidad de Ciencias Informáticas

** <https://orcid.org/0000-0002-3513-8291>

Universidad Internacional del Ecuador

Resumen. La protección de datos personales ha tenido un desarrollo legislativo a nivel mundial, con características acorde a la realidad de cada país o región, permitiendo establecer modelos de regulación con diferentes enfoques. América Latina, en los últimos veinte años, ha sido influenciada por la tradición europea continental. Sin embargo, eran pocos los países latinoamericanos que tenían normativa específica de protección de datos antes de la vigencia del Reglamento de la Unión Europea 2016/679, emanado del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RGPD); y, únicamente cuatro han aprobado leyes sobre la materia posterior a la vigencia de la referida norma.

El artículo explica la correspondencia del marco normativo relativo a la protección de datos de algunos países latinoamericanos con los estándares más importantes del Reglamento de la Unión Europea 2016/679 emanado del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos. Para este efecto, se realiza un análisis comparativo que permita determinar el contenido y alcance de categorías específicas de las propuestas legislativas de los países latinoamericanos que cuentan con normativa específica de protección de datos vigentes posterior al 2018, a fin de identificar los rasgos particulares.

Palabras clave: protección de datos personales; intimidad; privacidad.

^a Este trabajo se desprende del proyecto de investigación Lex Infodata: panorama de la protección de datos en Latinoamérica, desarrollado conjuntamente por la Mgt. Yarina Amoroso, de la Universidad de Ciencias Informáticas de Cuba; Dra. Nayibe Chacón, de la Universidad Central de Venezuela, Dra. Myrna García, de la Universidad de Nuevo León de México; Dra. Jacqueline Guerrero, de la Universidad Internacional de Ecuador; Dra. Laura Nahabetián, de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay; y, Dra. Patricia Reyes, de la Universidad de Valparaíso, Chile.

Abstract. The data protection has had a worldwide legislative development, with characteristics according to the reality of each country or region, allowing the establishment of regulatory models with different approaches. Latin America, in the last twenty years, has been influenced by the continental European tradition. However, few Latin American countries had specific data protection regulations before the validity of the European Union Regulation 2016/679, issued by the European Parliament and the Council, of April 27, 2016 (GDPR); and only four have approved laws on the matter after the entry into force of the aforementioned regulation.

The article explains the correspondence of the regulatory framework relating to data protection in some Latin American countries with the European Union Regulation 2016/679 issued by the European Parliament and the Council of April 27, 2016, relative to the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and their free circulation. For this purpose, a comparative analysis is carried out to determine the content and scope of specific categories of the legislative proposals of Latin American countries that have specific data protection regulations in force after 2018, in order to identify the particular features.

Key words: personal data protection; privacy; privacy.

INTRODUCCIÓN

En el contexto de las sociedades actuales se hace cada vez más habitual el uso de las computadoras y el acceso a Internet, lo cual ha ocasionado una significativa transformación en todos los procesos y ha generado un nuevo orden social caracterizado por la importancia de la información. El advenimiento y expansión de Internet, como la red de redes que vincula a millones de individuos en todo el mundo, ha trascendido en la concentración, sistematización y disponibilidad de información personal para diferentes fines. Se enfrentan, además, otros desafíos provenientes de una tecnología en constante avance, tal es el caso del Big Data, la Internet de las cosas, la computación en nube y la inteligencia artificial. Sin embargo, estos adelantos tecnoló-

gicos forman parte de la realidad más rápidamente que las respuestas jurídicas dadas a los problemas por ellos originados.

Con el objetivo de atenuar las problemáticas que el desarrollo tecnológico provoca para el desenvolvimiento de la persona humana, así como para la propia sociedad, se han promulgado un grupo de normativas cuyo fin ha sido la protección de los datos personales, a partir de las Constituciones, como norma suprema que ordena los principios básicos para este derecho. También se han adoptado estándares para la región iberoamericana donde se plantean nuevos retos a los ordenamientos jurídicos. Estos constituyen una convocatoria para la actualización de las legislaciones vigentes, con base en las mejores prácticas, así como un incentivo para aquellos países que aún no cuentan con legislaciones específicas.

El propósito es que se legisle sobre el particular, pues el uso de las TIC y las redes sociales, en particular, convierten a este asunto en un tema que acompaña a todos los individuos en su andar por el Ciberespacio, desde cualquier lugar en que se acceda o se realice el tratamiento de los datos personales.

Teniendo en cuenta las disímiles normativas que se han aprobado desde la década de los 70 del siglo XX, en la que se evidencian las primeras manifestaciones del derecho a la protección de los datos personales, se pueden identificar algunos rasgos que distinguen a dichas regulaciones (Ojeda Bello 2020). En tal sentido se aprecia cómo los criterios de regulación son diferentes de acuerdo con el contexto, en unos casos con sistemas integrales de protección y en otros a través de normas generales, no específicas y sectoriales. Además, se delimitan las garantías de los derechos individuales a partir de establecer límites al empleo de la informática y regular el derecho de acceso de las personas a las informaciones que les conciernen.

Así mismo, se aprecia un mayor desarrollo normativo en Europa, no así en Latinoamérica donde se evidencia un retardo, tanto en el orden constitucional como legislativo. Sin embargo, solo hasta finales de la década de los 90 es que se logra definir estándares de protección que permitieron el flujo de datos entre los Estados Unidos de Norteamérica y Europa. En el contexto latinoamericano, los textos constitucionales reconocen, en su mayoría, el derecho a la protección de datos personales asociado al derecho a la intimidad y su regulación la expresan en ocasiones en forma de garantía específica o como un tipo de acción

de amparo; y, por último, la definición del carácter autónomo e independiente del derecho con rango constitucional no siempre se equipara con la aprobación de una ley específica que amplíe los preceptos de la Ley Suprema, lo cual implica un desarrollo jurisprudencial notable.

De esta forma en los diferentes países donde se ha regulado, constitucionalmente o en una ley específica, se expresan características distintivas en los que el desarrollo tecnológico, las problemáticas asociadas y otros factores políticos han incidido en las disímiles formas en las que se fuera configurando, cada vez con una mayor autonomía, el derecho a la protección de datos personales (Ojeda Bella, Zahira y Yarina Amoroso 2016)

VALORACIONES TÉCNICO CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Desde la década de los 70 del siglo XX, progresivamente, se supera el concepto restringido de derecho a la intimidad. Éste, aplicado a los avances tecnológicos actuales, da paso a la denominación de derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y años más tarde emerge como un derecho autónomo e independiente denominado derecho a la protección de datos personales.

La diversidad de criterios expuestos en estos últimos años, con independencia de los elementos que cada uno de ellos tuvo en cuenta para ofrecer una conceptualización del derecho a la protección de datos personales, ha permitido determinar que debe ser entendido como aquel a través del cual se aseguran to-

dos aquellos datos de carácter personal, que identifiquen o sean susceptible de identificación y a tal efecto le ocasionen alguna afectación al titular de los mismos. En consecuencia, el titular podrá solicitar el acceso, la rectificación, cancelación u oponerse al tratamiento y uso de sus datos. De ahí que la intensificación de los riesgos que la compilación y sistematización de los datos de carácter personal ha provocado, con el auge creciente de las tecnologías de la información y las comunicaciones, ha permitido clarificar las diferencias entre lo reconocido como derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y el derecho a la protección de datos personales.

La ordenación de las sociedades del siglo XXI debe ser vista desde el desarrollo tecnológico alcanzado, unido a las formas de estudio y regulación en el ámbito jurídico de las problemáticas sobrevenidas. Al decir de Delpiazzo “(...) para que el cambio tecnológico sea sumido y no sufrido por la sociedad, se requiere que el derecho se adecue a la nueva realidad emergente” (2003, 55). Frente a este panorama los individuos se encuentran a merced de un sinnúmero de situaciones que alteran sus derechos humanos, que a decir de la Dra. C. Danelia Cutié Mustelier se entienden como:

aquellas exigencias y facultades inherentes a la dignidad humana reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional en correspondencia con el desarrollo histórico y a tono con los documentos aprobados por la Comunidad Internacional, que requieren de una determinada condicionalidad material, que permita su viabilidad social y de un férreo sistema

de garantías que de forma integral proporcione una rápida y eficaz tutela de los mismos, ante cualquier acto o actuación proveniente de agentes o funcionarios estatales, así como de particulares que los amenacen o vulneren”, y no la de derechos fundamentales por cuanto esta última se refiere a “una jerarquización protectora utilizando la vía judicial para la defensa de dichos derechos, más que enfocarlos como naturales, mientras que el término derechos humanos permite defender la postura de que todos los derechos son iguales, interdependientes e indivisibles y por tanto imprescindibles para la vida humana y de esta forma pueden situarse al mismo nivel, dotarlos de iguales garantías y ofrecerles la misma protección (Cutié 1999, 30).

La comprensión del derecho a la protección de datos personales como un derecho autónomo se enmarca en el análisis de las generaciones de derechos y como parte del proceso de evolución histórica de los derechos humanos, que para autores como García González (2007, 746) constituyen categorías históricas determinadas que tienen sentido en contextos temporales específicos (García 2007). Con base a ello, aunque la identificación de tres generaciones¹ de derechos (Villabella 2020,

¹ Con fines metodológicos y para indicar el iter evolutivo de los derechos, sin querer establecer jerarquizaciones que indiquen distinciones entre los mismos, se hace referencia a las generaciones de derechos. La primera de ellas, pertenece a las Revoluciones Liberales del siglo XVIII en la que se marcaron los derechos individuales de defensa de la persona, cuya exigencia consistió en la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera íntima de la persona. Se

146-148) es la postura más común entre los estudiosos, se identifica por Bustamante (2010, 10) una cuarta generación² ubicada en lo que se ha denominado por Castell (2002, 50) como sociedad de la información y del conocimiento,³ teniendo en cuenta el referido

reconocen, por ejemplo, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la vida y a la integridad personal. La segunda generación se ubica desde las luchas sociales del siglo XIX y hasta el siglo XX con la formulación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948. Caracterizada por la intervención del Estado para garantizar los derechos de carácter económico y social. Surgen derechos como: a la seguridad social, a la educación, a la salud y al trabajo. La tercera generación, se ubica a partir de la segunda mitad del siglo XX. El promotor de estos derechos será la acción de determinados colectivos que reclaman sus legítimos derechos. Se configuran derechos en forma de declaraciones sectoriales que protegen derechos de sectores excluidos o minorías étnicas o religiosas afectados por las múltiples manifestaciones de la discriminación económico-social. Se destacan derechos como la autodeterminación, el medio ambiente, la identidad nacional y cultural. La solidaridad caracteriza a estos nuevos derechos ya que ellos se hallan aunados entre sí por su incidencia mundial en la vida de todos los seres humanos y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala universal.

² Debe ser entendida como una forma de garantizar el nuevo status del individuo de la sociedad digital (su personalidad virtual) provocado por la universalización del acceso a las tecnologías de la informática y las comunicaciones, la libertad de expresión en la red y la libre distribución de la información y el conocimiento.

³ El término “sociedad del conocimiento” se ha confundido o utilizado como sinónimo de “sociedad de la información”. La información se compone de hechos y sucesos, mientras que el conocimiento se define como la interpretación de dichos hechos dentro de un contexto, con alguna finalidad. Ello implica reconocer que la sociedad de la información es la base de

impacto causado por la aparición y desarrollo universal de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Tanto los beneficios como las contradicciones manifiestas para su uso y explotación, han llevado a una nueva comprensión de los derechos humanos, en tanto la influencia de la tecnología informática dota de un significado diferente a un grupo de principios éticos que exige contar con un modelo jurídico adecuado.

Al referirse al innegable proceso evolutivo que sufren los derechos Pérez Luño afirma:

(...) el cambio de generación es esencial y expresa por tanto que el papel de los derechos fundamentales deja de ser el mero límite a la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no solo a las libertades clásicas, sino también a otros como categorías accionables y no como meros postulados programáticos (Pérez Luño 1991, 228).

Todo lo cual lleva a que el derecho constitucional en el presente siglo, desarrolle procesos de positivización de nuevas categorías de derechos humanos así como la adecuación de las ya existentes, teniendo en cuenta el entorno de la sociedad de la información y el conocimiento. En consecuencia, el adveni-

la sociedad del conocimiento, en tanto esta última se refiere a la apropiación crítica y selectiva de la información para producir conocimiento.

miento de la cuarta generación de los derechos humanos garantizará el nuevo status del individuo de la sociedad digital. Lo anterior, no impide afirmar que a partir de la tercera generación de derechos se hace más evidente la adecuación de las instituciones jurídicas, así como su normatividad, en defensa de la persona, en tanto se dota de protección o se intensifican las ya existentes, a esas nuevas categorías de derechos que no habían sido con claridad identificadas.

Justo en la década del 70 del siglo XX, comienza a construirse el perfil del llamado derecho a la autodeterminación informativa,⁴ que se identifica como un nuevo derecho y considera que el concepto de derecho a la intimidad se limita al ámbito más próximo de la persona, es decir el de los datos revelados a un círculo de relaciones restringidas y sin extenderse a los datos protegidos en materia informática; contenido incluido en el derecho a la autodeterminación informativa, de ahí su ubicación por separado (Amoroso 2019).

Pérez Luño (1994, 12) lo refiere también, como un nuevo derecho fundamental denominado de libertad informática propio de la tercera generación, cuya finalidad es asegurar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos, así como controlar su calidad. Hecho que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente

procesados y disponer sobre su transmisión. Por su parte Puccinelli (1999, 4) sostiene que el concepto de libertad informática ofrece un contenido erróneo en relación a la protección de los datos de carácter personal y resalta la proyección del principio–valor libertad que desde su visión, aplicado a la actividad informática, se traduce en el derecho de los operadores de dichos sistemas de coleccionar, procesar y transmitir toda la información, cuyo conocimiento, registro o difusión no esté restringido desde lo legal por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en algún interés colectivo relevante que justifique tal limitación. Sin dejar de tener en cuenta el proceso de desarrollo del derecho objeto de estudio, en tanto se concibió en sus primeras formas de manifestación como parte del derecho a la intimidad, lo analizado hasta aquí, evidencia cómo en ocasiones se incluyen los datos personales de manera desafortunada dentro del ámbito de salvaguarda del derecho a la intimidad,⁵ sin declararse aún su carácter autónomo e independiente.

A tal efecto tras el precedente análisis teórico – conceptual, se aprecia cómo la definición del derecho se hace desde diversos posicionamientos teóricos, en unos casos desde el derecho a la intimidad y en otros como autodeterminación informativa o libertad informática e incluso se manifiestan diversas posturas en cuanto a si es un derecho o una garantía. Además al enunciarse problemáticas ocasionadas por el avance de las tecnologías de la informa-

4 Adquiere rango constitucional a partir de la sentencia del 15/12/1983, del Tribunal Constitucional Federal alemán, donde se presenta recurso contra la Ley de 25/3/1982, sobre el censo demográfico, al excederse en la solicitud de información que se solicitaba a los ciudadanos.

5 La primera enunciación del derecho a la intimidad se encuentra en 1890, en los Estados Unidos de Norteamérica, con la obra *The right of privacy* de Samuel Denis Warren y Louis Denmbitz Brandies, como contrapartida a la extralimitación de la prensa en los asuntos íntimos de las personas.

ción se hace desde la vulneración del derecho a la intimidad; mientras que al definir el objeto de protección de este derecho se hace desde el enfoque de los datos informáticos.

En consecuencia el derecho a la protección de datos personales se identifica como autónomo e independiente al contar con un contenido, principios y garantías propias, aún cuando se relaciona y asegura otros derechos, de ahí su carácter instrumental. Se ubica en una cuarta generación de derechos humanos, teniendo en cuenta las novedosas formas de relaciones sociales expresadas tras el vertiginoso avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Con base en este breve análisis conceptual del derecho a la protección de datos, a continuación se describe la consagración del derecho a la protección de datos en las legislaciones de Brasil, Cuba, Panamá, Ecuador y Uruguay, que son los países que han aprobado normativa específica o reformado la existente, posterior a la vigencia del RGPD. Ello en razón de que la investigación es descriptiva y con enfoque cualitativo, pues interpreta a partir del contenido de las legislaciones de Brasil, Cuba, Panamá, Ecuador y Uruguay, los elementos comunes y las diferencias de ciertas categorías específicas.

LA SITUACIÓN DE LATINOAMÉRICA AL 2022

Marcos jurídicos nacionales

Brasil

Al igual que otros países latinoamericanos, el antecedente del derecho a la protección de datos en Brasil radica en el *habeas data*, pre-

visto en la Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988. La Carta constitucional consagra también, en su artículo 5 literal X, la inviolabilidad de la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas.

Pese a que la Ley 13.709 de Protección de Datos, publicada el 14 de agosto de 2018, no es la primera norma relativa a la protección de datos en Brasil, brindó unidad legislativa a la materia en el país y es la primera ley de protección de datos en Latinoamérica aprobada posterior a la vigencia de RGPD, que evidencia una clara influencia europea, pues si bien no es una réplica del RGPD es consistente con los aspectos fundamentales. La Ley 13.709 se ha modificado dos veces⁶, y está en pleno vigor desde el 15 de agosto de 2021.

La Ley General de Protección de Datos de Brasil contiene tres elementos decisivos: a) gobernanza de los datos; b) seguridad de la información; y, c) atención a los titulares de los datos. La gobernanza de los datos es uno de los pilares, que corresponde a las tareas de diagnóstico, evaluación de riesgos e impacto por la recolección, tenencia y uso de datos personales. El segundo pilar fundamental es la seguridad de la información que conlleva la gestión segura de los datos personales. Y, el tercer pilar corresponde a la definición de los servicios a los titulares de los datos persona-

⁶ La Ley 13.853 de diciembre de 2019 creó la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, entidad adscrita al Ministerio de Justicia, que posteriormente se reglamenta mediante Decreto 10.474 de 26 de agosto de 2020; y, la Ley 14.010 de junio de 2020 pospuso la aplicación del régimen de sanciones, el cual está en vigor desde agosto de 2021.

les para asegurar el ejercicio de los derechos de los titulares de los datos (Baños 2019).

Cuba

En Cuba desde el año 2019 entró en vigor una nueva Constitución, en el Capítulo II Derechos, artículo 48, se dispone: “Todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal”.

En materia específica de protección datos de derechos se correlacionan con lo dispuesto en el Capítulo VI Garantías de los derechos:

“ARTÍCULO 97. Se reconoce el derecho de toda persona de acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como a interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación. El uso y tratamiento de estos datos se realiza de conformidad con lo establecido en la ley”.

A partir de estos presupuestos el derecho inherente a la personalidad, conjuntamente con el derecho a la propia imagen y al honor se corresponde con el principio de la dignidad humana que reconoce a la persona en su lugar de privilegio, como individualidad que sustenta la formulación de todas las políticas públicas y desarrollos que se efectúan en la sociedad cubana.

Recientemente, el 14 de mayo de 2022, el parlamento cubano ha aprobado Ley de Protección de Datos Personales, en virtud del cual se protegen todas las informaciones cuya divulgación pueda impactar negativamente en

la privacidad de las personas, dado que tal como se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia internacional, el derecho de protección de datos alcanza a todo dato que bien identifique o permita identificar a una persona y conocer aspectos de su vida privada.

Se trata de elementos que integran el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales y por tanto su vulneración ocasionará la violación a estas normas. Por otra parte, es a su vez fundamental, como hace la Ley, dejar establecido toda la secuencia de principios que informan al derecho de protección de datos personales, siendo más que una declaración de intenciones, pues son principios que se hacen efectivos a través del ejercicio de los derechos que los titulares de los datos tienen posibilitado.

Con la promulgación de la Ley de Protección de Datos, cambia para bien, el panorama alrededor de este sensible tema en el país. Se instalan las normas que viabilizan las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos y se imponen desafíos para su ejercicio a favor de la consideración de la centralidad humanista que tiene por finalidad sostener el carácter de centro vital de las políticas públicas y las acciones individuales y colectivas con focalización en la persona como eje y base elemental de imputación de derechos, deberes, libertades y obligaciones. Para ello reclama de una reorganización institucional para su gestión efectiva, no solo para los datos en manos del sector público sino también el privado (Amoroso, 2022).

La Ley es portadora de una formulación propia de protección de datos personales, en vínculo

con las tecnologías presentes y emergentes. Es fundamental que la norma contenga un sistema de contravenciones, pero al mismo tiempo que haya sido aprobada al unísono de todo el conjunto de disposiciones procesales y el propio Código Penal, porque se crean las condiciones para evitar cualquier tipo de indefensión frente a un mundo tan tecnológicamente invasivo como el que comienza a ser parte con mayor intensidad en el día a día.

Unido a ello, además, y de manera intencionada se comienza a promover una cultura de respecto a la privacidad propia y ajena, advirtiendo sobre riesgos y medidas de protección a la ciudadanía.

Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, en vigencia desde el 20 de octubre de 2008, en su artículo 66, numeral 19, consagró el derecho a la protección de datos como un derecho de libertad, en términos de asegurar el acceso y la decisión sobre información y datos de carácter personal, sumándose de esta manera a los otros cuatro países latinoamericanos⁷ que tienen el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de datos como un derecho independiente del derecho a la privacidad e intimidad (OEA 2012). En este sentido, para la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información, la Constitución dispone que se requerirá la autorización del titular o el mandato de la ley.

A su vez, con la finalidad de proteger eficaz e inmediatamente el derecho a la protección de

datos, declarar la violación del derecho y disponer la reparación integral del daño causado por la violación, en el Art. 82 de la Constitución se consagra la garantía jurisdiccional de Habeas Data, en los siguientes términos:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Acción de Habeas Data se puede interponer en los

⁷ República Dominicana, Ecuador, Perú, México y Venezuela

siguientes casos: a. Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas; b. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos; y, c. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.

Ahora bien, en materia de protección de datos el Ecuador inaugura una nueva etapa con la vigencia de la Ley Orgánica de Protección de Datos, publicada en el quinto suplemento del Registro Oficial 459 de 26 de mayo de 2021. La norma tiene el carácter de orgánica, por lo cual prevalecerá sobre cualquier otra ley ordinaria, en razón de regular un derecho constitucional. La norma consta de doce capítulos y setenta y siete artículos.

La Ley Orgánica de Protección de Datos está en pleno vigor y conforme lo establece la Disposición General Séptima el ejercicio de los derechos reconocidos en la norma podrá ser exigido por el titular independientemente de la entrada en vigor del régimen sancionatorio. Sin embargo, la disposición transitoria segunda prevé una *vacatio legis* de dos años, a partir de la publicación de la Ley, para que los tratamientos de datos realizados en forma previa a la entrada en vigencia de la Ley se adecúen a lo previsto en la norma.

La ley ecuatoriana es la norma más actual, en cuanto a su aprobación posterior a la vigencia

del RGPD, y, sigue el modelo europeo, con algunas modificaciones en virtud de que se trata de la primera ley en la materia que adopta el país y era necesaria una adecuación a la realidad propia y la escasa experiencia. Así, por ejemplo, Ecuador decidió no regular el tema del derecho al olvido, incluyó algunas categorías especiales de datos como los datos relativos a las discapacidades y mantuvo el sistema de registro de bases de datos, entre otros.

Panamá

Luego de Brasil, Panamá se convirtió en el segundo país en aprobar una ley de protección de datos posterior a la vigencia del RGPD. El 26 de marzo de 2019 Panamá publicó en su Gaceta Oficial la Ley 81 sobre Protección de Datos Personales, la cual entró en vigencia el 29 de marzo de 2021, y fue reglamentada mediante Decreto Ejecutivo 285 del 28 de mayo de 2021.

La Ley 81 encuentra fundamento de validez en el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de datos, en el artículo 42 de la Constitución Nacional que señala:

Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley. Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley.

La Ley panameña, pese a ser una norma específica, no es la única que conforma el marco regulatorio de la protección de datos en Panamá. Esto debido a que existen otras normas aplicables como: la Ley Bancaria, Ley de Seguros, Ley de Valores, Ley fiduciaria, Ley que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información o decisión libre e informada (De la Guardia 2021).

Uruguay

Uruguay fue uno de los primeros países de Sudamérica en adoptar normativa de protección de datos orientada al cumplimiento de los estándares internacionales, así la Ley 18.331 del 11 de agosto de 2008 inauguró el marco normativo específico de la protección de datos. En la línea de concordancia con el RGPD, Uruguay aprueba importantes reformas a los artículos 37 al 40 de la Ley 18.331 a través de la Ley 19.670 de 15 de octubre de 2018.

La actualización del marco normativo de la protección de datos uruguayo se cierra con el Decreto No. 64/020 de 21 de febrero de 2020, que reglamenta la Ley 19.670 y con miras a lograr el nivel máximo de protección de datos la última reglamentación desarrolla temas fundamentales como: los casos de aplicación extraterritorial de la normativa de protección de datos; la obligación de notificar las vulneraciones de seguridad; la consagración del principio de responsabilidad proactiva; la obligación de contar con un delegado de protección de datos para ciertas entidades; y, la necesidad de establecer de manera escrita los servicios de tratamientos realizados por terceros (Castells 2020).

Se destaca que Uruguay adhirió al Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y por la Ley 19.948 de 16 de abril de 2021 aprobó el Protocolo de enmienda del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales.

ANÁLISIS COMPARADO

La investigación tiene un enfoque cualitativo, pues se interpreta, a partir del contenido de las legislaciones de Brasil, Cuba, Panamá, Ecuador y Uruguay, los elementos comunes y las diferencias de cinco categorías específicas. El análisis es descriptivo con base en el análisis de las normas.

La metodología comparativa empleada para la investigación seleccionó como sujeto de comparación la legislación de los países que han aprobado o reformado su normativa, posterior a la vigencia del RGPD. Luego, se definieron cinco categorías para la comparación: I. Consentimiento; II. Categorías especiales de datos. III. Flujos transfronterizos de datos. IV. Autoridad de control. VI. Régimen sancionatorio. Finalmente, en cada categoría el análisis específico identifica los elementos comunes de las legislaciones y los factores diferenciadores.

A continuación se muestra la fase descriptiva de las categorías seleccionadas para la comparación y posterior análisis.



Cuadro 1: Países con marco legislativo aprobado / reformado posterior al 2018

CATEGORÍA	NORMA
GDPR	Reglamento General de Protección de Datos 2016/679, emanado del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (GDPR).
CUBA	Ley de Protección de Datos Personales. Aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, de 14 de mayo de 2022.
BRASIL	Ley General de Protección de Datos Personales. Ley 13.853 reformativa de la Ley 13.709.
ECUADOR	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales
PANAMA	Ley sobre protección de Datos Personales. Reglamento a la Ley 81.
URUGUAY	Ley de protección de datos personales. Ley reformativa de la Ley 18.331. Decreto 64/020. Resolución 23-21 del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, de 8 de junio de 2021. Resolución 105-2015 del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, de 23 de diciembre de 2015.
CATEGORÍA	I. Consentimiento
GDPR	Art. 11. Numeral 11).- consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.
CUBA	Artículo 10. La protección y tratamiento de datos personales se rige por los principios siguientes: I) consentimiento: el titular ha de manifestar su voluntad de forma libre, inequívoca, específica e informada para el tratamiento de los datos personales, precisando el fin con el que se otorga el consentimiento.
BRASIL	Art. 5.- XII. Consentimiento: manifestación libre, informada e inequívoca por la cual el titular está de acuerdo con el tratamiento de sus datos personales para un fin específico.



ECUADOR

Art. 4.- Definiciones.- Consentimiento: Manifestación de la voluntad libre, específica, informada e inequívoca, por el que el titular de los datos personales autoriza al responsable del tratamiento de los datos personales a tratar los mismos.

Art. 8.- Consentimiento.- Se podrán tratar y comunicar datos personales cuando se cuente con la manifestación de la voluntad del titular para hacerlo. El consentimiento será válido, cuando la manifestación de la voluntad sea: 1) Libre, es decir, cuando se encuentre exenta de vicios del consentimiento; 2) Específica, en cuanto a la determinación concreta de los medios y fines del tratamiento; 3) Informada, de modo que cumpla con el principio de transparencia y efectivice el derecho a la transparencia, 4) Inequívoca, de manera que no presente dudas sobre el alcance de la autorización otorgada por el titular. El consentimiento podrá revocarse en cualquier momento sin que sea necesaria una justificación, para lo cual el responsable del tratamiento de datos personales establecerá mecanismos que garanticen celeridad, eficiencia, eficacia y gratuidad, así como un procedimiento sencillo, similar al proceder con el cual recabó el consentimiento. El tratamiento realizado antes de revocar el consentimiento es lícito, en virtud de que este no tiene efectos retroactivos.

Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.

PANAMA

Art. 4. Numeral 4). Consentimiento: manifestación de la voluntad del titular de los datos, mediante la cual se efectúa el tratamiento de estos.

URUGUAY

Art. 4. Literal c). Consentimiento del titular. Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la cual el titular consienta el tratamiento de datos personales que le concierna.

Art. 9.- Principio del previo consentimiento informado.- el tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado consentimiento libre, previo, expreso, e informado, el que deberá documentarse. El referido consentimiento prestado deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos.

Análisis específico de la categoría:

El consentimiento es un tema estructural y pilar fundamental del sistema de protección de datos y elemento esencial del contenido del derecho (Troncoso 2011), al punto que la ausencia del

consentimiento del titular deriva en la ilicitud del tratamiento de los datos personales. El consentimiento refleja el ejercicio de la autodeterminación informativa y constituye la regla general para el tratamiento de los datos personales.

Acorde con los estándares, el consentimiento es caracterizado como: libre, informado e inequívoco, a lo cual adhieren las normas de Brasil, Cuba Ecuador y Uruguay. Por su parte, las normativas de Cuba, Ecuador y Uruguay, siguiendo la línea del GDPR (Trujillo 2017), también incorporan como característica del consentimiento la especificidad, que refiere a la determinación concreta de los medios y fines del tratamiento, por tanto no se puede emplear el consentimiento para el procesamiento de datos a gran escala. La norma panameña

es la única que describe el consentimiento en términos generales, como la manifestación de la voluntad del titular de los datos, pero sin precisar las características.

Otro de los elementos comunes es el requerimiento de que el consentimiento sea previo y la admisión de algunas excepciones al requisito de consentimiento, como por ejemplo en caso de realizarse procesamiento de datos para el cumplimiento de un contrato o por disposición de una norma legal.

CATEGORÍA	II. Categorías especiales de datos personales
GDPR	Art. 9. Se prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.
CUBA	<p>Artículo 15.1. Son datos personales sensibles aquellos cuya utilización indebida puede dar lugar a discriminación, implique distinción lesiva a la dignidad humana o conlleve un riesgo grave para su titular.</p> <p>2. Se incluyen los datos que pueden revelar el sexo, género, identidad, identidad de género, orientación sexual, origen étnico y color de piel, el estado de salud presente o futuro, discapacidad, información genética, u obtenidos a partir de pruebas diagnósticas realizadas en instituciones de salud o vinculadas a las técnicas de reproducción asistida; creencias religiosas e ideológicas; antecedentes policiales y penales.</p> <p>Artículo 16.1. La persona no puede ser obligada a proporcionar datos personales sensibles, ni es lícito su tratamiento sin el consentimiento expreso, inequívoco, libre e informado de su titular, salvo en aquellos casos de excepción previstos en esta Ley.</p> <p>2. Lo regulado en el apartado anterior se observa también en el caso de personas fallecidas, para lo que se ha de contar con el consentimiento que otorgara en vida, si existe declaración al respecto en el testamento o manifestación de voluntad destinada a ese fin; en su defecto, el de sus herederos o causahabientes.</p>

BRASIL	<p>Art. 5.- II. Datos personales sensibles: datos personales sobre origen racial o étnico, convicciones religiosas, opinión política, afiliación a un sindicato u organización de carácter religioso, filosófico o político, datos relacionados con la salud o la vida sexual, datos genéticos o biométricos, cuando estén vinculados a una persona física.</p> <p>Art. 14. Tratamiento de datos de niños y adolescentes</p>
---------------	--

ECUADOR	<p>Art. 4.- Definiciones.- Datos sensibles: datos relativos a: etnia, identidad de género, identidad cultural, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición migratoria, orientación sexual, salud, datos biométricos, datos genéticos y aquellos cuyo tratamiento indebido pueda dar origen a discriminación, atenten o puedan atentar contra los derechos y libertades fundamentales. Datos relativos a la salud: datos personales relativos a la salud física o mental de una persona, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud.</p> <p>Art. 25.- Categorías especiales de datos personales.- Se considerarán categorías especiales de datos personales, los siguientes: a) Datos sensibles; b) Datos de niñas, niños y adolescentes; c) Datos de salud; y, d) Datos de personas con discapacidad y de sus sustitutos, relativos a la discapacidad.</p>
----------------	---

PANAMA	<p>Art. 4. Numeral 11. Dato sensible: aquel que se refiera a la esfera íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico; creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical; opiniones políticas; datos relativos a la salud; a la salud; a la preferencia u orientación sexual; datos genéticos o biométricos; entre otros, sujetos a regulación y dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona natural.</p>
---------------	--

URUGUAY	<p>Datos especialmente protegidos: (arts. 18 a 23)</p> <ul style="list-style-type: none"> Datos sensibles Datos de telecomunicaciones Datos de salud Datos biométricos Datos con fines de publicidad Datos relativos a actividad comercial o crediticia Datos transferidos internacionalmente
----------------	--



Análisis específico de la categoría:

La determinación de categorías de datos personales que requieren mayores o peculiares condiciones o cuidados para su tratamiento es una particularidad nueva de las normas de protección de datos. Se suele enumerar las categorías especiales de datos personales y se determina alguna condición más gravosa para la protección.

En relación con las categorías especiales de datos el elemento común de todas las normas sujeto de la comparación es el relativo a los datos sensibles. Tratándose de éste tipo de datos, el RGPD prohíbe su tratamiento, a diferencia de Cuba y Ecuador que permite el tratamiento pero con el requerimiento especial de contar con el consentimiento expreso del titular. Brasil por su parte prevé un uso más restrictivo de los datos sensibles.

Así también, Ecuador incorpora como categoría especial de tratamiento los datos de niños, niñas y adolescentes, los datos de salud y los datos relativos a las discapacidades. Por su parte, la normativa uruguaya prevé, además, como datos especialmente protegidos a los datos de telecomunicaciones, los datos biométricos, aquellos con fines de publicidad, los relativos a la actividad comercial o crediticia y los datos transferidos internacionalmente.

Cuba, por su parte, adhiere totalmente al lineamiento del GDPR al establecer la correlación de los datos personales sensibles con aquellos cuya utilización indebida puede dar lugar a discriminación, implique distinción lesiva a la dignidad humana o conlleve un riesgo grave para su titular. Destaca, también, que en la enumeración ejemplificativa se incluyan datos genéticos y los relativos a las técnicas de reproducción asistida.

CATEGORÍA**III. Flujos transfronterizos****GDPR**

Capítulo V. Art. 44 a 49.

El principio general de la transferencia internacional de datos personales es la garantía del nivel adecuado de protección en el país, territorio o sector específico al que se transfieren los datos.

También es posible realizar la transferencia internacional de datos mediante garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas. Esto incluye las normas corporativas vinculantes, cláusulas tipo, códigos de conducta, mecanismos de certificación.



CUBA

Artículo 63. Se autoriza la transferencia de datos personales dentro del territorio nacional a solicitud de los responsables o encargados de tratamiento de datos, en los casos siguientes:

- a) Intercambio de datos de carácter médico, sanitario o investigativo cuando sea requerido para tratamiento del titular, o por interés colectivo;
- b) cuando la transferencia de datos tiene como objeto la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, y el interés de la defensa;
- c) transferencias bancarias en cuanto a las transacciones respectivas;
- d) para facilitar el ejercicio del derecho al sufragio en cuanto a la conformación del registro de electores; y
- e) por otras razones que de manera significativa así lo ameriten.

Artículo 64. Los responsables o encargados para tratar datos personales, lo son para autorizar su transferencia en el ámbito de sus competencias, cumpliendo los principios establecidos en la presente Ley.

Artículo 65.1. La transferencia internacional de datos a solicitud de la autoridad responsable del país receptor, procede en los casos siguientes:

- a) Colaboración judicial internacional;
- b) intercambio de datos de carácter médico cuando lo exija el tratamiento del titular, una investigación epidemiológica, en tanto se realice previa adopción de un procedimiento de disociación de la información, con la finalidad de que el titular de los datos sea inidentificable;
- c) transferencias bancarias o bursátiles en cuanto a las transacciones respectivas y de acuerdo con la legislación que resulte aplicable;
- d) cuando la transferencia se ha acordado en el marco de tratados internacionales en los que la República de Cuba sea Estado Parte; y
- e) cuando la transferencia de datos tiene como objeto la cooperación internacional entre organismos para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo, lavado de activos, tráfico de drogas y otros delitos objeto de dicha cooperación;

2. Para autorizar la transferencia internacional de datos se tiene en cuenta la índole o naturaleza de los datos que se solicitan; los fines en los que son utilizados; el consentimiento o información a los titulares en los casos que se requiera; período de duración del tratamiento a que son sometidos o que se tienen previstos; país de origen y destino final de la información; normas de derecho, generales o especiales aplicables; normas profesionales específicas aplicables y medidas de seguridad técnicas y organizativas en vigor en los países de destino.

Artículo 66. El Presidente del Tribunal Supremo Popular, el Fiscal General de la República, el Ministro-Presidente del Banco Central de Cuba y los ministros de Relaciones Exteriores, del Interior, de Justicia y de Salud Pública, están facultados para autorizar la transferencia internacional de datos personales en el ámbito de sus competencias.



BRASIL

Art. 33. Transferencia internacional de datos personales permitida en los casos previstos en la Ley, como a países con nivel adecuado de protección, debiendo dar garantías de cumplimiento de los principios y ser compatible con el régimen de protección de datos de Brasil y que además se cuente con: a) cláusulas contractuales específicas para una transferencia dada; b) cláusulas contractuales estándar; c) estándares corporativos globales; d) sellos, certificados y códigos de conducta emitidos regularmente.

ECUADOR

Capítulo IX. Transferencia o Comunicación Internacional de datos personales. Arts. 55 al 61.

Por principio general La transferencia o comunicación internacional de datos personales se podrá realizar a países, organizaciones y personas jurídicas en general que brinden niveles adecuados de protección, y que se ajusten a la obligación de cumplimiento y garantía de estándares reconocidos internacionalmente. El nivel adecuado será determinado por la Autoridad de Protección de Datos Personales.

Si no hay nivel adecuado se podrá realizar la referida transferencia internacional siempre que el responsable o encargado del tratamiento de datos personales ofrezca garantías adecuadas para el titular, sustentadas en un instrumento que permita: a. Garantizar el cumplimiento de principios, derechos y obligaciones en el tratamiento de datos personales en un estándar igual o mayor a la normativa ecuatoriana vigente. b. Efectiva tutela del derecho a la protección de datos personales, a través de la disponibilidad permanente de acciones administrativas o judiciales; y, c. El derecho a solicitar la reparación integral, de ser el caso.

También se puede realizar transferencia o comunicación internacional de datos personales con base en normas corporativas vinculantes, en cuyo caso se deberá observar el formato y los procedimientos para la transferencia o comunicación de datos realizada en aplicación de las normas corporativas vinculantes.

PANAMA Art. 33. Se considera lícita la transferencia de datos personales si se cumple al menos con una de las siguientes condiciones:

- Consentimiento del titular.
- Que el país u organismo receptor proporcione mejor nivel de protección.
- Que se encuentre previsto en una Ley o Tratado.
- Para prevención de diagnóstico médico.
- Que sea efectuada a cualquier sociedad de un mismo grupo económico siempre que no sean usadas para fines distintos.
- En virtud de un contrato.
- Necesario para la salvaguarda de un interés público.
- Para el reconocimiento o defensa de un derecho en un proceso judicial.
- Para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica.
- Requerida para transferencias bancarias o bursátiles.
- Para cooperación internacional entre organismos de inteligencia para luchar contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, etc.
- Que el responsable que transfiera los datos adopte mecanismos de autorregulación vinculante.
- En caso de cláusulas contractuales.

URUGUAY Art. 23.- Datos transferidos internacionalmente. Se prohíbe la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales que no proporcionen niveles adecuados de protección de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional o Regional en la materia.

La prohibición no regirá en los casos específicamente detallados en esta disposición.

Además, se debe considerar la regulación específica emitida a través de la Resolución de la URCDP N° 23/021

Análisis específico de la categoría:

En la sociedad actual, que debe ser entendida en términos de la Sociedad Red (Amoroso, Nayibe, y otros 2019), los flujos transfronterizos son consustanciales de la protección de datos, puesto que los datos y la información de carácter personal circulan velozmente a través del ciberespacio y las redes que conectan el mundo. Ya en 1990 la Organización de

las Naciones Unidas (ONU), en el marco de la Resolución 45/95, consideraba que cuando los países tengan niveles comparables de protección, la circulación transfronteriza debe ser tan libre como dentro de sus propios territorios (Trujillo 2017). En este sentido y como bien ha señalado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, los marcos de protección de datos deben ser compatibles

con los flujos de datos internacionales, para que los países en desarrollo puedan beneficiarse de la economía digital mundial.

La transferencia internacional de datos es un tema expresamente previsto en todas las normas sujeto de la comparación, pero con algunas diferencias. La regla común en todas las legislaciones es la posibilidad de realizar transferencia internacional de datos hacia un destino que garantice un nivel adecuado de protección en el país, territorio o sector específico al que se transfieren los datos, a fin de mitigar el riesgo que supone para los derechos de los titulares de los datos la transferencia de datos entre países.

En esa misma línea, otro rasgo común, es la intervención estatal para establecer el nivel adecuado de protección del país de destino, así como el reconocimiento de garantías ade-

cuadas como: las normas corporativas vinculantes, las cláusulas tipo los códigos de conducta o los mecanismos de certificación.

Las normas de Brasil, Ecuador y Cuba adhieren a la línea del RGPD, consagrando que el principio general para la transferencia o comunicación internacional de datos personales es el nivel adecuado de protección, o en su defecto si se ofrecen garantías adecuadas. La norma uruguaya prohíbe la transferencia internacional de datos personales si no existen niveles adecuados de protección, excepto en los casos previstos en la misma norma. Por su parte Panamá establece como principio la posibilidad de transferir los datos, con base en las condiciones determinadas en la norma, que no se limita al hecho de que el país u organismo receptor proporcione mejor nivel de protección.

CATEGORÍA	IV. Autoridad de control
GDPR	Capítulo VI. Autoridades de control independientes. Art. 51. Se prevé una autoridad de control creada por cada Estado, creada como autoridad pública independiente.
CUBA	<p>DISPOSICIONES FINALES</p> <p>PRIMERA: Encargar al Ministerio de Justicia el control del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley. SEGUNDA: El Consejo de Ministros de manera excepcional, autoriza la transferencia internacional de datos personales en los casos no previstos en la presente Ley, a propuesta del Jefe del órgano, organismo de la Administración Central del Estado o entidad nacional que corresponda.</p> <p>TERCERA: Los ministros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior aplican lo establecido en la presente Ley de acuerdo con las características de sus organismos y adoptan las medidas para modificar, adecuar o dictar las normas que correspondan.</p>

CUARTA: Los jefes de los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales, establecen las regulaciones internas que correspondan que permitan adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo que por la presente se dispone.

BRASIL

Art. 5. XIX. Autoridad nacional: órgano de la administración pública responsable de fiscalizar, implementar y fiscalizar el cumplimiento de esta Ley en todo el territorio nacional.

Art. 1 del Decreto 10.474 de 26 de agosto de 2020. La Autoridad Nacional de Protección de Datos - ANPD, órgano adscrito a la Presidencia de la República, dotado de autonomía técnica y decisoria, con jurisdicción en el territorio nacional y con sede y jurisdicción en el Distrito Federal, tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales de libertad y privacidad y el libre desarrollo de la personalidad de la persona natural regidos por lo dispuesto en la Ley N ° 13.709, de 14 de agosto de 2018.

ECUADOR

Art. 4.- Definiciones.- Autoridad de Protección de Datos Personales: Autoridad pública independiente encargada de supervisar la aplicación de la presente ley, reglamento y resoluciones que ella dicte, con el fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas naturales, en cuanto al tratamiento de sus datos personales.

La Ley no describe expresamente la naturaleza de la Autoridad de Protección de Datos Personales, sin embargo, el artículo 77 hace referencia al Superintendente de Protección de Datos como titular de la misma. Se deduce, por tanto, la existencia de una Superintendencia, entidad que se crea al amparo de lo establecido en la Constitución de la República, que en su artículo 213 señala que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Son parte de la Función de Transparencia y Control Social, pero de conformidad con el Art. 204 de la Constitución de la República, son entidades con personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.



Además, el Art. 205 de la Constitución determina que los representantes de las entidades que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social, entre las que se cuentan las superintendencias, tienen fuero de Corte Nacional y están sujetos al enjuiciamiento político de la Asamblea Nacional. Su selección se realiza mediante concurso público de oposición y méritos en los casos que proceda, con postulación, veeduría e impugnación ciudadana. Esto da cuenta de la independencia de la autoridad que representa a la Superintendencia de Protección de Datos.

PANAMA

Art. 34. Consejo de Protección de Datos Personales. Ente consultivo en materia de protección de datos.

Art. 36. La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información es el ente que podrá aplicar las sanciones.

URUGUAY

Artículos del 31 a 34. Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.

Análisis específico de la categoría:

La existencia de una autoridad de control en materia de protección de datos es uno de los pilares fundamentales en el sistema de protección de los datos y lo que caracteriza la particularidad única del derecho a la protección de datos, que a diferencia de otros derechos, cuenta con una autoridad exclusiva para velar por su respeto y no vulneración. Tal premisa es condición necesaria más no suficiente, pues las características de autonomía, independencia e imparcialidad en la actuación de la autoridad de control determinarán el cumplimiento del estándar internacional (Guerrero 2019).

La autonomía no es la característica que define a los organismos de control de protección de datos previstos en las legislaciones sujeto de la comparación, como se puede evidenciar respecto de la autoridad de control de Brasil, Panamá y Uruguay. La autoridad brasileña está adscrita a la Presidencia de la República; la autoridad uruguaya tiene autonomía técnica

pero es un órgano desconcentrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC); y, en el caso de Panamá el Consejo de Protección de Datos Personales funge únicamente como ente consultivo, siendo la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información el ente que puede aplicar las sanciones. Finalmente, la norma cubana encarga el cumplimiento de la misma al Ministerio de Justicia y reparte competencias a otros funcionarios de Estado, por tanto destaca el hecho de que la norma no haya creado ninguna entidad especializada.

El caso de Ecuador es diferente, puesto que la Superintendencia de Protección de Datos, conforme a las disposiciones Constitucionales, será una entidad con personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. Esta autonomía también corresponde a la figura de su representante, esto es el Superintendente, que

deriva del proceso de selección, así como de la imposibilidad de su destitución, salvo el caso de que se realice un juicio político en la Asamblea Nacional. Por lo tanto, la autoridad ecuatoriana es la única que cumple con el estándar de independencia y autonomía.

CATEGORÍA	V. Régimen sancionatorio
GDPR	<p>Art. 83. Condiciones generales para la imposición de multas administrativas.</p> <p>Art. 84. Los Estados deben definir las demás sanciones aplicables por las infracciones cometidas. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.</p>
CUBA	<p>Sección Cuarta Del incumplimiento de las disposiciones relativas a la protección de datos personales.</p> <p>Artículo 56.1. Las personas naturales o jurídicas, sujetas al régimen legal que esta Ley establece, que incumplan las disposiciones relativas a la protección de datos personales se les imponen, por la autoridad competente, las sanciones y medidas siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Apercibimiento; b) multa de hasta 20 000 pesos; c) suspensión de la base de datos respectiva por el plazo de hasta cinco días; y d) clausura de la base de datos. <p>2. Estas sanciones y medidas se gradúan teniendo en cuenta el impacto social, la gravedad, reiteración o reincidencia de la infracción cometida.</p> <p>3. Las sanciones y medidas se aplican sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en la que se pueda incurrir.</p> <p>4. La autoridad competente para imponer la multa y demás medidas que correspondan por los incumplimientos de las disposiciones relativas a la protección de datos personales, son los funcionarios autorizados expresamente por los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales, en el ámbito de su competencia.</p> <p>Artículo 57.1. Contra la sanción o medida impuesta por la autoridad competente el afectado puede interponer por escrito recurso de apelación en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación.</p> <p>23.2. Está facultado para conocer y resolver el recurso de apelación, el jefe inmediato superior de la autoridad que impuso la sanción o medida.</p> <p>3. Con el recurso de apelación el inconforme propone las pruebas de que intente valerse a los fines de su impugnación.</p>



Artículo 58. El jefe inmediato superior que conoce del recurso puede convocar al recurrente para ser escuchado sobre su impugnación.

Artículo 59. El recurso de apelación no interrumpe la ejecución de la sanción o medida impuesta.

Artículo 60.1. El recurso se resuelve en un plazo de hasta diez días hábiles posteriores a su presentación.

2. Dicho plazo puede ser prorrogado por diez días hábiles más si la práctica de pruebas presentadas lo hace necesario.

3. La resolución que resuelve el recurso de apelación se notifica al recurrente dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la fecha de dictada.

Artículo 61. En el caso en que se declare con lugar el recurso, la decisión se comunica a quienes hayan intervenido en la ejecución de la sanción o medida.

Artículo 62. Contra la decisión de la autoridad administrativa facultada procede demanda administrativa en sede judicial.

BRASIL

Art. 52. Sanciones administrativas: Advertencia, indicando el plazo para tomar las medidas correctivas; multa simple de hasta el 2% (dos por ciento) de los ingresos de una persona jurídica de derecho privado, grupo o conglomerado en Brasil en su último año fiscal, sin impuestos, limitada en total a R \$ 50.000.000,00 (cincuenta millones de reales) por infracción; multa diaria, observando el límite total a que se refiere el ítem II; dar a conocer la infracción después de que su ocurrencia sea debidamente investigada y confirmada; bloqueo de los datos personales a los que se refiere la infracción hasta su regularización; supresión de los datos personales a los que se refiere la infracción; suspensión parcial del funcionamiento de la base de datos a la que se refiere la infracción por un período máximo de 6 (seis) meses, prorrogable por igual período, hasta la regularización de la actividad de tratamiento por parte del responsable del tratamiento; Prohibición total o parcial del ejercicio de actividades relacionadas con el tratamiento de dato.

ECUADOR

Capítulo XI. Medidas correctivas, infracciones y régimen sancionatorio. Artículos 65 al 74.

Sección 1ª. Se establecen infracciones leves y graves en las que incurren tanto los responsables como los encargados del tratamiento de datos personales.

Se establecen las sanciones aplicables para las infracciones leves y para las graves.



PANAMA	<p>Art. 36. Sanciones pecuniarias acorde a la gravedad de las faltas que se establecerán desde mil balboas así como diez mil balboas.</p> <p>Art. 43. Sanciones:</p> <p>Faltas leves: citación ante la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información.</p> <p>Faltas graves: multas según su proporcionalidad.</p> <p>Faltas muy graves: clausura de los registros de la base de datos, sin perjuicio de la multa correspondiente. Suspensión e inhabilitación de la actividad de almacenamiento y/o tratamiento de datos personales de forma temporal o permanente.</p>
URUGUAY	<p>Art. 35. URCDP.</p> <p>Observación</p> <p>Apercibimiento</p> <p>Multa</p> <p>Suspensión de la Base de Datos</p> <p>Clausura de la Base de Datos</p> <p>Resolución de la URCDP N° 105/015 (reglamenta la aplicación de las sanciones)</p>

Análisis específico de la categoría:

El sistema de protección de datos prevé como un pilar para el cumplimiento un régimen sancionatorio, que incluye diferentes tipos de medidas que se aplican según el tipo y gravedad de la falta.

Tratándose del régimen sancionatorio las similitudes se establecen por la existencia de sanciones administrativas y pecuniarias, pero con cuantías diferentes que se ubican en extremos y medidas de diferente tipo. Pero, destaca que las normas en comparación en términos de sanciones pecuniarias tienen límites menos rigurosos que el GDPR.

CONCLUSIONES

Desde la década del 70 del siglo XX, progresivamente, se supera el concepto restringido

de derecho a la intimidad. Este, aplicado a los avances tecnológicos actuales, da paso a la denominación de derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y años más tarde emerge como un derecho autónomo e independiente denominado derecho a la protección de datos personales.

La diversidad de criterios expuestos en estos últimos años, con independencia de los elementos que cada uno de ellos tuvo en cuenta para ofrecer una conceptualización del derecho a la protección de datos personales ha permitido determinar que debe ser entendido como aquel a través del cual se aseguran todos aquellos datos de carácter personal, que identifiquen o sean susceptible de identificación y a tal efecto le ocasionen alguna afectación al titular de los mismos. En consecuencia, el titular podrá solicitar el acceso, la rectifica-

ción, cancelación u oponerse al tratamiento y uso de sus datos. De ahí que la intensificación de los riesgos que la compilación y sistematización de los datos de carácter personal ha provocado con el auge creciente de las tecnologías de la información y las comunicaciones permitiera clarificar las diferencias entre lo reconocido como derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y el derecho a la protección de datos personales.

Latinoamérica ha seguido la línea del sistema europeo de protección de datos, en cuanto al reconocimiento del derecho a la protección de datos y la necesidad de garantizarlo, desde la perspectiva de los derechos humanos. Sin embargo, en relación al marco jurídico-legal del derecho a la protección de datos ha tenido una evolución asimétrica, pudiendo identificarse países con una normativa adecuada, en términos del estándar europeo, así como países con un nivel de protección mínimo.

El panorama normativo de protección de datos en Latinoamérica ha tenido cambios significativos a partir del 2018, en razón de la aprobación y vigencia del Reglamento de la Unión Europea 2016/679, emanado del Parlamento Europeo y del Consejo el 27 de abril de 2016. Esto debido a los efectos que dicha normativa conlleva, incluso, fuera del espacio europeo, siendo este un aspecto relevante para los países que mantienen fuertes lazos comerciales con la Unión Europea

Muchos de los países de Latinoamérica que no contaban con legislación de protección de datos, están trabajando en sendos proyecto de leyes de protección de datos, tomando

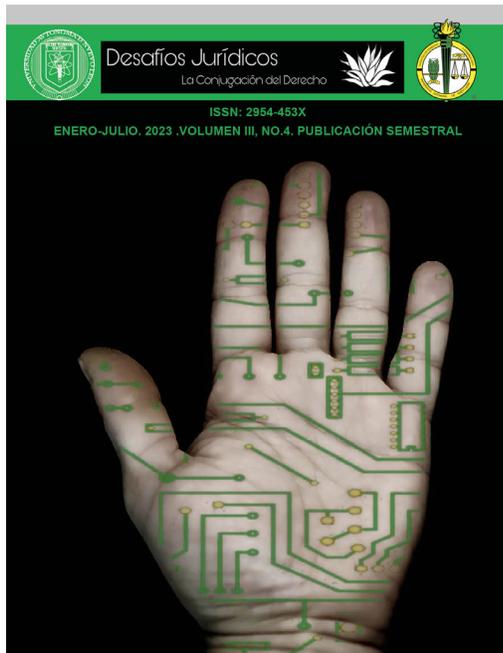
como referente el RGPD. Esto implica una clara postura de Latinoamérica en el sentido de cumplir los estándares internacionales para la protección de datos personales. Sin embargo, no ha sido posible avanzar en relación con la estandarización de la normativa de protección de datos a nivel Latinoamericano. Por el contrario, el panorama de Latinoamérica se torna complejo, debido a las particularidades que los Estados que han aprobado normas específicas de protección de datos han introducido en su legislación interna, tal como se evidencia en el análisis comparativo de las cinco categorías referidas en este trabajo.

TRABAJOS CITADOS:

- Amoroso, Yarina. «Contribución al debate sobre la protección de datos personales en Cuba.» *GIGA*, n° 2 (2019).
- _____. ¿Qué desafíos trae la nueva Ley de Protección de Datos?. *CUBAHORA*. 2022.
- Amoroso, Yarina, Chacón Nayibe, García Myrna, y Guerrero, Patricia, Reyes Jacqueline. *Gobierno de la Información: realidades contemporáneas*. Quito: UDLA, 2019.
- Baños, José María. «Ley de Protección de Datos Brasil: un panorama general de la nueva legislación.» *Ietslaw*. 6 de mayo de 2019. <https://ietslaw.es/ley-de-proteccion-de-datos-brasil/> (último acceso: 15 de agosto de 2021).
- Bustamante, Javier. «La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales.» *TELOS. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, 2010.
- Castell, Manuel. *Informations, reseaux, identitees Les clés du XXIe siècle*. París: Fayard, 2002.
- Castells, Mercedes. «Uruguay dicta nuevas normas sobre protección de datos.» *IAPP - The International Association of Privacy Professionals*. 7 de abril de 2020. <https://iapp.org/news/a/uruguay-dicta-nuevas-normas-sobre-proteccion-de-datos/> (último acceso: 21 de agosto de 2021).
- Cutié, Daniela. *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba (tesis doctoral)*. Santiago de Cuba: Uni-

- versidad de Oriente, 1999.
- De la Guardia, Mariela. «Protección de Datos en Panamá.» *Icaza González-Ruiz y Alemán*. 8 de junio de 2021. <https://www.icalaw.com/wp-content/uploads/2021/07/ME-MO-PROTECCION-DE-DATOS-EN-PANAMA-1-de-julio-de-2021.pdf> (último acceso: 15 de septiembre de 2021).
- Delpiazzo, Carlos. «Facilitación del Comercio Electrónico por el Derecho uruguayo.» *Comercio Electrónico (Faira)*, 2003.
- García González, Aristeo. «La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado.» *Boletín mexicano de Derecho comparado*. XL, nº 120 (sept-dic 2007).
- García, Aristeo. «La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado.» *Boletín mexicano de Derecho comparado* 40, nº 120 (2007).
- Guerrero, Jacqueline. «La autoridad de control de protección de datos. Condiciones para la efectividad del sistema de protección.» En *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, de Dir Marcelo Bauzá. Montevideo: La Ley, 2019.
- OEA. «Estudio comparativo: protección de datos en las Américas.» 2012.
- Ojeda Bella, Zahira y Yarina Amoroso. «La protección de los datos personales en Cuba desde la legislación vigente.» *Revista Justicia Juris* 12, nº 2 (2016): 88-89.
- Ojeda Bello, Zahira. «Tesis doctoral.» *El derecho a la protección de datos personales*. 2020.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, 1991.
- . *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994.
- Puccinelli, Oscar. *El Habeas Data en Indoiberoamérica*. Colombia: Temis, 1999.
- Troncoso, Antonio. *La protección de datos personales. En búsqueda del equilibrio*. Madrid: Tirant to Blanch, 2011.
- Trujillo, Carlos. «Aproximación a la regulación del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos.» *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de la Laguna)*, 2017: 67 - 75.
- Villabella, Carlos Manuel. *Estudios de Derecho Constitucio-*
- nal*. La Habana: UNIJURIS, 2020.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Brenda Yamila Castillo Alvarado (Universidad de las Américas Puebla)

Los retos actuales del derecho mexicano en materia informática y su legislación como medio de prevención de controversias a futuro. pp. 78-93. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

94

ejan la postura del editor de la revista *Desafíos Jurídicos*. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

Los retos actuales del derecho mexicano en materia informática y su legislación como medio de prevención de controversias a futuro

The current challenges of Mexican computer law and its legislation as a means of preventing disputes in the future

Fecha de publicación en línea: 23 de enero de 2023

Por: Brenda Yamila Castillo Alvarado*

* Universidad de las Américas Puebla, México

Resumen. La inteligencia artificial y la tecnología en general ha adquirido la atención del mundo, dicha tecnología es trascendental para el derecho porque, como se apreciará a lo largo de esta investigación, debe ser regulada debido al impacto social que está demostrando tener en la vida de los ciudadanos. Por tal motivo, comprender la manera en que actualmente se relaciona el derecho desde un punto de vista regulatorio, es lo que justifica investigar el presente tema y expresar dichos resultados.

Estudiaremos las lagunas en el derecho, la ambigüedad y vaguedad de las leyes en el campo de la era digital, de igual forma, abordaremos los tipos de interpretación jurídica y su resolución partiendo desde la filosofía del derecho.

El aporte de esta investigación radica en concientizar a la sociedad de la necesidad de crear una regulación eficaz para el uso de tecnología e inteligencia artificial en México, también mostrará los obstáculos identificados por los cuales no se ha podido legislar en esta materia, de igual forma, pondrá en debate los principios éticos y filosóficos de los cuales se partirá en la búsqueda de esta nueva legislación.

Palabras clave: IA, tecnología, derecho, interpretación, digital, filosofía.

Abstract. Artificial intelligence and technology in general have acquired the attention of the world, said technology is transcendental for the law because, as will be appreciated throughout this investigation, it must be regulated due to the social impact that it is proving to have on the lives of citizens. For this reason, understanding the way in which the law is currently related from a regulatory point of view, is what justifies investigating this topic and expressing these results.

* Licenciada en Derecho por parte de la Universidad de las Américas Puebla



We will study the gaps in the law, the ambiguity and vagueness of the laws in the field of the digital age, in the same way, we will address the types of legal interpretation and its resolution starting from the philosophy of law.

The contribution of this research lies in making society aware of the need to create an effective regulation for the use of technology and artificial intelligence in Mexico, it will also show the identified obstacles for which it has not been possible to legislate on this matter, in the same way, will put into debate the ethical and philosophical principles from which the search for this new legislation will be based.

Keywords: AI, technology, law, interpretation, digital, philosophy.

INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial es una tecnología que en los últimos años ha adquirido la atención del mundo, dicha tecnología es trascendental para el derecho porque, como se apreciará a lo largo de esta investigación, debe ser regulada debido al impacto social que está demostrando tener en la vida de los ciudadanos. Por tal motivo, comprender la manera en que actualmente se relaciona el derecho desde un punto de vista regulatorio, es lo que justifica investigar el tema y expresar dichos resultados.

Los objetivos de esta investigación, en primer lugar, es entender de forma general los inicios de esta tecnología y sus aplicaciones contemporáneas, específicamente en relación con los riesgos y beneficios que se han presentado en diversas áreas. De igual forma, se pretende analizar si corresponde a una nueva legislación en materia de derecho informático el mostrar un catálogo de soluciones a las controversias que puedan surgir derivadas del uso de la tecnología, o bien, si se trata sola-

mente de una interpretación jurídica a realizar por el juzgador. Otro de los objetivos radica en analizar los casos jurídicos controversiales que han marcado un parteaguas en la regulación de la informática y la inteligencia artificial. Como se pretende apreciar en este documento, el primer tema a abordar son aspectos clave de esta investigación, se describirá el desarrollo histórico de la tecnología, con la finalidad de que el lector comprenda de mejor manera todo lo que conlleva la creación de una inteligencia artificial.

Asimismo, en el segundo apartado de la investigación, partiremos y se le dará solución a la pregunta clave: ¿Debe el gobierno mexicano crear una legislación en materia de tecnología e inteligencia artificial o se trata de un problema de interpretación jurídica? Para ello, estudiaremos el problema de interpretación de las llamadas *lagunas jurídicas*, de igual forma, abordaremos su resolución partiendo desde la filosofía del derecho. Finalmente, terminaremos este apartado analizando dos casos que han marcado un parteaguas en el uso de la inteligencia artificial, tanto en los avances

tecnológicos, como en los avances jurídicos sobre esta.

En el apartado de conclusiones realizaremos una recopilación de los puntos clave de esta investigación, los cuales nos llevarán a comprobar la siguiente hipótesis: México es un país que presenta una colosal laguna jurídica consecuencia de la nula regulación y marco normativo relativo al uso de la tecnología e inteligencia artificial, lo cual representa un estancamiento en la investigación enfocada a ella y presenta un peligro a futuro debido a que la tecnología avanza rápidamente y su no regulación, basada en principios éticos a determinar, aplicables a la tecnología e IA, traerá como consecuencia un uso indebido de la tecnología que puede repercutir de manera negativa en la vida de los seres humanos.

Por otra parte, la metodología de esta investigación se basa en descripciones, comparación de derecho y el análisis de casos actuales derivados del mal uso de la tecnología. Como se ha mencionado, se describirá y analizará el desarrollo histórico de la IA y para darle una aproximación jurídica se analizarán las reacciones y debates existentes respecto al uso de esta tecnología en la sociedad.

Las fuentes de información principales en este trabajo son: Revistas especializadas en tecnología y derecho, documentos legales emitidos por los reguladores y/o legisladores de los países a comparar, documentos públicos sobre los debates de las autoridades relevantes en materia de regulación de inteligencia artificial y artículos de divulgación científica enfocados en tecnología, derecho e interpretación jurídica.

I. HISTORIA DEL INTERNET

La palabra *internet* es una abreviación de las palabras **inter**connected y **net**works ya que, como su nombre lo indica, es una interconexión de redes informáticas que permite a las computadoras conectadas, comunicarse directamente y compartir recursos. Estas interconexiones ocurren entre redes informáticas de organismos oficiales, empresariales, educativos, etc. Sin embargo, también existen sistemas de redes más reducidos llamados *intranet* generalmente para el uso de una sola organización. (Kaplan.A., 2010, pág. 59)

El desarrollo del internet, al igual que todos los avances científicos, no se debe a una sola persona, sino que ha sido fruto de las ideas y del trabajo de miles de personas. A Lawrence Roberts le llaman *el padre de la Internet*, porque fue el director del equipo de ingenieros que crearon ARPANET, el precursor de la actual Internet. En 1972, Robert Kahn fue contratado por Lawrence Roberts para trabajar en ARPA, trabajó en el cual desarrolló un modelo de arquitectura de red abierta, donde cualquier ordenador pudiera comunicarse con cualquier otro, independientemente del hardware o el software particular de cada uno de ellos. Este trabajo le llevó a desarrollar, junto con Vinton Cerf, el protocolo Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) (Codina.L., 2009, pág. 8)

ARPANET tenía como propósito crear una red de comunicación entre científicos, sin necesidad de instalaciones centralizadas, ya que estas eran inmunes a ataques nucleares. Pero fue hasta 1973 que se logró la primera conexión internacional a ARPANET, a través

de interconexiones de redes y a su vez, surge el término *internet*. Finalmente, ARPANET cerró sus puertas en el año de 1989 y dos años después se crea el primer servidor web. (Cortés.A., 2010, pág. 20).

2. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN NUESTRO PRESENTE

Definir a la inteligencia artificial, no es una tarea sencilla, pues incluso los especialistas en esta materia declaran que no existe una definición precisa para este concepto ya que en un principio la IA tenía como único objetivo, solucionar teoremas, funciones y en general problemas matemáticos, para después centrarse en los llamados *problemas de sentido común (commonsense reasoning)*. Para lograr esto, la IA tenía el gran reto de imitar e incluso igualar los tres procesos fundamentales de la inteligencia humana:

1. Aprendizaje: Adquirir el conocimiento por medio de la información y saber aplicar dicho conocimiento.
2. Razonamiento: Aplicar el conocimiento para alcanzar conclusiones aproximadas o definitivas.
3. Autocorrección: Capacidad de identificar nuestros propios errores y desechar los conocimientos, conclusiones y formas de actuar que nos conducen a ellos.

Para tener un panorama más amplio hay que mencionar que la expresión *Inteligencia Artificial* se adoptó por primera vez en la conferencia *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* o comúnmente llamada, la conferencia de Dartmouth, la cual tuvo lugar en 1956 en la universidad Dartmouth College, ubicada en Hanover, Nuevo

Hampshire (Estados Unidos). (Moor.J., 2006, pág.14)

El evento fue organizado por John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester y Claude E. Shannon, quienes establecieron las bases de la IA como un campo independiente de la informática. Existía mucho optimismo en dicha conferencia, lo que trajo consigo opiniones y predicciones eufóricas acerca de la IA que resultaron un tanto exageradas, ya que en aquel momento se pensaba que, si los ordenadores podían resolver problemas que a los seres humanos les resultaba complicado, entonces sería posible lograr que los ordenadores resolvieran problemas más fáciles para nosotros.

Fue en el año 1982 que Japón reconoció las ventajas del uso de la IA con un gran proyecto denominado *Proyecto de Sistemas Informáticos de Quinta Generación*, el cual incluía procesamiento avanzado en hardware, software inteligente, de procesamiento paralelo de quinta generación. Este proyecto sirvió como un catalizador para el interés en la IA en el resto del mundo, pues incluía la construcción de *Sistemas Basados en Conocimiento Inteligente (IKBS)* o también llamados *sistemas expertos*. (Ning. X. et al., 2020, Pág.67)

El proyecto inundó la tercera fase de investigación de la IA, concentrándose plenamente en los IKBS que contenía el conocimiento de dominio específico para resolver problemas por medio de la IA. Dicho conocimiento se adquiere en primera instancia a través de expertos humanos en este dominio, posteriormente, el conocimiento se agrupaba en forma de reglas y al conjunto de reglas se les denomi-

naba *base de conocimiento*. Sin embargo, los IKBS presentaban algunas desventajas, ya que no tenían capacidad de aprender, es decir, necesitaban forzosamente de la base de datos. Lo cual representaba una gran desventaja ya que los IKBS necesitaban actualizarse regularmente y realizar esta tarea de manera manual consumía mucho tiempo. Actualmente el enfoque de este tipo de proyectos se basa en lo que hemos denominado anteriormente como *big data*, utilizando en ocasiones un modelo de fuente abierta para capturar datos en la Web, lo que ha permitido que el aprendizaje de máquina se haya convertido en un tema muy importante en la IA.

Entonces ¿Cómo definimos a la *inteligencia artificial (IA)*? La OCDE la define como:

“Un sistema basado en una máquina que puede, para un determinado conjunto de objetivos definidos por el ser humano, hacer predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos reales o virtuales. Utiliza entradas basadas en máquinas y/o personas para percibir entornos reales y/o virtuales; abstraer esas percepciones en modelos (de manera automatizada, por ejemplo, con ML [Machine Learning o AM – Aprendizaje de máquinas] o manualmente); y utilizar la inferencia de modelos para formular opciones de información o acción. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con diversos niveles de autonomía” (OCDE, 2019, Pág.15).

La IA busca imitar la inteligencia humana para realizar tareas y tienen la capacidad de mejorar a partir de la información que recopilan.

Aunque su verdadero objetivo versa en mejorar significativamente las capacidades y contribuciones humanas, Otra de las diferencias que encontramos entre la vida y la inteligencia artificial, es que esta última busca crear redes neuronales artificiales que simulen el funcionamiento de neuronas reales.

Capítulo II.- Las lagunas jurídicas latentes en la regulación a la inteligencia artificial y la necesidad de la creación de normas que validen los procesos científicos en materia informática.

Hemos abordado ya, cómo la tecnología ha ido evolucionando, proporcionándonos no solo las comodidades que esto conlleva, sino también, la solución a diversos problemas que van más allá de la capacidad e inteligencia humana. Sin embargo, la indebida regulación de la informática en nuestro país ha traído consigo un sinnúmero de conflictos de interpretación y de la aplicación de la norma.

Por tal motivo, es sumamente importante mencionar que el tema de las llamadas *lagunas jurídicas* tiene una importancia crucial en el derecho ya que la decisión que se adopte respecto a este problema de laguna jurídicas impacta directamente incluso en la concepción del fenómeno jurídico del cual se trate. Aunado a esto, existe una diversidad de incógnitas que surgen derivado de las lagunas jurídicas.

La expresión *laguna*, es empleada por los juristas para referirse a aquellos casos o conductas que no son reguladas por el derecho, como es el caso del derecho informático en México. Se afirma que existe una laguna

cuando, según el significado que se atribuye a las disposiciones jurídicas, el ordenamiento no ha previsto una regla jurídica para un determinado supuesto de hecho. Afirmamos entonces que, si se acepta la presencia de una laguna en nuestro marco jurídico, el conflicto que surge no es un problema de interpretación en estricto sentido, sino que no se encuentra una norma en qué fundar la decisión del caso en cuestión. (Rodríguez, J.L. (1999, pág. 32)

Ahora bien, adentrándonos en las llamadas *lagunas de conocimiento* debemos saber que estas se presentan cuando algunos aspectos del hecho son desconocidos y ello dificulta la posibilidad de atender el caso. Como ejemplo podemos mencionar los múltiples casos que surgen hoy en día respecto a la violación a la intimidad. Como caso hipotético mencionaremos que una chica decide enviarle fotos íntimas a su pareja sentimental, tiempo después una amiga le avisa a la chica que sus fotos están circulando en todas las redes sociales. La chica decide denunciar a su pareja sentimental por haber difundido las fotos sin su consentimiento, causándole un perjuicio. Ante dicha acusación, el chico argumenta que él no difundió las imágenes, sino que, al recibir dichas imágenes, estas se quedan almacenadas en la *cloud computing* (red que permite el almacenamiento de datos en internet, sin la necesidad de un dispositivo fijo) y que alguien ha hackeado su nube de almacenamiento y difundido las fotografías.

¿Cómo podría comprobar el juzgador que lo argumentado por el chico, es verdad? Muchas veces este “defecto” es remediado mediante el derecho procesal, el cual se ocupa de establecer reglas sobre la admisibilidad de prue-

bas y las reglas que distribuyen la carga de la prueba, lo cierto es que este poco puede hacer si no se establecen normas y mecanismos encargados de solucionar las lagunas jurídicas del derecho informático, pues se carece de precisión en el procedimiento a falta de ellos.

Ahora bien, en materia de tecnología e inteligencia artificial, ¿Existe un trabajo interpretativo o legislativo?

El sistema jurídico mexicano es indeterminado, en el sentido de que existen controversias respecto a cuáles normas “existen” y cuáles normas pertenecen al mismo o están vigentes dentro de este, lo cual depende de la ambigüedad ya que cada texto normativo admite una pluralidad de interpretaciones, por lo que está sujeto a posibles desacuerdos interpretativos. Como ejemplo podemos mencionar el artículo 24 del Código Penal Federal, el cual expone:

“Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que los realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;”

Sin embargo, actualmente sabemos que las respuestas que dan las inteligencias artificiales son cada vez más similares a las respuestas del cerebro humano, es decir, menos lineal y constante. Por otro lado, los programas realizados dentro de los parámetros de

la inteligencia artificial utilizan algoritmos inteligentes, lo que permite que una máquina o herramienta sea capaz de interpretar datos y situaciones, respondiendo de manera diferente en cada caso, y aun así aprender de cada uno de ellos, contienen un sistema operativo que evoluciona constantemente y que ya no depende de su programador inicial, sino que se va moldeando conforme a sus nuevas experiencias, como es el caso del robot Sophia, del cual hablaremos más adelante.

Por otra parte, el Código Civil Federal, declara que:

“Artículo 1932.- Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

- I. Por la explosión de **máquinas**, o por la inflamación de substancias explosivas;
- II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
- III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor;
- IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;
- V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;
- VI. Por el peso o movimiento de las **máquinas**, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.”

Como podemos observar el Código responsabiliza de daños a los propietarios de máquinas, es decir, a personas físicas.

En este tenor de ideas, debemos preguntarnos ¿Qué sucede entonces cuando una inteligencia artificial realiza algún acto delictivo?

Conforme a la legislación mexicana, de acuerdo con el artículo 16 y demás relativos al Código Penal Federal, el responsable deberá ser la persona física, es decir, el programador o en su defecto la persona moral, es decir, la encargada de realizar el proyecto de inteligencia artificial. No obstante, si hemos discutido que las inteligencias artificiales pueden adquirir cierto grado de autonomía, ¿Es justo que sea la persona física o moral quien pague la responsabilidad penal, aun cuando ninguno de los mencionados haya tenido la voluntad para realizar dichos actos? Y si la respuesta es negativa, ¿Quién sería entonces el responsable penal?

Para algunos, este ejemplo sería uno de los muchos casos que podría resolver la interpretación jurídica, partiendo de las leyes que se encuentran ya en nuestro ordenamiento jurídico, el juez podría realizar un trabajo interpretativo “en abstracto” ofreciendo razones y motivando sus argumentos. Sin embargo, cada norma vigente es indeterminada en el sentido que no se sabe exactamente qué casos recaen en su campo de aplicación, todos los textos normativos tienen una referencia “abierto” y es aquí en donde se ven afectados por la vaguedad. Por tal motivo, sea la norma cual fuera, hay casos en los que ésta seguramente es aplicable, casos en los que no puede ser aplicada y casos “dudosos” o de “difícil interpretación”.

Tomando de referencia el artículo 1932 del Código Civil Federal fracción I, sabemos que se responsabiliza a los dueños de *máquinas*, pero ¿Podría esta, fungir gracias a la interpretación como una solución a nuestro ejemplo planteado respecto a la “autonomía” de la

inteligencia artificial? Para ello debemos preguntarnos qué es una máquina y cuál es la diferencia entre esta y una inteligencia artificial. La Real Academia de la Lengua Española define a la *máquina* como un “conjunto de aparatos combinados para recibir cierta forma de energía y transformarla en otra más adecuada, o para producir un efecto determinado” (RAE, 2020, pág.350)

Por otra parte, la *inteligencia artificial*, como la definimos al inicio de esta investigación, constituye cualquier inteligencia similar a la humana exhibida por una computadora, robot u otra máquina. Esto quiere decir aprender de ejemplos y experiencias, reconocer objetos, comprender y responder al lenguaje, tomar decisiones, resolver problemas, y combinar estas y otras capacidades para realizar funciones que un ser humano podría hacer, como saludar a un huésped de un hotel o conducir un automóvil. A diferencia de una máquina, la inteligencia artificial funciona por medio del *machine learning*, una aplicación que proporciona a los sistemas la capacidad de aprender y mejorar automáticamente de la experiencia sin requerir programación una IA es capaz de aprender con observaciones y experiencia directa o instrucción, con el fin de buscar patrones en los datos y tomar mejores decisiones en el futuro. El objetivo principal es permitir que las computadoras aprendan automáticamente sin intervención o asistencia humana y sean capaces de adaptar sus acciones como corresponda.

Es por ello que, como hemos comentado anteriormente, la inteligencia artificial ha sobrepasado la definición de lo que es una máquina, en este tenor, no es correcto que la nor-

matividad mexicana se limite al trabajo interpretativo del artículo 1932 del Código ya referido, o se dirija al Código Penal Federal, respecto a la responsabilidad y el uso de máquinas, cuando hemos observado que estas no tienen los mismos alcances que una IA y por ende, la responsabilidad debe ser analizada desde otro punto de vista, tanto por el juzgador, como por el legislador.

A continuación, estudiaremos dos casos que marcaron un parteaguas en el uso de la inteligencia artificial, a fin de demostrar los alcances que esta puede llegar a tener y la importancia de comenzar a trabajar en una regulación de la IA en México.

2.1. Análisis del caso Loomis vs State

En el año 2013 **Eric Loomis** fue detenido por agentes de la policía del Estado de Wisconsin cuando conducía un vehículo implicado en un reciente tiroteo. Se le acusaba de huir de la policía y utilizar un vehículo sin la autorización de su propietario, para lo cual, el señor Loomis se declaró culpable del cargo principal, es decir, de conducir un vehículo sin autorización del propietario y de intentar huir de la autoridad policial, pero no de haber participado en el tiroteo, con la esperanza de mejorar su situación legal, buscando una condena menor. (Hyatt.S, 2013, pág.30)

Al llegar la audiencia, el fiscal presenta un informe elaborado por la empresa privada Northpointe Inc, creadora del programa informático COMPAS, encargado de elaborar perfiles de gestión de delincuentes correccionales, también fungen como herramienta de gestión de casos y apoyo en la toma de decisiones

desarrollada. Una empresa contratada por el Estado, la cual estableció el índice de “peligrosidad” de Eric Loomis, concluyendo que el señor Loomis era considerado de alto riesgo para la comunidad, por la posible comisión de delitos en el futuro. El juez recibe este informe y condena a Loomis a seis años de prisión y cinco años de libertad condicional, sin considerar que él se había declarado culpable anteriormente.

La defensa de Loomis cuestiona esa condena y la declara como violatoria de derechos humanos y violatoria del debido proceso. Asimismo, plantea las preguntas lógicas, las cuales versan en ¿Cómo se creó este software? ¿Quién realiza esta evaluación? ¿Quién arma el esquema de puntuación que marca este índice de peligrosidad? La sentencia se recurre, alegando que se había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, debido a que no se podían discutir los métodos utilizados por el programa informático COMPAS. Sin embargo, tales argumentos no fueron acogidos por la Corte Suprema del Estado de Wisconsin ya que declaraban que el software utilizaba pautas habituales para medir la peligrosidad de una persona a futuro y que debido a que era un secreto industrial y no podían mostrárselo a los defensores para que no pudieran argumentar en su contra. El caso fue denegado y no se abrió la instancia para presentarlo en la Corte Suprema de la Nación.

Cada día, es más común que los estados en EUA adopten este tipo de programas, basados en algoritmos que se fundan en una serie de preguntas que se le forman al imputado sobre su vida y van desde su historial criminal, hasta las historias de sus familiares y amigos,

analiza su pensamiento criminal con cuestionamientos tales como: ¿Robar para comer, está bien? ¿Matar en defensa propia, está bien?

COMPAS busca resolver este tipo de conflictos sometidos a su criterio, auxiliando al juzgador, para que este, basado en el informe presentado, tenga una mayor claridad al momento de dictar sentencia. Sin embargo, este software logra cometer los errores que, se pretende, busca solucionar, como ejemplo podemos mencionar que en EUA han existido un sinnúmero de casos en los que ha existido discriminación por parte del impartidor de justicia, ya sea por el color de piel, la etnia, religión, clase social, etc. Sin embargo, un software que pregunta sobre tu raza, etnia, religión, en dónde vives, si tus amigos han estado en pandillas, si pregunta sobre tus antecedentes, los de tus familiares y amigos; evidentemente comienza a cerrar el ciclo sobre determinado grupo poblacional, que podríamos llamar, el más vulnerable a ser sancionado por la justicia penal como pasó en el presente caso.

Ahora bien, cada una de estas preguntas recibe una puntuación, posteriormente se realiza un promedio y de este, se establece si el imputado es sujeto para libertad condicional, para prisión preventiva, etc. Y ante todo esto, el gran cuestionamiento es ¿Es correcto que los seres humanos estemos dejando en manos de estos programas informáticos nuestra libertad? Si bien, el software y la inteligencia artificial han traído consigo un sinnúmero de ventajas, lo cierto es que su mal uso y falta de regulación en el derecho solo puede representar un retroceso en el procedimiento judicial, todas las victorias en contra del sistema

impositivo que implicó derrocar el sistema inquisitivo en donde una persona desconocía el por qué se le imputaba, las pruebas o quién lo acusaba, hoy con los programas informáticos que nos dan la apariencia de eficacia, aplicados de una manera errónea, nos hace cuestionarnos realmente esta “eficacia” y su objetividad ya que, como mencionamos anteriormente, hay un grupo de personas detrás de estos softwares determinando qué tipo de preguntas y datos se cargan al programa y sobre todo cómo se evalúan estos datos, supuestamente objetivos que tienen un impacto directo en las personas. Es claro, que las empresas y los juzgadores buscan que este impacto sea positivo pero el software también puede impactar de una forma negativa.

Ahora bien, México se encuentra en una etapa en donde se ha reemplazado la máquina de escribir por la computadora y entrando a la etapa en donde se comienzan a digitalizar expedientes, a realizar juicios y trámites en general vía digital; no obstante, no distan muchos años para que pronto se comiencen a implementar este tipo de softwares que puedan resolver sobre nuestras vidas, por lo que es necesario prepararnos para ello, es necesario analizar no solo nuestros derechos humanos y las garantías del debido proceso, sino también la aplicación de la filosofía en el derecho con la finalidad, no de impedir que la tecnología avance en el campo del derecho porque eventualmente, el momento llegará, por ello es necesaria una legislación que regule de manera correcta el uso de dicha tecnología en el área legal y en la aplicación a las resoluciones que impacten de manera directa en la vida de los ciudadanos para que se realice de manera eficaz y objetiva.

2.2. Análisis del robot genoide Sophia y su situación legal

El 19 de abril del año 2015 fue creada el genoide Sophia por David Hanson, fundador de Hanson Robotics, mediante la combinación de innovaciones en ciencia, ingeniería y arte. Sophia también es un marco para la robótica de vanguardia y la investigación de inteligencia artificial, en particular para comprender las interacciones entre humanos y robots y sus posibles aplicaciones de servicio y entretenimiento. Por ejemplo, se ha utilizado para la investigación como parte del proyecto Loving AI, que busca comprender cómo los robots pueden adaptarse a las necesidades de los usuarios a través del desarrollo intra e interpersonal. (Winson.P., 2021, pág.18)

Sophia es el robot más avanzado de la IA, recientemente los científicos probaron su software utilizando la medida de conciencia Tononi Phi, y descubrieron que incluso puede tener una forma rudimentaria de conciencia, dependiendo de los datos que esté procesando y la situación en la que está interactuando. Asimismo, Sophia es la primera ciudadana robótica del mundo y la primera Embajadora de Innovación robótica del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Sophia ahora es un nombre familiar, con apariciones en Tonight Show y Good Morning Britain, además de hablar en cientos de conferencias en todo el mundo. En octubre del 2017 fue nombrada la primera ciudadana no humana de la historia de Arabia Saudita. El Reino Saudí busca diversificar la matriz de su economía para transitar al camino de la innovación en tecnología, por lo que en aquella conferencia en la que le otorgó la ciudadanía a Sophia, anunció

también la construcción de NEOM, una nueva ciudad con robótica y energías renovables en la que invertirá más de quinientos mil millones de dólares, como parte de las políticas diseñadas por el heredero del país, Mohamed bin Salmán en 2030. (Corona.S., 2018, pág. 1)

A medida que la noticia comenzó a circular en las redes sociales, muchos internautas se preguntaban cómo era posible que esta nueva ciudadana tuviera más derechos que sus conciudadanas humanas. Según el sistema legal del país oriental, cada mujer se ve forzada a usar un velo y una abaya, también a tener siempre un acompañante masculino a su lado, normalmente un miembro de su familia o alguien con la autoridad suficiente para ejercer como tal. Sin embargo, Sophia como ciudadana, no debe usar este tipo de vestimenta, ni ir acompañada de un hombre, puede realizar conferencias e incluso coquetear con el público ¿Cómo es esto posible? Otros de los debates que surgieron fue que Sophia tuvo la ciudadanía saudí mucho antes que los *kafala*, trabajadores con un visado especial que han vivido en el país toda su vida. Bajo esa ley, los trabajadores extranjeros no pueden abandonar el país sin el permiso de sus jefes, lo cual limita enormemente sus derechos de movilidad y residencia.

Ante esto, salen varias dudas a la luz, que nos hacen repensar el concepto de lo que significa ser un ciudadano. Además de que, ser ciudadano contempla una serie de derechos, Sophia ahora podría casarse, votar, postularse como candidato a servidor público, o incluso podría tener hijos con derecho a una ciudadanía en caso de que decida reproducirse, como hacen ya algunos robots por sí mismos, gra-

cias a la impresión 3D ¿Qué hay de los deberes que debe cumplir todo ciudadano? ¿Debe tributar Sophia en Arabia Saudita?

Es necesario que la sociedad de Arabia Saudita, en este caso, reconsidere los derechos que se les están negando a las miles de mujeres y migrantes de su país, analizar que, si bien Arabia busca ser pionera en el uso de la IA, lo cierto es que no puede priorizar la innovación digital por encima de los derechos de sus ciudadanos.

Ante los casos ya analizados, podemos observar lo cerca que está la tecnología de, no solo incorporarse a nuestras vidas, sino de lo cerca que están de tener el poder de decisión sobre las mismas. La tecnología es un arma de doble filo, que, si no se regula de manera correcta, lejos de beneficiarnos como especie, solo traerá consigo controversias que pueden atentar contra la vida humana y para los cuales no estaremos preparados ni siquiera en el ámbito legal.

3. CONCLUSIÓN

La conclusión más importante de esta investigación es que la regulación de inteligencia artificial en México no es un trabajo de interpretación jurídica, pues analizamos que para que esta interpretación pueda llevarse a cabo, el juzgador debe contar con una base jurídica a interpretar, la cual se encuentra plenamente en el ordenamiento jurídico y que si bien, el Código Civil Federal y el Código Penal Federal, hacen referencia al uso de *máquinas*, lo cierto es que dista mucho a parecerse a una inteligencia artificial. La regulación jurídica sobre tecnología e IA es nula en México, lo cual,

confirma nuestra hipótesis. También se ha demostrado que lo poco que se ha establecido en términos jurídicos acerca de la tecnología, se inclina en el ámbito penal, como ejemplo mencionamos a la ley Olimpia, sin embargo, la regulación en cuanto a responsabilidad penal de la IA es nula.

No obstante, fue evidente algo no contemplado en nuestra hipótesis: La ignorancia respecto al tema de los reguladores, tanto legislativos como administrativos. Lo cual, nos confirma que es un tema complejo de abordar en términos legislativos y que serán necesarias más aportaciones de los expertos y de la propia experiencia legislativa para que sea posible apreciar una regulación de la IA.

Por otra parte, es necesario que el gobierno mexicano concientice e informe a la sociedad respecto a la tecnología y al uso de la IA, su correcto funcionamiento, ventajas y los límites de estas, para que, en un futuro, sepan cómo utilizarlas en su favor y que estas no representen un obstáculo en su desarrollo profesional y humanitario. Las políticas gubernamentales tienen un impacto significativo sobre las iniciativas de conectividad y, al tener en cuenta los posibles beneficios y usos de la IA, esas iniciativas de conectividad pueden adaptarse para garantizar que los ciudadanos estén conectados de tal manera que puedan beneficiarse de las nuevas e incipientes tecnologías. Debe observarse también que el diseño y la correcta aplicación de las estrategias de seguridad cibernética pueden ser importantes para el desarrollo de las tecnologías de IA. La posibilidad de que se produzcan ciberataques podría desalentar la innovación. Sin embargo, los países deben tener cuidado de no ser

excesivamente inclusivos al diseñar las políticas, ya que esto también podría desincentivar la innovación. Por ejemplo, la necesidad de cumplir con políticas o regulaciones estrictas de seguridad cibernética podría desestimular a los innovadores en cuanto a desarrollar la IA, mientras que la falta de una política de seguridad cibernética podría llevar a que un país no resulte atractivo para el desarrollo de la IA. Lograr un equilibrio adecuado en políticas de ciber-seguridad y la legislación adecuada para el uso de la inteligencia artificial son un punto clave para permitir o restringir el crecimiento de la IA.

Del mismo modo, se debe tomar como ejemplo los marcos regulatorios que han creado diversos países pioneros en el uso de IA, que han optado por desarrollar requisitos y reglamentos concretos sobre esta, asegurándose que estos modelos sean utilizados con un conjunto de datos apropiados, y que los datos utilizados estén protegidos. Por lo tanto, es fundamental mitigar el uso indebido de los datos y prevenir sesgos. También es importante que el gobierno mexicano sea proactivo en el diseño de marcos de protección de datos que no sólo propicien un fácil acceso a los datos y su utilización, sino que también protejan los datos personales y delicados. Además, no deben pasar por alto el hecho de que los datos resultan fundamentales para la innovación en materia de IA.

TRABAJOS CITADOS

- Blanco, J. M., & Cohen, J. (2018): Inteligencia artificial y poder. Global.
- Blanco, J.M. (2019). China, el monstruo mundial en Inteligencia Artificial que utiliza cientos jueces robot. The techno-

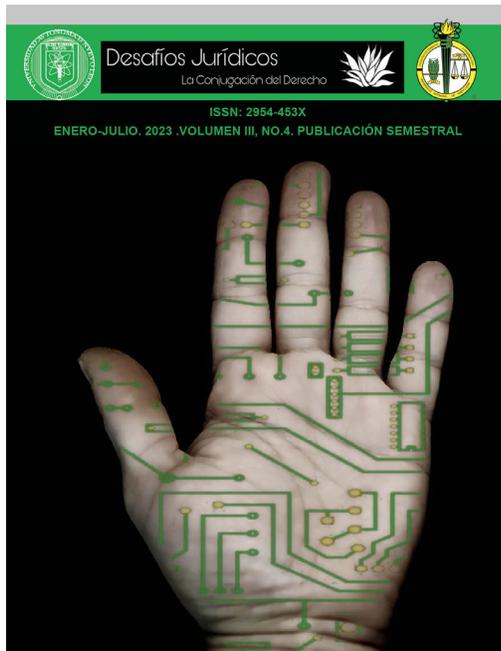
- lawgist.
- Boden.M. (1996): "The Philosophy of Artificial Life". Oxford.
- Boycer. C. (2007): Historia de la matemática, Alianza Editorial.
- Brodersen. J. (2018): Libro de Natalia Zuazo. Dueños de internet: cómo el "Club de los 5" maneja el mundo. Clarín Tecnología.
- Burnett, J., (1994): La aurora del pensamiento griego: Early Greek Philosophy.
- Bush.V.(1945): As We May Think
- Calderón. H. (1966): La Ciencia Matemática de los Mayas. Editorial Orión.
- Cañedo.R. (2004): Aproximaciones para una historia de Internet. ACIMED.
- Caratini. R (2004): Los matemáticos de Babilonia, Bellaterra Arqueología.
- Codina. L. (2009): ¿Web 2.0, Web 3.0 o Web Semántica?: El impacto en los sistemas de información de la Web, I Congreso Internacional de Ciberperiodismo y Web 2.0. Editorial Club Universitario.
- Codina. L. Marcos, M. y Pedraza. R. (2009) Web Semántica y Sistemas de Información Documental, Trea, Gijón.
- Corona.S., (2018): La robot Sophia: "Los humanos son las criaturas más creativas del planeta, pero también las más destructivas". El País.
- Cortés. A., (2010): Internet y aplicaciones multimedia.
- De Landa.D (1566): Relación de las Cosas de Yucatán.
- Del Real Alcalá J. Alberto . (2011). La teoría del Estado de F. Meinecke.
- Du. J. W. (2019). Inteligencia Artificial en China.
- Escohotado. A., (1975): De physis a polis: la evolución del pensamiento griego desde Tales a Sócrates, Barcelona.
- Ezquiaga. F. (2020). CUADERNO DE CONFLICTOS NORMATIVOS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA.
- Feng, E. (2019). La inteligencia artificial se desborda en China. Expansión.
- Gigon. O (1968): Los orígenes de la filosofía griega: de Hesíodo a Parménides, Gredos.
- Greaves. M. y Mika. P. (2008): "Semantic Web and Web 2.0", Computer and Information Sciences.
- Guastini, R. (1988): "La interpretación. Objetos, conceptos y teorías", en Interpretación jurídica y decisión judicial.
- Guastini. R. (2015). Legal Interpretation and Legal Construction. SCIELO.
- Harris M (2011). Artificial Intelligence. Oxford.
- Hern. A. (2019): Tim Berners-Lee on 30 years of the world wide web: 'We can get the web we want'. The Guardian.
- Hern. A. (2019): Tim Berners-Lee on 30 years of the world wide web: 'We can get the web we want'. The Guardian.
- House of commons science and technology committee (2017): Robotics and artificial intelligence, Government.
- Hyatt.S. et al., (2013): Jennifer Skeem, Risk Technology in Sentencing: Testing the Promises and Perils. Oxford.
- Kaiming.H. et al. (2015): "Delving Deep into Rectifiers: Surpassing Human-Level Performance on Imagenet Classification". Proceedings of the IEEE international conference on computer vision.
- Kaplan, A. y Haenlein, M. (2010): "Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media". Business Horizons.
- Labordee. S. (2000). PROBLEMAS DE LAS LAGUNAS DE LA LEY Y EL PRINCIPIO DE LA PLENITUD HERMENEÚTICA. Escuela Nacional de Jurisprudencia.
- Mehrabi, Ninareh, et al. (2019): "A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning". arXiv preprint.
- Moor. J. (2006): "The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next Fifty Years". AI Magazine.
- Morley.S. (1983): La civilización Maya. Stanford. University Press, Stanford.
- N. Bobbio, (1988): "Reason in Law", "La razón en el Derecho (observaciones preliminares)". Doxa.
- National Science and Technology Council Committe on Technology (2016): Preparinf for the future of artificial intelligence.
- Ning. X. et al. (2020): "Explainable Deep Learning: A Field Guide for the Uninitiated". arXiv preprint.
- OCDE, (2019): "Artificial Intelligence in Society".
- OCDE. (2021) "La inteligencia artificial en la sociedad" (2019).
- Palmer. D. (2016) Artificial Intelligence: opportunities and implications for the future decisión making. Government

Office for Science

- Real Academia de la Lengua Española. (2020).: “máquina”
REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2020). DEFINICIÓN: AMBIGUO/AMBIGUA. 09/03/2021, de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Sitio web: <https://dle.rae.es/ambiguo>
- Reuters (2018): Creador de la Web Berners-Lee lanza contrato por una internet mejor. Reuters.
- Robson.E (1999): Mesopotamian mathematics, 2100-1600 BC. Clarendon Pers Oxford.
- Robson.E (1999): Mesopotamian mathematics, 2100-1600 BC. Clarendon Pers Oxford.
- Robson.E (2008): Mathematics in Ancient Iraq, Princeton.
- RODRÍGUEZ J.L. (1999): “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Rodríguez.J. (2002): Lógica de los sistemas jurídicos. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz. V. (2016). Santo Tomás de Aquino en la filosofía del derecho. SCIELO.
- Russell S, Norvig P. (2009): Artificial Intelligence: A Modern Approach. Prentice-Hall Press.
- Santillana Educacion. S.L. (2012). Sistema sexagesimal. 14/10/2021, de Santillana Educacion. S.L.
- Sartor. G. (2005): Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law. Dordrecht, Springer.
- Select Committee on Artificial Intelligence (2017). House of Lords.
- Smart Dubai. (2022) “Principios de Inteligencia Artificial”. Government.
- Smart Dubai. (2022) AI Ethics Principles & Guidelines
- Vigil Oliveros Enrique. (2015). LA VAGUEDAD COMO PROBLEMA LINGÜÍSTICO EN EL CAMPO JURÍDICO.
- Wheeler. G. (2020): “Bounded Rationality”. The Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- Winson.P. (2021) “Robótica Móvil y Autónoma,”. General.
- .







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Katty Agripina Pérez Ordoñez (Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez)

Contribuciones para consolidar la carta peruana de derechos digitales. pp. 94-107. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

Contribuciones para consolidar la carta peruana de derechos digitales

Contributions to consolidate the Peruvian letter of digital rights

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Katty Agripina Pérez Ordoñez*

* Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Perú

Resumen. La presente ponencia, articula la visión de los Derechos Digitales, con el objetivo y finalidad de aportar al proceso de co-creación y consolidación de la Carta Peruana de Derechos Digitales, en el marco de los fines de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital – (Perú-2011) y los objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) liderado por le MovableWorld Congress (2022) en colaboración con la secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (España). En cuanto que los Derechos Digitales son definidos “como una extensión de los Derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la organización de las Naciones Unidas (ONU-1948)”. Derechos Digitales que tienen la finalidad de garantizar el libre acceso a internet y a las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), a todas las personas, para cerrar la brecha digital y promover un uso correcto de las redes como un bien común de la humanidad.

El Método. – En cuanto el Enfoque Cualitativo – para la producción de nuevos conocimientos y saberes – demanda la comprensión y verificación amplia y precisa de la teoría que sustenta el problema de investigación, donde la realidad socio-jurídica se desenvuelve a través de proposiciones, mandatos y mandamientos jurídico-legales, se utiliza la argumentación e interpretación inductiva para el cuestionamiento y el análisis valorativo de los principios que desarrollan el corpus propositivo para el establecimiento de la verdad holística o la comprensión totalizadora de los procesos y contextos que integran la proyección de los Derechos Humanos, los Derechos Fundamentales y los Derechos Digitales del presente y de las futuras generaciones.

Conclusión Primigenia. – La proyección de la Cuarta Ola de los Derechos Humanos, permite

* Doctoris Scientiae por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Docente Universitaria



percibir la co-creación y consolidación de los Derechos Digitales que junto al acceso de las TIC, caracterizan la Era del Conocimiento, las Comunicaciones y la Inteligencia Artificial.

Palabras clave: Derechos Humanos, Carta de Derechos Digitales

Abstract. This paper articulates the vision of Digital Rights, with the objective and purpose of contributing to the process of co-creation and consolidation of the Peruvian Charter of Digital Rights, within the framework of the goals of the Secretary of Government and Digital Transformation – (Peru-2011) and the Sustainable Development Goals (SDG) led by the MobileWorld Congress (2022) in collaboration with the Secretary of State for Digitization and Artificial Intelligence (Spain). Insofar as Digital Rights are defined “as an extension of the Rights established in the Universal Declaration of Human Rights of the United Nations organization (UN-1948)”. Digital Rights that have the purpose of guaranteeing free access to the Internet and Information and Communication Technologies (ICT), to all people, to close the digital divide and promote the correct use of networks as a common good of humanity.

The method. – Regarding the Qualitative Approach – for the production of new knowledge and knowledge – demands the broad and precise understanding and verification of the theory that supports the research problem, where the socio-legal reality unfolds through propositions, mandates and commandments juridical-legal, the argumentation and inductive interpretation is used for the questioning and evaluative analysis of the principles that develop the propositional corpus for the establishment of the holistic truth or the totalizing understanding of the processes and contexts that integrate the projection of Human Rights , Fundamental Rights and Digital Rights of the present and future generations.

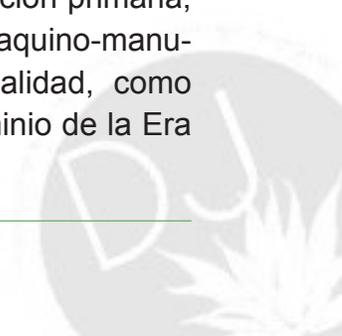
Original conclusion. – The projection of the Fourth Wave of Human Rights, allows us to perceive the co-creation and consolidation of Digital Rights that, together with ICT access, characterize the Age of Knowledge, Communications and Artificial Intelligence.

Keywords: Human Rights, Bill of Digital Rights

1. INTRODUCCIÓN

En vista que en la actualidad, no existe un estándar codificado de Derechos Digitales en el ordenamiento global, sino nacional. Y, donde el ecosistema digital en el Perú no ha consolidado el uso de las TIC, como instrumento modelador de los procesos sociales y productivos, así como la producción de conocimientos

basados en la ciencia y la tecnología. más el rezagamiento de la automatización y robotización de la producción industrial, agrícola y pecuaria, además de la persistencia de un sistema agro-minero de exportación primaria, propia del modelo mecánico, maquino-manufacturero, caracterizan ésta realidad, como una sociedad en tránsito al dominio de la Era del *BIT*.



En este contexto, la modelación (y construcción) de la Carta de los Derechos Digitales, demanda la adopción de Nuevos Paradigmas y disrupciones que estructuren categorías jurídicas que abarquen concepciones sobre el derecho a la libertad digital, a la igualdad y la no discriminación en el acceso a las TIC, a la protección y conservación de datos mediante la ciberseguridad. Derecho a la transparencia en el uso de herramientas digitales, al goce de los Derechos Digitales en el ámbito laboral, así como el Derecho a la Educación Digital para desterrar la brecha del analfabetismo y el goce del Derecho al Desarrollo Humano en un entorno digital sostenible, etc.

Por lo que, enlazando los Derechos humanos, los Derechos Fundamentales y los Derechos de las Futuras Generaciones, hacemos alcance de los temas relacionados con los Derechos a la Vida, a la Libertad y la Dignidad, a una tierra indemne y preservada, a la vida y la preservación de la especie humana, al honor y al derecho a la propiedad para que sean tomados en consideración en la Carta Peruana de Derechos Digitales.

2. LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

El razonamiento jurídico posmoderno, relacionado con la consolidación de la nueva Era del conocimiento, las comunicaciones y la inteligencia artificial, en la actualidad, delibera acerca de la vigencia de los Derechos Digitales, los mismos que provienen de la evolución de las formas de interpretación de los Derechos Humanos, categorizados como Derechos Fundamentales de la persona y socie-

dad, cuyos antecedentes se hallan en el Foro de DAVOS (1996) cuando Perry Barlow disertó sobre la “Declaración de Independencia del Ciberespacio” reconocido como el primer manifiesto que impuso un nuevo paradigma para la protección de los derechos de internet. Como la libertad de expresión y creación. Propuestas de similar alcance y contenido datan en la “Carta sobre los Derechos de Internet” (APC – 2008), la “Carta de Derechos de Internet para Guatemala” (WWW FOUNDATION 2017), la “Carta Magna de Derechos Digitales de Chile” (FLACSO – 2022), el “Manifiesto para un nuevo Pacto Digital” (2018) el “Marco Civil de Internet” (Brasil – 2014). Y, acerca de los Derechos de la Cuarta Generación, KAREL VASAK en la Conferencia del Instituto Internacional de Derechos Humanos dado en Edimburgo (1979) distinguió tres generaciones de Derechos Humanos. Pues según Riofrío Martines Villalba (2011) “En la literatura jurídica actual, numerosas voces ya pregonan la aparición de una nueva gama de derechos relacionados con la sociedad de la información, que configuran, una cuarta generación de Derechos Humanos. Que se plantean dos clases de Derechos (1) varios derechos que ya han logrado el reconocimiento en muchos países como la libertad de expresión, el derecho a la protección de los datos sensibles, a la privacidad, el secreto de las comunicaciones, entre otros (2) otros derechos de nueva data que recién se están formulando, como los derechos del cibernauta en el Mundo Digital.

De allí que, para priorizar la valoración de los derechos relacionados con la ciudadanía digital, como el derecho a la identidad e intimidad digital, al trabajo digital individual, a la igualdad en el acceso a las comunicaciones

y el resguardo y seguridad de las comunicaciones, resaltamos algunas características del ciberespacio o ecosistema digital, donde los Derechos Digitales de la cuarta ola de Derechos Humanos, deben ser plasmados en la Carta Peruana de Derechos Digitales, destacando la impostergable necesidad de proteger y preservar el foro de la identidad e intimidad de las comunicaciones; en el universo de la libre exposición de la data informática, la atemporalidad y la no especialidad de los elementos y contenidos que se exponen ante un ciberespacio digital si límites físicos, apenas perceptibles, como un eco de la realidad presente. Ciberespacio tal, que no tiene ocupación espacio-temporal sino más bien, ocupa un espacio de libertad, responsabilidad e igualdad para el ejercicio de los conocimientos que responden a los valores y principios que demanda el Derecho, la Justicia y los Derechos Humanos, en tanto el que valor primigenio y más importante, es la persona humana, distinguida como fin supremo, guiado y amparado por la concurrencia de fines valorados como el logro de la dignidad, la privacidad, la intimidad, la libertad y la voluntad para ejercer con transparencia y eficiencia los postulados de la verdad.

De tal forma que, siguiendo la lógica de desarrollo de la Cuarta Ola de Derechos Humanos, con Riofrío Martínez Villalba (2022) “Consideramos que, dentro de un correcto contexto comunicativo, en el mundo digital deben protegerse al menos los siguientes derechos:

a. El derecho a existir digitalmente. El derecho a la reputación digital. La estima digital. La libertad y responsabilidad digital. La privacidad virtual, el derecho

al olvido, el derecho al anonimato. El derecho al *big-reply*. El derecho al domicilio digital. El derecho a la técnica, al *update*, al parche. El derecho a la paz cibernética y a la seguridad informática. Y, El derecho al testamento digital

Algunos de estos derechos, son más bien, una propuesta para la posteridad, como algo ya consagrado en los pactos de derechos humanos, y delimitado por la jurisprudencia, como por ejemplo.

a. El Derecho a Existir Digitalmente. – Expone el hecho que: de la misma manera en que el principio de todo derecho es el Derecho a la existencia, es decir, a la vida misma, a parte de la individualidad genética-material de la existencia, quien no tiene contacto, acceso o modo de vivir sin el ciberespacio o el ecosistema digital, no tiene ningún derecho digital. Pues, en tanto ser (digital) debe manifestar su existencia, en un modo determinado de actuar, opinar o comunicarse con exclusividad en un sitio web, donde el “yo”, realiza su presencia virtualmente. Por ello es que, el derecho a la existencia digital, se debe traducir como la expresión electrónica de los rasgos y características expuestas ante los demás, donde la identidad del *yo digital*, resalta los rasgos contingentes de la formalidad expresada en un conjunto de valores, principios y normas en comunicación permanente.

Sin embargo, el derecho a existir digitalmente, no debe entenderse como la dependencia humana de los sistemas de procesamiento comunicacional (TIC) sino que el Derecho a la Vida y a la preservación de la especie humana, resulta ser el derecho fundamental más

importante, reconocido no sólo por las Constituciones democráticas de los Estados de Derecho, sino también por la Declaración de los Derechos Humanos de las futuras generaciones, como:

2.1. El derecho a la vida y a la preservación de la especie humana:

Consagrado por el Primer Art. De la Declaración de los Derechos Humanos de las Futuras Generaciones: "Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la Humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño de cualquier manera que sea a la forma humana de la vida, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la Humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso"

El derecho a la vida, que resulta ser el derecho fundamental más importante en las Constituciones de los modelos democráticos de Estado de Derecho, es la condición básica para hablar del futuro de la humanidad.

Es pertinente señalar que el documento internacional más importante relacionado con esta investigación, resulta ser la denominada "Declaración de La Laguna", consistente en una Convención en la que participaron treinta expertos procedentes de una gran diversidad de países pertenecientes a las diferentes regiones geopolíticas de la Tierra y que se realizó en la Universidad española de La Laguna

en el mes febrero del año 1994. El mismo estuvo organizado a solicitud de la UNESCO y del Equipe Cousteau, por el Instituto Tricontinental de la Democracia Parlamentaria y de los Derechos Humanos de la Universidad de La Laguna, el mismo determino de forma unánime aprobar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras¹, llamada también Declaración de La Laguna.

Futuro de la humanidad, comparado por la vigencia de los Derechos Civiles fundamentales que, junto al Derecho a la Vida, involucra:

El derecho a la vida en sentido amplio, que comprende el derecho a la vida en sentido estricto o derecho a la existencia.

Este derecho comprende, a su vez, los siguientes derechos:

- El derecho a la vida frente al hambre; El derecho a la vida frente a la pena de muerte; El derecho a la vida frente a las ejecuciones extrajudiciales. El derecho a la vida frente a la desaparición forzada; El derecho a la vida frente al genocidio; El derecho a la vida frente al aborto; El derecho a la vida frente a la manipulación genética.
- El derecho a la integridad personal, este derecho genérico comprende: El derecho a la integridad psico-física; El derecho a la integridad moral.
- El derecho a la seguridad personal. Este derecho comprende los siguientes: El de-

¹ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

recho a la nacionalidad; El derecho a la libertad de movimiento: derecho a migrar.; El derecho de asilo, considerando el asilo como derecho y no como garantía.

¿Cómo se proyectan “el derecho a la vida y a la dignidad” para consolidar la carta peruana de derechos digitales?

En el Título I de la Constitución Política del Perú, denominado De la persona y la sociedad, Capítulo I titulado Derechos Fundamentales de la persona, el Artículo 2, prescribe que toda persona tiene Derecho: 1. “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. En primer lugar, la vulneración del derecho a la vida no solo está relacionado con el buen o mal estado de la salud física y mental, o a la ausencia de una enfermedad, el ser humano al estar relacionado y ser parte integrante de la naturaleza y al convivir con ella de modo permanente, también es dependiente de la Salud Ambiental, que involucra indudablemente, al problema de las condiciones de vida saludable. Asimismo, a las condiciones materiales en las que se afronta esta vida, salud, vivienda, alimentación, transporte, trabajo, en fin, todas las necesidades humanas. En esencia, el derecho fundamental a la vida, involucra, no solo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la misma de forma arbitraria, sino también el derecho a que “no se le impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. Los estados guardan la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no producir violaciones a este derecho básico y, en parti-

cular, el derecho a impedir que sus agentes atenten contra la vida” (Sentencia de Fondo: Caso Niños de la Calle (Villagrán, Morales y otros) Vs. Guatemala, del 9 de noviembre de 1999, Fundamento 144).

El acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, abarca también, el problema de la contaminación del aire, el agua, la tierra y la biodiversidad animal y vegetal, que no solo afectan el bienestar de la población vulnerable, sino también ocasionan malestar físico, psíquico y moral a toda la humanidad, y en cuanto a la integridad física, dependiente de la salud, la sola presencia de la pandemia del COVID-19, evidencia la vulneración del derecho a la vida en integridad, la misma que está surtida de múltiples carencias como la falta de profesionales médicos, hospitales, medicinas y laboratorios, falta de oxígeno, de camas UCI, presupuesto y etc. Aún sin agregar, o tomar en consideración, los problemas adscritos al respeto a la dignidad humana que también demanda dicho Artículo primero de la Constitución Política), más, la terrible problemática que ocasiona la pobreza, la marginación social, el hambre y la miseria humana de la población en la presente coyuntura.

El Derecho a la Vida y la Preservación de la Especie Humana, que reza en el Artículo 3° de la DUDHGF, está indisolublemente relacionado con el Derecho a la salud y el bienestar de la población, que así mismo demandan los artículos 10° y 11° de la Constitución, al respecto el Artículo. 10°, señala que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias

que precisa la ley y para la elevación de su calidad de vida”. Por otro lado, el Artículo 11° señala que el Estado debe garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por nuestra parte, es impostergable remarcar que el Derecho a la buena salud esta indiscutiblemente ligado a la alimentación, la vivienda saludable y el trabajo digno, se infiere que el Derecho a la Alimentación constituye la condición necesaria y permanente para la supervivencia de la especie humana, implica el derecho “a no morir de hambre” en cuanto se pueden satisfacer las condiciones mínimas de subsistencia, implica el derecho al agua, la energía, el techo propio, la tierra y todos aquellos enseres y elementos vitales, que sostienen la continuidad de la vida saludable. Derecho vulnerado en las sociedades con perfiles de pobreza, donde el hambre y la miseria, generan también, enfermedades que reflejan los niveles de desnutrición crónica, especialmente de la niñez y de la familia que transita al desamparo de los bienes y servicios públicos por efecto del endémico mal de la corrupción, aunque el Artículo 7° de la Constitución, reitera que “Todos tienen derecho a la prestación de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribución a su promoción y defensa” y según el Artículo 9° de la misma, se debe considerar que el Estado determina la política de salud, a través de ejecutivo que norma y supervisa su aplicación. Corresponde rearticular la revisión de los conceptos jurídico – políticos que deniegan el acceso a la salud de la población peruana presente y futura.

2.2. Sobre los derechos humanos y derechos fundamentales

Observando los lineamientos generales de la dogmática constitucional de los Derechos Fundamentales, cabe la pregunta: ¿Es posible establecer alguna diferencia entre los conceptos de Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales? Como ya se ha establecido la respuesta es sí y no, en el entendido que, los Derechos Fundamentales son constitucionales desde el momento en que están insertados en la Constitución. Por otro lado, es posible que la norma suprema produzca la constitucionalización de los Derechos Humanos. Así como establece el artículo 105° de la Constitución del Perú de 1979 que expresaba: “los preceptos contenidos en los tratados relativos a los Derechos Humanos, tienen jerarquía constitucional”.

Sin embargo, es necesario dejar constancia que existen ciertos caracteres que establecen “diferencias” en la interpretación de los principios fundamentales y derechos fundamentales, en el sentido que los principios racionalizados como “grandes axiomas, lineamientos y orientaciones jurídicas, existen, pero sin ningún efecto vinculante”, en cuanto que los caracteres de dichos principios fundamentales, establecen un conjunto de valores que le dan sentido a la constitución sobre la base del valor moral de la dignidad de la persona. Los derechos fundamentales, también tienen la finalidad suprema de proteger la dignidad de la persona en condiciones de bienestar y justicia. Al respecto, con precisión dogmática, Sosa (2003) aclara que los Derechos Fundamentales se deben encuadrar en una constitución y guardan una significación especial.

Al respecto el jurista Peter Haberle, consideró que la constitución se consagra en un sistema de valores que debe guiar el desenvolvimiento de una sociedad. De esto se debe inferir que estos derechos protegen determinados bienes, el mismo jurista argumenta que los Derechos fundamentales en la constitución están dirigidos a la tutela de determinados bienes imprescindibles para la vida de los individuos y de los colectivos, es decir, los Derechos Fundamentales, tienen un rango de bienes jurídicos constitucionales. En ese sentido, la tutela de bienes jurídicos que necesariamente tienen por fin, garantizar las condiciones indispensables para la continuidad de la vida, como la salud, la educación, el trabajo, el bienestar en un ambiente sano y saludable, son bienes jurídicos tales que proporcionan la base material y moral para el sustento y la sostenibilidad de una vida digna. La vida considerada digna es objeto de protección constitucional.

2.3. El derecho a la libertad y la dignidad humana

Lorenzetti (1999) Nos dice “También es una comuni opinio, la que sostiene que se debe proteger la autonomía personal, es decir que partiendo de la idea de que el individuo tiene libertad para decidir cómo quiere vivir, cuál es su religión, su moral, sus ideas políticas, su noción acerca de la vida familiar, construye un núcleo duro de tutela. Nadie puede ser discriminado por sus ideas, ni por su sexo, raza o religión, nadie puede ser obligado a recibir tratamientos médicos contrarios a su voluntad y sus ideas; un individuo tiene derecho a decidir cómo desea vivir o morir ya que la libertad personal está antes que la vida”.

Es en este mismo sentido, el Artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y se encuentran dotados de razón y conciencia, debiendo comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el Artículo 7° proclama que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. Precizando en el inciso 7.2 que “nadie puede ser privado de su libertad física, excepto por causas y en condiciones fijadas de antemano por las normas constitucionales o por las leyes que sean coherentes a ellas”. Añadiendo en el numeral 7.3 que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

Aguilera (2010) señala finalmente que la Ley Fundamental de Bonn (1949) dispone que “la Dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de paz y justicia en el mundo”.

Debemos agregar que el derecho a la igualdad y dignidad, señala que “Nadie debe ser discriminado por motivo alguno como pueden ser de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra justificación”. Aunque no existe consenso, en cuanto a que, la teoría de la igualdad humana, en el sentido más amplio, pueda equipararse con el término semejanza, porque según el Diccio-

nario de Ciencias Jurídicas y Sociales (2012), no todos los seres humanos guardan el mismo grado de inteligencia, de fortaleza, de belleza, de iniciativa de valor. De esas diferencias se deriva una consideración distinta de las personas frente a la ley, afirmación que debe tomarse en el sentido de actos por sí mismos, y otros, en razón de la edad, de las deficiencias mentales o de la enfermedad y hasta en ocasiones por el sexo, porque no tienen capacidad para actuar jurídicamente o tienen esta capacidad muy disminuida, inclusive frente a un similar ilegal, esa misma diferencia de condiciones personales puede generar desde la plena imputabilidad del acto, hasta la absoluta inimputabilidad. De allí que el concepto igualitario esté referido a que las personas que no identifiquen las características semejantes dentro de una normalidad natural. Por eso se ha señalado por diversos autores que la verdadera igualdad se presenta cuando se trata desigualmente a los desiguales.

Y ¿Cómo se puede proyectar entonces, este derecho? En el sentido de la igualdad procesal, donde todas las personas o sujetos de derecho “tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos” y por ello mismo, se asocia la no discriminación, que en el plano social significa: no dar trato de inferioridad por motivos raciales, políticos o religiosos. Sin embargo, las poblaciones vulnerables (originarias, indígenas y/o comunitarias y nativas) son sujetos de derechos especiales y mayoritariamente son objeto de discriminación racial, en tanto la sociedad actual, sigue arrastrando su naturaleza racista-colonial a pesar de estar categorizada y consignada como sociedad Multilingüe y Pluricultural.

2.4. El derecho a una tierra preservada

El Artículo 1º de la Declaración de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, proclama que: “Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a una tierra indemne y no contaminada, comprendiendo el derecho a un cielo puro; tienen derecho a disfrutar de este planeta que es el soporte de la historia de la Humanidad, de la cultura y de los lazos sociales, lo que asegura a cada generación y a cada individuo su pertenencia a la gran familia humana”. Y, para resguardar los principales caracteres de la normativa vigente y futura, el Derecho a una Tierra indemne, cuyo significado involucra un “territorio virgen” (que no ha recibido ningún daño, y permanece intacta e invulnerable), es la que a diario soporta millones de toneladas de basura y veneno tóxico, de gases químicos emanados a la atmosfera “cual alimento” para el continuo ensanchamiento del agujero de la capa de ozono que provoca las mayores tasas de radiación solar que provoca el calentamiento global y el cambio climático, fenómenos particularmente nocivos para la extinción de especies animales, vegetales y la biodiversidad, así como la sobrevivencia de la especie humana y el resto de la vida de la propia naturaleza. Tierra indemne y no contaminada, difícil de percibir, oler, palpar, oír o saborear, por la abundante y abultada influencia cambiante de la data de contaminación plástica, de los residuos sólidos y la basura atómica (a propósito del “proyecto intergaláctico” de la “guerra de las galaxias”, el “turismo espacial” o la apropiación del espacio planetario) además del agregado de la contaminación agro-química del suelo, las semillas, el aire, y las aguas, más la incontrolada transfigura-

ción de la producción transgénica y artificial de todas las especies, (incluyendo la especie humana) por efecto de la guerra atómica, química y biológica del presente.

Complementa el Derecho a una Tierra Preservada, el Artículo 8° de dicha constitución, que demanda el Derecho al Desarrollo Individual y Colectivo Sobre la Tierra, el mismo que describe, que el derecho al desarrollo es considerado como un derecho inalienable, en razón de que las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a beneficiarse de las mejores condiciones económicas, sociales y culturales que propicien su desarrollo individual y colectivo, espiritual y material y que sean posibles de realizar. La adquisición, difusión y uso de los conocimientos científicos y médicos, entre otros, siempre debe beneficiar a las generaciones futuras, esto quiere decir, entonces, que el Derecho al desarrollo, no puede rezagarse ni estar al margen de una tierra preservada y descontaminada, en tanto que los conocimientos científicos y técnicos deberían de propiciar mejores condiciones de vida, basada en la salud humana y ambiental. De no emplearse recursos públicos para contrarrestar los efectos de la contaminación ambiental global, las futuras generaciones no tendrán la posibilidad de gozar de una tierra indemne y no contaminada. Por su parte, la dogmática jurídica, no debe seguir adoptando posturas permisivas de daños y delitos ambientales, sin observar, por ejemplo, la lectura del “Libro Blanco Europeo” que dispone el principio de “quien contamina paga” muy a pesar que la dogmática penal vigente en el Perú, (en el artículo 304° del CP), tipifica la contaminación ambiental, como delito.

2.5. Derecho al honor, la buena reputación y la intimidad personal

Al respecto en el artículo 4° (de la citada Declaración de los Derechos Humanos de las generaciones futuras) sostiene el Derecho a Conocer sus Orígenes y su Identidad, similar con lo señalado en el Artículo 2.7 de la Constitución Política, que prescribe: “Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y también, a la vez, a la imagen propia”. Derecho que, en la realidad actual, se enfrenta con la pérdida paulatina de la identidad nacional y de las nacionalidades más vulnerables, en cuanto sigue en ascenso indetenible la absorción y adopción de la cultura y el idioma dominante, fenómeno que influye negativamente en el avance de la transculturación y la alienación cultural. Estos elementos son discordantes con el derecho a la intimidad y a la imagen propias, en la medida de la absorción intimidante de la globalización unidimensional de la cultura, el idioma y la tecnología.

Se debe tener en cuenta también, que la transculturación y la alienación cultural, al incidir en la pérdida de la conciencia valorativa de la identidad nacional, reproduce en la imagen individual y social, la pérdida del orgullo de pertenencia a una familia y a un estado nación, en cuanto sirven al objetivo amoral de minimizar la vigencia de los valores que engloban el carácter pluricultural y multiétnico de la sociedad.

De persistir esta tendencia, las generaciones futuras, se verán imposibilitadas de conocer sus orígenes nacionales y su identidad personal y familiar (su historia) a cambio de con-

figurar una colectividad rígida, basada en la egolatría de la globalidad uniforme y corporativizada.. La valoración de la cultura no puede ser meramente declarativa y exige acciones concretas de las políticas públicas para resaltar el honor, la buena reputación y la intimidad personal y social.

2.6. Derecho de propiedad

El Artículo 6° de la citada Declaración, propone que: “Las personas pertenecientes a las generaciones futuras, solas o en colectividad, son susceptibles de tener y ejercer el derecho de propiedad” En tanto que, nuestra constitución también garantiza, en el artículo 2.16, que toda persona tiene derecho “A la propiedad y la herencia” y sin más orientación para el conocimiento de su naturaleza, su clasificación y sus formas, se deduce el carácter privatista de la propiedad individual, al observar en el Artículo 2.8 que tenemos derecho “A la libertad de creación intelectual, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto”, que se complementa con el derecho a la propiedad privada y la herencia individual, que impedirían el acceso a otras formas de propiedad social y asociativa, especialmente comunitaria.

En ese contexto, donde la dogmática jurídica y constitucional, son permisivas para el aliento a la concentración y crecimiento de la propiedad, tendiente a la gran propiedad monopolista o concentrada, el derecho sobre la pequeña y mediana propiedad privada, tendería a su caducidad futura, en tanto la gran propiedad monopólica, se halla acordonada a las bolsas de valores del capital financiero, petrolero, minero y tecnológico transnacional.

Bajo estas condicionantes, se hace necesario redefinir la conceptualización y las competencias que suele asignarse a la gran propiedad monopolista transnacional y el papel de las otras formas de propiedad participativa.

2.7. El derecho a la conservación y transmisión de los bienes culturales

En vista que la dogmática jurídica nacional y global reconoce la “obligación de asegurar la identificación, la protección, la conservación, el reconocimiento y la transmisión del patrimonio natural y cultural para el goce de las generaciones futuras” que demandan los Artículos 1° y 2° de la Convención de la UNESCO, llamada también Declaración de La Laguna de 1972; la misma que cuestiona las repercusiones negativas de la alienación cultural en el disfrute de los derechos humanos. En lo que concierne al desarrollo de la temática de la transmisión del patrimonio cultural, que a nuestro juicio incluye el examen crítico del progreso social continuo, dicho proceso es “observado” por la corriente funcionalista norteamericana de Jacobs, quién sostiene la no correspondencia y aplicabilidad histórica de éste postulado a cualquier sociedad futura, en razón al carácter imperativo de la normativa vigente que exige, manda o prohíbe su ejercicio, establecido con exclusividad para la vigencia del “control social” solo de la sociedad presente.

Falsa Hipótesis histórica, que contradice a la exégesis filosófica de la dialéctica jurídica del SER (la ley) y el DEBER SER del derecho, (en la perspectiva y proyección de los valores jurídicos), los mismos que según dicha hipótesis, no podrían operar en contextos socio-polí-

ticos distintos al espacio tiempo histórico para el cual fueron establecidos, dada la “ruptura generacional” entre el ser y el deber ser de la ley y la justicia.

El análisis de cobertura del derecho como sistema que garantiza seguridad y ejerce control social en diferentes contextos y coyunturas socio-jurídicas, demanda que, la implementación futura de un nuevo modelo jurídico constitucional, es pertinente considerando la proyección del contenido principista de los valores universales vigentes, en cuanto la valoración de la seguridad jurídica sostiene que el derecho y la justicia DEBEN SER y HACER normas jurídicas e instituciones que expresen (en el futuro) su legalidad y seguridad, como sinónimos de validez, utilidad y legitimidad.

De tal forma que, la transmisión del patrimonio cultural a las generaciones futuras, es relativamente viable, en cuanto la “ruptura generacional y la regularidad y permanencia del sistema”, confronte la tesis de la irregularidad del cambio social, como factor principal del progreso humano, considerando que no sólo es necesaria la valoración ética de los hechos y acontecimientos históricos, sino también la evaluación del papel de las Revoluciones tecno-científicas que necesaria y permanentemente perfeccionan y sustituyen los medios técnicos y tecnológicos de producción de bienes y servicios, gracias a la creatividad inteligente y las invenciones científicas, las mismas que además de repercutir en la modificación de la organización socio productiva y política del Estado, y, de recrear la riqueza espiritual de la normativa relacionada con el trabajo humano; se condicione el avance de los saltos cualitativos hacia otras esferas del

progreso y el desarrollo humano, De lo que se trata, es en consecuencia, de la percepción del fenómeno de la transición progresiva del proceso histórico jurídico, que así mismo conlleva la explicación del encadenamiento causal de sucesión de las relaciones sociales, mediante las cuales se explica el nacimiento, desarrollo, decadencia y renacimiento de las distintas civilizaciones y culturas; en cambio de la hipótesis de la “regularidad y perpetuación de un solo sistema”. Por lo que reiteramos, que el nexo de la ley de la causalidad, conlleva la esencia de la acción recíproca y equivalente de los factores materiales (economía, producción, distribución y consumo) y los factores espirituales (moral, ética, derecho, filosofía y justicia), los mismos que configuran la unidad y diversidad del progreso humano. Unidad y diversidad del progreso que, de conformidad a las reglas de convivencia científico-económicas, las costumbres laborales y las normas morales y ético jurídicas de la sociedad presente (como causa), pueden internalizarse, (como efecto) en la conciencia futura, porque las reglas del comportamiento socio-jurídico y laboral, se expresan a través de los usos de la práctica, asimilados mediante una nueva valoración crítica del estado de desarrollo de la ciencia, la técnica y la tecnología.

3. CONCLUSIONES

PRIMERA. Para lograr la co-creación y consolidar la Carta Peruana de Derechos Digitales, es necesario tomar en consideración, los preceptos, los valores y principios constitutivos de la filosofía del derecho, así como la jurisprudencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Derechos Fun-

damentales de la Constitución Política y los Derechos Humanos de las Futuras Generaciones.

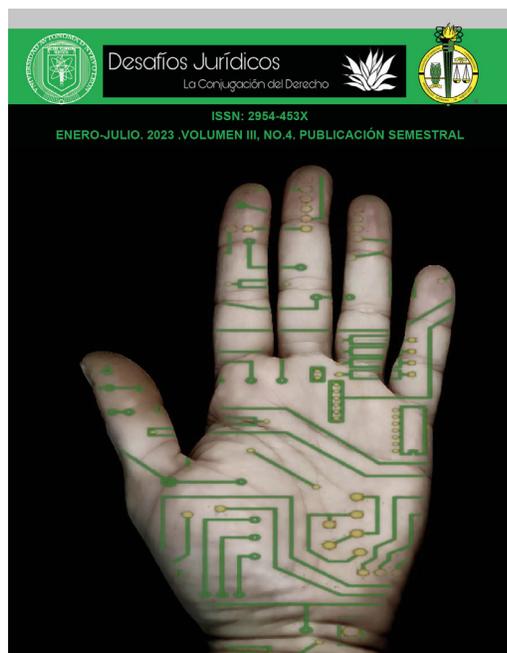
SEGUNDA. Para arribar a la meta de la vigencia plena de los Derechos Digitales, el Estado Peruano deberá proyectar y fomentar el uso de todas las herramientas e inventivas de computación electrónica, así como los protocolos de las TIC, a fin de consolidar las relaciones socio-jurídicas de la transición socio-económica actual, con los presupuestos y procedimientos propios de la Era del BIT.

TERCERA. La Carta Peruana de Derechos Digitales debe incluir con prioridad, la vigente valoración de los derechos a la vida, la dignidad, la igualdad, el acceso gratuito a las redes de procesamiento y comunicación digital, mediante la Declaración de los Derechos Digitales, al unísono de los valores y principios de la Carta Peruana de Derechos Digitales

TRABAJOS CITADOS

- Arendt, Hanna (1976). *La condición humana*. Barcelona: SEIX BARRAL.
- Arribasplata Cabanillas, I. y Quintana, H. (1995). *Educación en Valores*, Lima: Editorial San Marcos.
- Caro Coria, D. (1999). *Derecho Penal del Ambiente, Delitos y Técnicas de Tipificación*, Lima: Gráfica Horizonte S.A.
- Carruitero Lecca, F. & Sosa Mesta, H. (2003). *Medios de Defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional, Modelos, Doctrina. Jurisprudencia y Tratados Internacionales*, Lima Jurista Editores EIRL.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Lima – AFA Editores Importadores S.A.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2005). *Derechos Humanos y Gobernabilidad Democrática Local*. Lima - Programa Andino de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). RESOLUCION 1/18 CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS.
<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>.
- Ezquiaga Ganuzas, F. (2011). *Argumentación e Interpretación. La Motivación de las Decisiones Jurídicas en el Derecho Peruano*, Lima: Grijley Editores.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: TROTTA Editores.
- Mesias Ramírez, C. (2018). *Los Derechos Fundamentales, Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Velásquez Monsalve, J.D. (2013). *El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 43, N°. 119, pp. 735-772.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Marcelo Bauzá Reilly (Universidad de la República del Uruguay)

El movimiento “rules as code” y el modelo “og”. a propósito de un espacio a mejorar de modo acelerado. pp. 108-121. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

El movimiento “rules as code” y el modelo “og”. a propósito de un espacio a mejorar de modo acelerado

The “rules as code” movement and the “og” model.
about a space to improve in an accelerated way

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Marcelo Bauzá Reilly*

* Universidad de la República del Uruguay

** “1.1. Las reglas son un ciudadano de primera
clase en el mundo de los Requisitos. ...”

Resumen. El COVID 19 ha tenido un efecto acelerador en la sociedad, del que no escapan los sectores gubernamentales dedicados al dictado de normas jurídicas (leyes y normas administrativas), procurando hacerlo de una manera más ágil e innovadora atendiendo las circunstancias padecidas. El movimiento Rules as Code ocupa un lugar en ese sentido, con experiencias en curso en distintos países e instituciones, así como gente experta dedicada a la instalación de nuevos procesos y métodos pluridisciplinarios, convergentes en la finalidad de contar con versiones oficiales del derecho, desde el momento mismo de nacer la norma jurídica, pero en lenguaje entendible y usable por las máquinas. Vale decir una versión en código informático, paralela a la versión tradicional en lenguaje natural, sin tener que pasar por procesos de interpretación y traducción intermedios. La ponencia describe este movimiento y sus alternativas, con detenimiento final en uno de los exponentes cercanos al autor, el Modelo OG, de promisorio futuro.

Palabras clave: COVID-19; Rules as Code; Derecho Informático

Abstract. COVID 19 has had an accelerating effect on society, from which the government sectors dedicated to the issuance of legal regulations (laws and administrative regulations) do not escape, trying to do it in a more agile and innovative way, taking into account the circumstances suffered. The Rules as Code movement occupies a place in this sense, with ongoing experiences in different countries and institutions, as well as expert people dedicated to the installation

* Abogado Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ex docente de la Universidad de la República, Uruguay, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Informático (1993-2022). Presidente de la FIADI (2018-2022).

** Extraído del “Manifiesto de Reglas de Negocio. Los principios de la Independencia de las Reglas” Business Rules Group.

of new processes and multidisciplinary methods, converging in order to have official versions of the law, from the very moment the legal norm was born, but in language understandable and usable by machines. That is to say, a version in computer code, parallel to the traditional version in natural language, without having to go through intermediate interpretation and translation processes. The paper describes this movement and its alternatives, with a final focus on one of the exponents close to the author, the OG Model, with a promising future.

Keywords: COVID-19; Rules as Code; Informatic Law

1. DE LAS TANTAS COSAS QUE HA DEJADO EL COVID 19

1.1 Por una reforma legislativa no tan tradicional

La cita que sigue al título principal está tomada de un texto más amplio y muy sugestivo a los fines de esta ponencia. El caso es que de ahora en más hablaremos de “reglas” de tipo jurídico, y sucede que el citado “Manifiesto...” contiene numerosos principios aplicables a las reglas jurídicas no obstante referir a las reglas de negocio. ¿Cómo explicar esta asimilación? Simplemente ubicándonos en la realidad del mundo en que vivimos. El COVID 19 lo ha hecho más evidente: la necesidad a transitar hacia estadios de mejor administración pública. Los métodos y rutinas seguidos para el dictado de las leyes y el cuerpo normativo sub legal, forman parte de esta necesidad. Son entregables y consumibles como bienes y servicios

Bajo este presupuesto se puede enorme provecho de la lectura completa del citado “Manifiesto...”. Al fin y al cabo es lo que cabe exigir de los servidores públicos, los creadores y aplicadores de las normas jurídicas. Ellos son

los que proveen los bienes y servicios asentados en las normas.

Resulta obvio reiterar que los Estados, al menos los democráticos, tendrán por siempre la necesidad de crear versiones oficiales de sus textos legislativos y derivados. El foco va puesto así en seguir haciéndolo pero de mejor modo, donde la pandemia ha dejado su enseñanza. No cabe esperar otra pandemia para dejar entrar las computadoras en el mundo de las normas jurídicas. No escapa al entendimiento común que la creación de versiones normativas explotables a la vez por el hombre y las máquinas, arrojará consecuencias favorables. Sobre todo cuando las circunstancias sociales exigen actuar claro, contundente y rápido. Aunque en esta especie de automatización fuerte también existen riesgos. Pero estos son sorteables si se hacen las cosas *comme il faut*.

Como quiera que sea la realidad circundante, de habitual (aunque no siempre) una norma apunta a generar un trámite. Pero una cosa es montar ese trámite en vía digital *ex novo* guardando respeto de la norma, y otra cosa mejor es que la acción fluya naturalmente, sin interpretaciones intermedias, a partir de la versión escrita en lenguaje informático de esa misma

norma. No siempre tendríamos que sufrir una pandemia para revolucionar e innovar con rapidez en este campo, como sucedió. Es bueno recordarlo.

1.2 Viejos odres, nuevos vinos

El asunto que nos ocupa no es nuevo. Nos referimos a la denominada informatización jurídica *ex ante* de la normativa jurídica. Desde los precursores Layman E. Allen con sus primeros estudios en la década del 50 del siglo pasado, hasta los modernos y profusos trabajos en XML asociados a la web semántica; pasando por el desarrollo de nota en su momento (1981) sobre la ley de nacionalidad británica (Kovalsky). Ciertamente existe una rica historia precedente en materia de *drafting* legislativo con auxilio informático. Nosotros mismos nos vinimos a ocupar del tema en los lejanos 80 del siglo pasado, mediante una ponencia presentada y expuesta en el II Congreso Iberoamericano de FIADI.

Sin embargo los tiempos son otros y marcan la diferencia. Hoy día la sociedad marcha a un ritmo y compás nunca antes visto, en cuanto a lo digitalizable. Por lo que resulta forzoso pensar que la labor normativa estatal ya no podrá seguir escapando a este destino, sino que deberá transitar sin prisa pero también sin pausa hacia ulteriores estadios. Sobre todo con orden y racionalidad. Es hora que ocurra, es forzoso que así suceda. Y no es que no haya habido nada al respecto en los años pasados como se acaba de expresar, pero lo que parece insinuarse hoy día es algo muy diferente: es la instalación de la usina informática en la propia génesis o nacimiento de la norma jurídica.

De eso trata la presente ponencia. No de cualquier cambio, sino de uno en particular que comienza a insinuarse en el derecho comparado. Que no está totalmente perfilado y sus propios cultores así lo reconocen. Pero todo tiene comienzo, desarrollo y fin (esto último esperemos sea siempre un nuevo comienzo, apelando al consabido *loop* de la ciencia de la información).

2. UN PUNTO DE PARTIDA Y TRES DOCUMENTOS A EXAMEN

2.1. Tres documentos a examen

La cuestión pasa por ubicarnos y tomar conciencia en que la generación de una norma jurídica ya no es más labor exclusiva de seres humanos, y que sin que ello signifique dejar estos aparte, no parece demorar el arribo del momento en que sean las máquinas las que asumirán la tarea. Entiéndase por “máquinas”, un sistema informático acorde a ello, no necesariamente –aunque tampoco excluida– la intervención de la Inteligencia Artificial tan en boga.

A partir del documento de trabajo de 135 páginas de la OCDE sobre gobernanza pública No. 42, “*Cracking the Code: Rulemaking for humans and machines*”, publicado en el año 2020 bajo la autoría de James Mohun y Alex Robert, ha venido a revalorizarse la atención sobre modelos de generación automatizada de las normas jurídicas. A este movimiento se le denomina *Rules as Code*, y concita exponentes, tanto en desarrollos teórico como prácticos, en numerosos países y regiones del planeta.

Otro documento importante que consideraremos al efecto, es el que lleva por título “*Rules as code – Seven levels of digitisation*”, de la Singapore Management University, WONG, Meng Weng (HUANG Mingrong). Rules as code - Seven levels of digitisation. (2020). Research Collection Yong Pung How School Of Law.

Finalmente, traeremos a escena siempre en forma estrechamente relacionada con lo anterior, la doctrina y el método elaborados por el experto argentino Raúl A. Raggio en más de una versión, la última de 2021 con una extensión de 218 páginas, que lleva por título “*Objetos de Gestión II. Diseño y Gestión de Procesos de Negocios. Ontología para Organizaciones Inteligentes*”.

Todos estos documentos son accesibles libremente por Internet, bajo las URL indicadas en la Bibliografía. Cuando hagamos citas de extractos provenientes de éstos u documentos que figuren publicados en idioma diferente al español, lo haremos en traducción libre a nuestro cargo y responsabilidad, para facilitar el aprovechamiento del lector. En esos casos la fuente de consulta en el idioma originario estará siempre asegurada en la nota al pie respectiva y/o en lo consignado en la “bibliografía” final de la ponencia.

El problema del dictado y aplicación de las normas jurídicas a tono con las exigencias de la era actual es algo que merece atención. El mencionado enfoque no recibe aun en Iberoamérica la difusión que merece, pero sí en otros lugares; razón adicional para darlo a conocer en un foro internacional de la región.

2.2. Un cambio de mentalidad

Las reglas jurídicas están en la base de los sistemas de gobierno y administración estatales. Sin embargo a cualquier ciudadano común le desespera la lentitud, complejidad y hasta opacidad del *establishment* jurídico, a la hora de hacerse cargo de los requerimientos sociales que, de inicio, necesita del dictado de una norma jurídica. El uso masivo de las *aplicaciones móviles*¹, que todo lo emparenta a la obtención de productos y servicios, ha contribuido con esta palpable sensación de lentitud burocrática y, por ende, de insatisfacción, comparando los servicios públicos con los privados.

Sucede que cuando de productos y servicios se trata, rápidamente emerge el imperativo de la calidad. Un asunto frecuentemente descuidado en los ámbitos generadores de las normas jurídicas. El problema está así presente y se hace patente. No es atacado aun por las vías y posibilidades que demanda la población.

Los gobernantes y administradores dictan normas con destino a los ciudadanos, las empresas, los actores privados de diferente índole y los propios organismos. Pero no siempre

¹ “Una aplicación móvil (en ocasiones, también aplicación telefónica) es una aplicación informática diseñada para ser ejecutada en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles. Este tipo de aplicaciones permiten al usuario efectuar un variado conjunto de tareas —profesional, de ocio, educativas, de acceso a servicios, etcétera—, facilitando las gestiones o actividades a desarrollar”. (https://es.wikipedia.org/wiki/Aplicaci%C3%B3n_m%C3%B3vil) última consulta 12 agosto 2022).

(más bien pocas veces) priorizan su calidad y ejecutoria a tiempo.

A pesar de las muchas mejoras generadas para que estos dictados sean eficientes en todos los sentidos de la palabra, las exigencias actuales son otras que cuando nacieron y se desarrollaron los procesos de informatización legal clásicos. También lo son las herramientas informáticas con las que hoy se cuenta, mucho más potentes y versátiles que las anteriores aun cuando no toda dificultad de diálogo hombre-máquina se entienda superada.

Como quiera que se analice la situación, ciertamente se observa hoy día (quizás desde siempre fue así, en la era contemporánea al menos), un desfasaje o brecha notables entre las instancias vigentes para la producción normativa, y lo que exige la realidad cada vez más dinámica y compleja.

Se expresa al respecto: "... las autoridades hacen frente a un ambiente operacional extremadamente diferente, que ha creado y amplificado las dificultades vinculadas al proceso de reglamentación en vigor. Primero, el sistema actual supone operaciones recurrentes de interpretación y de traducción de reglas del lenguaje natural al lenguaje máquina casi que universalmente requeridas para la prestación de servicios modernos y la puesta de conformidad. Y luego, limita la capacidad de los dirigentes a remediar los problemas cada vez más complejos en materia de acción pública y de reglamentación, problemas que cubren numerosos dominios y exigen intervenciones rápidas y eficaces de los poderes públicos. Finalmente, el sistema actual genera ineficiencias resultado de la traducción manual de las

normas gubernamentales en formularios consumibles por máquina a escala de las empresas."²

Por lo acuciante del problema, la propuesta en examen cae en momento apropiado (otra cosa es su puesta en práctica). Resulta ya imperioso poner la tecnología digital al servicio de un apoyo y servicio más robustos y consistentes a la actividad legiferante, mucho más radical que lo vigente.

Cabe acudir al concepto de *calidad total*³ en términos generales de "excelencia" que se exige para productos y servicios del ámbito privado, que resulta también exigible al propio Estado, específicamente en la labor normativa desarrollada por sus gobernantes y administradores. Por antonomasia, la tarea de edictar y poner en práctica las normas jurídicas es de las principales, sino la más, en tal sentido, de los gobernantes.

El camino apropiado es el de generar versiones oficiales de las reglas jurídicas al momento mismo en que se generan, bajo código informático. Se propugna esto tanto para textos legislativos, como aquéllos de naturaleza administrativa (decretos, reglamentos, circulares, ordenanzas, dictámenes, en fin... resoluciones estatales de la clase y contenidos

² "Cracking the Code..." p. 7.

³ Según la Escuela Europea de Excelencia "La Calidad Total, también conocida como Excelencia, se puede definir como una **estrategia de gestión de la organización**, cuyo objetivo principal es satisfacer de una manera equilibrada las necesidades y expectativas de todos sus grupos de interés." En <https://www.nueva-iso-9001-2015.com/2022/06/calidad-total-definicion-y-conceptos-fundamentales/>

que fueren). No se postula sustituir la versión tradicional de los textos en lenguaje natural, en cambio sí ponerla a la par con la escrita en código informático, de forma tal que la versión que asegure la buena performance real esperable de toda norma, sea mayormente la ulteriormente nombrada.

3. EL MOVIMIENTO RULES AS CODE

3.1. De qué trata este movimiento

Rules as Code (Reglas como Código llevado a nuestro idioma), agrupa una serie de iniciativas que vienen emergiendo en diversos países, instituciones, e instancias académicas, todas ellas agrupadas bajo el enfoque común de hacer que las normas jurídicas (leyes, normas administrativas en general) se creen, nazcan y permanezca a su tiempo y vigencia, bajo un lenguaje (o sea un código) legible y ejecutable por las computadoras. Como tal, a la iniciativa se la identifica como “un nuevo método de elaboración de reglas necesarias en el mundo actual”.⁴

Lo más importante de este movimiento es su aspiración, aun cuando la misma no esté todavía lograda, sino en curso. Se la presenta como una tendencia, con muestras palpables ya logradas en algunos lugares, pero en la que falta mucho aún por recorrer según sostienen las voces autorizadas. Al mismo tiempo, y a nuestro juicio, se trata de un movimiento promisorio y digno de apoyo en el seno de las políticas públicas de administración digital más actuales. Hacer de las reglas jurídicas un instrumento legible y ejecutable (condiciones

sumadas) por máquina, ayuda a toda la sociedad. Desde el funcionario público que debe aplicarla con certeza y sin hesitaciones interpretativas, hasta el ciudadano que debe quedar sujeta a ella en condiciones de seguridad jurídica. Evitando o reduciendo al máximo la ambigüedad y complejidad de la normativa.

Se trata, bajo otro ángulo, de una expresión ostensible de *RegTech* en su sentido más omnicomprendido del término⁵, vale decir aquellas tecnologías que apuntan fuertemente al cumplimiento reglamentario de empresas y administrados en general, con recursos de adaptación eficientes en contextos de dinámica y cambio continuo. Desde luego que, para que los programas de computación sean los usuarios finales de este tipo de insumos (es lo que se postula), se requiere una intervención muy profunda en los procesos que están a la base de la creación normativa. Hay países, regiones, en fin instituciones y la propia academia, que están apostando a ello.

De la experiencia que recorre el Gobierno Neozelandés, posiblemente la de mayor fuste y concreciones hasta el momento, vale tomar los siguientes conceptos: “El enfoque de Mejores Reglas es una metodología que no solo nos permite crear RaC sino también sim-

⁴ “Cracking the Code...” p. 2.

⁵ “RegTech (del inglés regulatory technology, ‘tecnología regulatoria’) es un término acuñado para definir a aquellas empresas de base tecnológica que crean soluciones dirigidas a cumplir y adaptarse a los requerimientos regulatorios de cada sector. Las RegTech utilizan tecnologías como la computación en la nube, los macrodatos o la cadena de bloques, y se caracterizan por la agilidad y flexibilidad que ofrecen ante cualquier cambio regulatorio.” (<https://es.wikipedia.org/wiki/Regtech> última consulta 12 agosto 2022).

plificar un proceso complejo como es el subsidio salarial al crear: Modelos conceptuales, Árboles de decisión, Declaraciones de reglas, Reglas como código. La metodología Better Rules generalmente utiliza técnicas de diseño centradas en el ser humano y un equipo multidisciplinario de analistas de negocios, diseñadores de servicios, codificadores de software, analistas de políticas y expertos en la materia que trabajan en un espacio compartido. Juntos, el equipo crea una expresión comprensible y más accesible de las reglas que expresa la intención del sistema regulatorio.”⁶

3.2. Consecuencias ventajosas del nuevo método

Se trata de una refundación de los procesos de generación de las normas jurídicas. Las ventajas de tal propósito son varias. Destacaremos algunas de ellas:

1. Simplificación de los procedimientos y trámites en los se concreta la aplicación de las normas en el mundo real. Lo cual conduce a la mejora en la prestación de servicios y la optimización de los resultados de la acción gubernamental.
2. Normalización de las regulaciones jurídicas bajo isomorfismos unificadores.
3. Facilitación en la explotación de las mismas, no solamente por las máquinas sino además por los seres humanos.
4. Remisión de una serie muy grande de asuntos a su aplicación vía formularios, a los que el usuario no pondrá en juego la

validez legal de los preceptos contenidos.

5. Fuerte impulso a generar normativa jurídica clara, precisa, explícita, evitando interpretaciones encontradas o abiertas, desde el momento que la misma debe cumplir en paralelo los estándares y propiedades de un lenguaje informático, de formas de expresión univocas.
6. Visibilidad mayor en cuanto a la integración y utilización de la normativa en la realidad a la cual se dirige y aplica, facilitando con ello los procesos de ajuste y reforma posteriores con medios y conclusiones más objetivos.
7. Interoperabilidad, eficiencia, transparencia, aumento de la participación ciudadana.

3.3. Algunas de las experiencias en curso

No podemos detenernos en la descripción de cada una de ellas. Solamente las enunciaremos acompañando fuentes de consulta que permiten ampliar. La lista que sigue es obviamente incompleta.

- GOBIERNO DE NUEVA ZELANDA - “Better Rules” <https://www.beterrules.govt.nz/>
- NEW SOUTH WALES –AUSTRALIA – “Rules as Code”
- <https://www.digital.nsw.gov.au/article/rules-code-test-learn-repeat>
- OPSI-OECD – “Rules as Code” <https://oecd-opsi.org/?s=rules+as+code>
- OPEN FISCA – software colaborativo de origen francés, basado en Python, cuyo uso se ha expandido rápidamente dentro y fuera de Francia; se apoya en varios *partners*, indicados por sus logos al final de la página principal, en <https://fr.openfisca.or>

⁶ Using Rules as Code during COVID-19 (<https://oecd-opsi.org/blog/using-rules-as-code-during-covid-19/> última consulta 12 agosto 2022)

[g/s://fr.openfisca.org/](https://fr.openfisca.org/)

- AUSTRALIA – Australasian Legal Information Institute <http://www.austlii.edu.au/>
- FRANCIA - Prosecco group (<https://prosecco.gforge.inria.fr/>), and in collaboration with academics from the Paris Panthéon Sorbonne University and the Northwestern Pritzker School of Law.
- DINAMARCA - Agency for Digitalisation (n.d. a), tiene varias iniciativas e informes (ver pág. 62 de “Cracking the Code...”).

4. LOS 7 NIVELES DE DIGITALIZACIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS

En este apartado posaremos la atención en el segundo documento citado *ut supra* 2.1., vale decir el producido por expertos del laboratorio de Derecho e informática de la Escuela de Derecho de la Universidad de Singapur. Un enfoque a menudo utilizado por quienes vienen dedicando atención al tema objeto de análisis, como forma de medir el grado evolutivo de “transformación digital” de las normas jurídicas, y los servicios que se desprenden de ellas. Se arriba de ese modo a una “jerarquía de niveles que pueden incluirse como términos de referencia en las discusiones de planificación”⁷. Es muy útil para comparar en que estación estamos, y hacia qué dirección vamos.

El descriptivo sucinto de estos niveles es el siguiente:

Nivel 0 – No digital / La legislación, regulación, y reglas de negocios, están editadas y publicadas en papel.

⁷ WONG - “Seven Levels...” p. 1.

Nivel 1 – Primeros pasos en la dimensión digital /

- 1.0 Escaneos y reconocimiento óptico de caracteres por terceras partes.
 - 1.1. Publicación en HTML como PDFs u otros formatos recuperables en sitio web.
 - 1.1.1. Accesos tarifados u otras restricciones como pertenencia a sociedades profesionales;
 - 1.1.2. Accesos sin restricciones.
 - 1.2. Publicación en formatos especializados para documentos legales.
 - 1.2.1. Como parte de kits propietarios;
 - 1.2.2. En formatos abiertos.

Nivel 2 – Aplicaciones y productos digitales /

Uso de programas embebidos de instituciones privadas o públicos especializadas para automatizar ciertas funciones jurídicas de competencia de la institución en cuestión (ej. el cálculo y cobro de impuestos). La aplicación puede venir en paquetes de instalación, bajarse de sitio web o mediante aplicación (app) para móviles. El uso de la técnica *chatbot*⁸ para la interactividad con el usuario también entra en este nivel, acelerando la en-

⁸ “De manera sencilla y comprensible podemos definir un chatbot como un asistente que se comunica con los usuarios a través de mensajes de texto. En muchas otras ocasiones, toma forma convirtiéndose en un compañero virtual que se integra en sitios web, aplicaciones... conversando y ayudando a los usuarios. Se trata de una tecnología que permite al usuario mantener una conversación a través de un software que se integra en un determinado sistema de mensajería, como, por ejemplo: Facebook, Twitter, Telegram, Whatsapp, etc.”(PERIS s/f).

trega del servicio digital. (En esta categoría se ubica el Openfisca). A partir de este nivel nos limitaremos a remitir a la lectura del documento bajo reseña, remitiendo tan solo a los títulos de los siguientes sub-niveles, y haciéndolo en el idioma de origen (inglés). En ese punto:

- 2.1. Spaghetti Rules.
- 2.2. Embedded DSL.

Nivel 3 – Reglas, por un lado, implementación, por otro / Las reglas se implementan en una capa declarativa separada de la implementación. Un motor de reglas está explícitamente involucrado en la operativa de éstas. En este nivel, un objetivo importante es que las reglas puedan ser desarrolladas y mantenidas por “usuarios comerciales no técnicos”, quienes, con el apoyo de las herramientas adecuadas, pueden (en teoría) formular reglas sin necesidad de trabajar en estrecha colaboración con los programadores. Subniveles:

- 3.1. Rule Engine.
- 3.2. Rule Standard.
- 3.3. Rule APP.
- 3.4. Rule API.
- 3.5. Authoritative API.
- 3.6 Rules Only.

Nivel 4 – Ontologías⁹ / Las ontologías están especializadas en describir reglas constituti-

⁹ “Un cuerpo de conocimiento representado formalmente se basa en una conceptualización”...Una ontología es una especificación explícita de una conceptualización. ...Una conceptualización es una visión abstracta y simplificada del mundo que deseamos representar con algún propósito. Cada base de conocimiento, sistema basado en conocimiento o agente a nivel de conocimiento está comprometido con alguna conceptualización, explícita o implícitamente” (GRUBER, T.R. “Towards principles...”).

vas. Por ejemplo, qué entidad cuenta con qué rol dentro de un esquema decisorio, si es una persona o una persona física o una corporación, si es o no un individuo de 21 años de edad, que es un dependiente, qué es un día hábil en tal o cual país. Y así sucesivamente. Hay Modelos que alcanzan este nivel de uso y respuesta acordes. Aquí también tenemos distintos grados de evolución (cinco en total), que van desde una ontología no especificada de entendimientos implícitos y por ende problemáticos, hasta aquélla que reutiliza y hereda un marco estándar existente, e incluso ontologías de conceptos legales, como DOLCE, UFO-L o Núcleo LKIF.

Nivel 5 – Generación en lenguaje natural informáticamente consumible /

La necesidad de desarrollar reglas detalladas consumibles por máquina en paralelo con reglas de lenguaje natural obliga a discusiones de diseño explícitas en etapa de borradores (*draft*), antes de lo que habitualmente sucede en otro tipo de abordajes. Algunos especialistas refieren a esta postura como una estrategia de “gemelo digital”. Las versiones avanzadas de esta estrategia podrían llamarse “primero digital” o “nacido digital”. Aquí también se verifican subniveles según el grado de asimilación entre el lenguaje informático y el lenguaje natural: menor que, igual, mayor que.

Nivel 6 – Automatización de herramientas / Entran en este nivel como subniveles:

- 6.1. Las herramientas de tipo KKR (Knowledge Representation and Reasoning) tales como sistemas expertos, planificadores, ensambladores de documentos, gestores de ciclos contractuales;

6.2. Otro tipo de herramientas asignadas a las labores de desarrollo, tales como el componente “Proof Assistant” del programa IDE que sirve para identificar errores semánticos, comenzando con errores tipográficos. Y las “pruebas unitarias” que permiten al desarrollador monitorear el efecto de cambios propuestos en escenarios de referencia específicos.

Nivel 7 – Adopción universal / Llegadas a este punto las instancias de producción y ejecución de reglas jurídicas (leyes, decretos, contratos, etc.), la clave en consideración es la universalidad. Por tanto se espera que las reglas y los contratos aparezcan como código digital, de la misma manera que las proyecciones financieras se espera que aparezcan como hojas de cálculo digitales, las fotografías como archivos JPEG digitales, los planos arquitectónicos como archivos digitales de AutoCAD, y los manuscritos científicos de las revistas se presenten en LaTeX.

5. UN EJEMPLO A CONSIDERAR: OBJETOS DE GESTIÓN II

5.1. Un modelo que comprende al RaC

En este punto nos abocaremos, por fuerza en forma breve, al contenido del tercer documento aludido *ut supra* 2.3. El “modelo OG” (Objetos de Gestión) surge en Argentina de la mano y estudio de su creador, el experto argentino Raúl A. Raggio, quien ha trabajado por decenios en el ámbito de la programación y análisis de sistemas informáticos. Fruto de sus intensas y prolongadas investigaciones, el Modelo alcanza a ser parcialmente implementado en la década del 90 del siglo pasado, en el organismo de prestaciones sociales

ANSES del citado país. No obstante, pese a sus bondades, luego fue discontinuado por motivos que no hicieron a su calidad técnica, sino por carecer de soluciones a problemas específicos de plataforma de software, que permitieran operarlo, hoy superadas.

Los lineamientos completos de este Modelo están librados al estudio y el juicio de los entendidos en la materia. Personalmente apenas lo conocimos y nos adentramos en su filosofía y parcial dominio (hasta donde nos dan los conocimientos de base), entendimos que se trataba de un rico aporte a la mejoría de los procesos de automatización normativa. Su acceso y consulta son libres por vía de Internet, como ha sido expresado. La dirección de consulta está en la “bibliografía” de la presente ponencia. No podemos dejar de mencionar, asimismo, otra nueva fuente de próxima aparición, en este caso de autoría explícitamente compartida con el experto Raggio, que también incluimos en la bibliografía aun cuando todavía no está en el mercado. Tenemos la convicción de que el Modelo OG encuentra en la actualidad un terreno propicio en el movimiento *Rules as Code*, como para pasar una vez más de la teoría a la práctica, más que merecida en virtud de su potencia y calidad.

5.2. Definiciones primarias

El Modelo apuntado está concebido bajo el paradigma de *gestión de negocios* en sentido amplio. Vale decir para ser aplicado al conjunto de actividades que cualquier Organización, pública o privada, con o sin fines de lucro, tenga por misión, a fin de generar un producto o servicio dados. Como tal, no presenta dificultad epistemológica alguna para su aplicación

completa a cuerpos normativos jurídicos. Por otra parte, y esto podrá ser convalidado por los entendidos, el Modelo alcanza cotas de muy alto relieve en el baremo de Singapur antes anotado: *Level 6.2: Tool for Rules*. Y con ello inscribe su proyección y fortalezas dentro del movimiento internacional *Rules as Code*. Por lo demás, el Modelo OG de Raggio reviste las propiedades de una *ontología* ya que “... describe los conceptos en el mundo o algún dominio, algunas de sus propiedades y cómo los conceptos se relacionan entre ellos” (Weigand, 1997)¹⁰.

5.3. El punto de partida: la “regla” y sus desarrollos

En este Modelo, la REGLA es una forma de representación de un texto legal o reglamentario, mediante la cual la organización que administra el Modelo en la práctica asigna un Servicio, o una Prestación a un Usuario. Pueden existir Tipos (si hubiera más de un servicio prestación), y Dominios en tanto haya que referirse a la gestión de prestaciones en más de un cuerpo legal. Desde luego juega también la Fecha de Vigencia para cada una de las variantes del cuerpo legal.

Luego están los ATRIBUTOS y las ENTIDADES. Ejemplo: la edad de una persona, donde “edad” es un atributo y “persona” es una entidad. (Categorías semánticas).

El carril de ejecución a la regla, viene dada por la más antiguas de las Lógicas, la Lógica

Proposicional de primer orden, en su esquema (básico) “si... entonces”.

5.4. El Modelo utiliza principios de *Machine Learning*

El “Aprendizaje inductivo a partir de ejemplos” tiene protagonismo también en el Modelo. Tomando como tales los ejemplos construidos a partir de los límites explícitos contenidos en el cuerpo legal con el que se pretende regular el comportamiento de los actores involucrados en las acciones del caso.

Las herramientas empleadas para ello son las propias de una ontología: entidades, atributos, conceptos, clases, relaciones, variables, valores o resultados, y otras relacionadas con los impedimentos mencionados en la referencia al caso Anses, que se ven a continuación.

5.5. Componentes de *Machine Learning* e Inteligencia Artificial

Un algoritmo de Machine Learning (Algoritmo LATC – *Learning Assistance Through Cardinality*) que, partiendo de ejemplos de caso reales, completa y consiste el cuerpo de Reglas que regula cada concepto del Modelo OG.

Complementariamente un sustituto de motor de inferencia construido *ad hoc* y basado en IA, que permite evaluar cada caso del mundo real que se presente a eventual sujeción por las Reglas, sin necesidad de transcribir estas a un lenguaje computacional. O sea, tal como se encuentra expresada una Regla del Modelo OG interpretable por un ser humano, así es ejecutada por el motor de inferencia del Modelo OG.

¹⁰ “An ontology is a database describing the concepts in the world or some domain, some of their properties and how the concepts relate to each other.” (cit. PÉREZ, 2002)

Lo expresado precedentemente permite afirmar que se ha hallado una forma de expresión de un texto legal capaz de ser contenida en el formato de un predicado de orden 1, que puede ser evaluado y operado computacionalmente, además de comprendido por los seres humanos, sin requerir otra expresión que no sea la propuesta. También, que esa forma asegura la Completitud y Consistencia del cuerpo legal, expresado como conjunto de hipótesis inductivas de reconocimiento de conceptos.

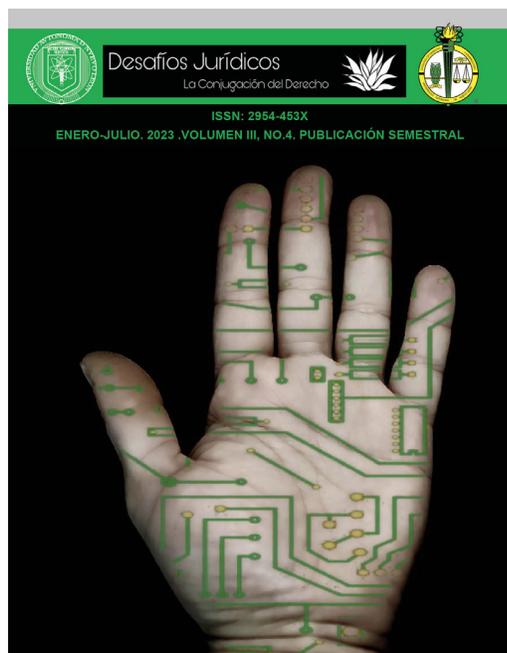
Por último, destacar que, en tales sentidos, asiste a la generación de aquellos textos legales que puedas ser expresados en la forma *If...then*...” ya mencionada.

TRABAJOS CITADOS

- AGESIC - “Open Fisca”. En <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/openfisca>. Última consulta: 23/05/2022.
- BASU, Medha - “Four things you should know about Rules as Code. Inside a global movement to bring law and policy making into the digital world”. En <https://govinsider.asia/inclusive-gov/four-things-you-should-know-about-rules-as-code/>. Última consulta: 12/08/2022.
- BAUZÁ REILLY, Marcelo – “La introducción de la Informática Jurídica en el ámbito parlamentario y en la Administración Pública”. II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho (Guatemala 1989). En Actas publicadas por el CREI y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala el mismo año (Centro Regional del IBI para la Enseñanza de la Informática, págs. 221-225).
- BUSINESS RULES GROUP – “Manifiesto de Reglas de Negocio. Los principios de la Independencia de las Reglas”. En <https://www.businessrulesgroup.org/brmanifiesto/BR-Manifiesto.pdf> Última consulta: 23/05/2022.
- DARABI, Anoush – “Nueva Zelanda explora leyes legibles por máquinas para transformar el gobierno”. En <https://apolitical.co/solution-articles/es/nueva-zelanda-explora-leyes-legibles-por-maquina-para-transformar-el-gobierno>. Última consulta: 23/05/2022.
- ESCUELA EUROPEA DE EXCELENCIA – “Calidad total: definición y conceptos fundamentales” Entrada de 21 junio, 2022. En <https://www.nueva-iso-9001-2015.com/2022/06/calidad-total-definicion-y-conceptos-fundamentales/>. Última consulta: 12/08/2022.
- GRUBER, T R – “Toward principles for the design of ontologies used for knowledge sharing” En *International Journal Human-Computer Studies* 43, p.907-928 <https://tomgruber.org/writing/onto-design.pdf>
- MERCATALI, Pietro – “Dodici anni di Legimatica. Da una parola a una disciplina”. En 23/05/2022.
- MICHALSKI, Ryszard S. – “A Theory and a Methodology of Inductive Learning”. En <http://ebot.gmu.edu/bitstream/handle/1920/1654/90-43.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Última consulta: 23/05/2022.
- NEW SOUTH WALES GOVERNMENT – “Rules as Code – Test, Learn, Repeat” <https://www.digital.nsw.gov.au/article/rules-code-test-learn-repeat>. Última consulta: 23/05/2022.
- NEW ZEALAND GOVERNMENT – “Better Rules for Government Discovery Report March 2018”. En <https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html>. Última consulta: 23/05/2022.
- OCDE - “Déchiffrer le code: L’élaboration de règles exécutables par les humains et par les machines”, James Mohun, Alex Roberts. Documents de travail de l’OCDE sur la gouvernance publique No. 42. Accesible en <https://doi.org/10.1787/027bac0e-fr> Se ha consultado la fuente en idioma francés, pero existe también una fuente del mismo texto en idioma inglés bajo el título “Cracking the Code: Rulemaking for humans and machines”, en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/3afe6ba5-en.pdf?expires=1653636334&id=id&accname=guest&checksum=5C1E86D1FAAA33F05ED18F7C6E034240>. Última consulta: 23/05/2022.
- OPEN FISCA – “Open fisca, La plateforme Open Source qui

- modélise le code législatif en code informatique”. En <https://fr.openfisca.org/>. Última consulta: 23/05/2022.
- PÉREZ, Chantal - “5.3.1 Definición de ontología como especificación del conocimiento” ISSN: 1139-8736 Depósito Legal: B-39120-2002 Copyright: © Chantal Pérez. En <http://elies.rediris.es/elies18/531.html>. Última consulta: 23/05/2022.
- PERIS, Ramón – “Chatbot: ¿Qué es, para qué sirve y cómo funcionan?”. En <https://bloo.media/blog/por-que-implementar-chatbot-en-tu-estrategia-de-marketing/#:~:text=De%20manera%20sencilla%20y%20comprensible,y%20ayuda%20a%20los%20usuarios>. Última consulta: 23/05/2022.
- RAGGIO, Raúl A. - “Objetos de Gestion II. Diseño y Gestión de Procesos de Negocios, Ontología para Organizaciones Inteligentes”, 1ra. Edición: Raggio, 2021. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Accesible en https://www.academia.edu/44937878/OBJETOS_de_GESTION_II_Dise%C3%B1o_y_Gesti%C3%B3n_de_Procesos_de_Negocios_una_Ontolog%C3%ADa_para_Organizaciones_Inteligentes. Última consulta: 23/05/2022.
- RAGGIO, Raúl A. y RUSSELL, Carlos A. - “Business Rules (BR); Expert Systems (KBS); LATC Algorithm. A proposal for functional integration”, en *International Journal of Scientific & Engineering Research* Volume 12, Issue 1, January-2021 576 ISSN 2229-5518. Accesible en <https://www.ijser.org/onlineResearchPaperViewer.aspx?Business-Rules-BR-Expert-Systems-KBS-LATC-Algorithm-A-proposal-for-functional-integration.pdf>. Última consulta: 23/05/2022.
- WADDINGTON, M. 2020. “Research Note. Rules as Code.” En *Law in Context*, 37 (1): 179-186, DOI: <https://doi.org/10.26826/law-in-context.v37i1.134>. Última consulta: 12/08/2022.
- WONG, Meng Weng (HUANG Mingrong) - “Rules as Code: seven levels of digitization”. En *Research Collection School of Law*. Accesible en https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/3093/. Última consulta: 23/05/2022.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Paola Stephania Muñoz Lupian (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Alcance del Trato de Nación más Favorecida (TNMF) y su aplicación en derechos adjetivos, a partir de la interpretación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) en cada uno de los Tratados Base en los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT). pp. 122-137. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos

al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

Alcance del Trato de Nación más Favorecida (TNMF) y su aplicación en derechos adjetivos, a partir de la interpretación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) en cada uno de los Tratados Base en los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT)

Scope of the Most Favored Nation Treatment (MFN) and its application in adjectival rights, based on the interpretation of the Most Favored Nation Clause (MFN) in each of the Base Treaties in the Bilateral Investment Treaties (BIT)

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Paola Stephania Muñiz Lupian*

* <https://orcid.org/0000-0002-6559-2401>

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Resumen. Existen principios fundamentales observados en la negociación de los BIT y TLC; que se extraen del Derecho Internacional Comercial, TNMF y Trato Nacional, insertos en el GATT con una definición exacta; pero no así en el Derecho de las Inversiones, existe controversia en los criterios arbitrales y académicos sobre la capacidad de la CNMF para atraer ventajas adjetivas, de jurisdicción y competencia en la resolución de controversias inversor-Estado.

Palabras clave: GATT, CNMF, BIT, Jurisdicción, Arbitraje.

Abstract. There are fundamental principles observed in the negotiation of the BIT and FTA; that are extracted from the International Commercial Law, TNMF and National Treatment, inserted in the GATT with an exact definition; but not so in Investment Law, there is controversy in the arbitration and academic criteria on the ability of the CNMF to attract adjectival advantages, jurisdiction and competence in the resolution of Investor-State disputes.

Palabras clave: GATT, CNMF, BIT, Jurisdiction, Arbitration.

* Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Doctoranda en Derecho Procesal y profesor-investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.



1. INTRODUCCIÓN:

El documento estudia las aportaciones del Derecho Internacional a fin de establecer una definición común, principios, alcances e interpretación para el Trato de Nación más favorecida, mediante el *Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida* (United Nations, International Law Commission, 1978) y el *Informe final del Grupo de Estudio sobre la Cláusula de la Nación más favorecida* (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015).

Posteriormente se analizan diversos *awards-resoluciones*, de arbitrajes Inversor-Estado, donde el tema principal es la aplicación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF), con la finalidad de extraer beneficios de derechos adjetivos, de *tratados de inversión más “favorables”* celebrados con un tercer Estado por parte de los Estados parte de un Tratado Base.

Por último se estudiara la redacción de tres documentos celebrados por México en materia de inversión, Acuerdos Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI'S), primero, *el APPRI México-Suiza* (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 1998); segundo, *el APPRI México-Emiratos Árabes Unidos* (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2018); y el tercero, el más reciente en la base de datos de Secretaria de Relaciones Exteriores, *el APPRI México-Hong Kong* (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2021); análisis con la finalidad practica de estudiar en la redacción de cada uno de estos APPRIS, el desarrollo histórico de la CNMF;

del mismo modo como las decisiones arbitrales y demás documentos internacionales, permearon la celebración del acuerdo más reciente.

2. CNMF EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES:

La CNMF es uno de los pilares del Derecho Comercial Internacional, al igual que el *Trato de Nacional* (Organización Mundial Del Comercio, 2023), pero no forman parte del derecho internacional consuetudinario, sino que corresponde a una obligación que debe figurar en los Tratados para poder ser invocada, es decir, debe pactarse estrictamente por las partes (Riquelme, 2018), y precisamente por eso, se considera fundamental, entre otras razones, pues permite evitar la discriminación en el tráfico entre los distintos Estados.

En materia comercial, la CNMF se encuentra marcada en el GATT (Organización Mundial Del Comercio, 1947) artículo 1º sobre: *el Trato general de la nación más favorecida”*

“Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones... *cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido* por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, *será concedido inmediata e incondicionalmente* a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.”

El presente concepto de Nación más favorecida fue exportado a las demás convenciones

del derecho internacional de comercio, como los servicios y propiedad intelectual (Organización Mundial Del Comercio, 2023); con las variaciones específicas de cada una de las materias; del mismo modo fue aplicado como estándar general para la celebración de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), pero en la especie la aplicación del trato, la interpretación y alcances de la cláusula es muy distinta del derecho comercial.

Iniciamos con la distinción entre la aplicación automática del derecho comercial, “*concedido inmediata e incondicionalmente*”, la misma ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una de las partes celebrantes de un tratado (denominado base), y un tercer Estado: “tratado referencia”. (Riquelme, 2018).

Mientras que en el derecho internacional de las inversiones la ventaja no es concedida automáticamente, *debe ser exigida por la parte beneficiaria (por el inversor) al Estado benefactor (donde se ha desarrollado la inversión)*. (García Corona, 2013).

*¿Pero cuáles son los criterios de aplicación de la CNMF a las inversiones? ¿Cuál es el criterio reiterado de aplicación por parte de los tribunales arbitrales? ¿Porque no existe una convención marco de interpretación de la CNMF?, esas y otras interrogantes han tratado de ser abordadas y resultas desde la creación de los Tratados Bilaterales de Inversión como tal, en los años 50's, y posteriormente con las controversias *Ambiatelos* (United Nations, 2006) y *Maffezini vs España* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C., 2000), que serán analizadas más adelante, la cláusula inofensiva*

de estándar general, que fue insertada como principio fundamental de las relaciones entre estados, tuvo un alcance que en principio no fue dimensionado por la comunidad internacional, al utilizar la CNMF, en procedimientos jurisdiccionales para atraer condiciones más favorables, de derecho adjetivo, es decir para obtener una ventaja en jurisdicción o competencia, que se resumen a tres puntos: cumplir con los requisitos *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*. (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015).

Así, las cosas, en el año de 1978, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su sesión número 30, creó el *Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida, en 1978*, (United Nations, International Law Commission, 1978) documento que a pesar de haber sido sometido a la Asamblea General de la ONU para la creación de una convención multilateral, no prosperó para ser sometida a firma por los Estados partes¹; sino que solamente se ha constituido en un documento de consulta, no vinculante, pero de referencia obligatoria para tribunales y académicos en la aplicación e interpretación de la CNMF.

El Proyecto, principalmente brinda una definición general de la CNMF, en el artículo 4:

¹ No terminó en la celebración de una convención internacional por que la Asamblea General de la ONU y la Comisión de Derecho Internacional, no se ponían de acuerdo conforme a otorgar derechos todavía más favorables a las naciones en vías del desarrollo sin discriminar a los países desarrollados, situación que no puedo soslayarse, pues no fue formalizado dicho proyecto, no es vinculante, pero si es una referencia de interpretación de la CNMF.

“Una cláusula de la nación más favorecida es una disposición de un tratado por el cual un Estado contrae una obligación para con otro Estado de otorgar el trato de nación más favorecida en una esfera de relaciones acordada.”

Así, como el TNMF, en el artículo 5:

“Trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a las personas o las cosas de una determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado o a las personas o las cosas en la misma relación con ese tercer Estado.”

Del mismo modo, se puede concluir que el principal cometido de dicho documento fue establecer las bases, en concordancia con los artículos 31 y 32 la *Convención de Viena* (Naciones Unidas, 1969), para una interpretación conforme de la CNMF, dependiendo de la redacción de esta en cada uno de los tratados, puesto que existen diferentes redacciones como BIT, APPRI y TLC, han sido celebrados en todo el mundo, es decir, todos los *Acuerdos Internacionales de Inversión “All”*, que elevó el acervo de All a 3.322 para 2021, incluidos 2.558 All aun en vigor, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, 2022).

Por tanto, no puede establecerse una interpretación homogénea aplicable a todos los tratados base, es necesario que sean analizados e interpretados uno por uno para determinar los fines, objetivos y alcances de la CNMF, que busca atraer condiciones más favorables de

un tercer estado, sin vulnerar la voluntad de las partes que han celebrado el tratado base, en un marco de búsqueda de liberalización del derecho de las inversiones, sin que sea necesaria una renegociación de los All.

A partir de los laudos mencionados y el establecimiento del Proyecto de Artículos; las resoluciones arbitrales y documentos académicos, se han polarizado respecto de los alcances e interpretación de la CNMF, tema trascendente, pues incluso algunos autores mencionan que al ir más allá de lo exactamente pactado vulnera la soberanía de los Estados partes; pero que también en ejercicio de esa soberanía fue que se obligaron recíprocamente para la protección a las inversiones, y que al realizar esa protección de manera explícita, sin señalar excepciones expresas, la protección de la cláusula se extiende a las disposiciones de todo el documento para atraer beneficios de un tratado de referencia celebrado por una de las partes con tercer Estado.

Herrera Ramírez (2009) resume los diferentes tipos de CNMF en términos de su redacción respecto a su alcance en derechos adjetivos, entre ellos:

1. Estipula, *expresamente*, su aplicación a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias (Cláusula tipo de los TPPI del Reino Unido, Alemania y Países Bajos).
2. Se *usan términos “generales”* que cubren, por ejemplo: *all matters, all rights, el treatment*, pero que no hacen referencia alguna a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias.
3. Redactada en *términos no generales*, aunque guarda silencio en lo relativo a los me-

canismos de arreglo de diferencias (NAFTA art. 3).

4. *La CNMF expresa claramente que no se aplica a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias (CAFTA, FTA).*

En esta clasificación los puntos 1 y 4, no tienen ningún problema a la hora de interpretarse y aplicarse, porque no queda ninguna duda, pero respecto de los puntos 2 y 3, existe ambigüedad y es necesario que sean interpretados uno por uno cada uno de los acuerdos celebrados, entonces el problema de la aplicación y alcances de la CNMF reside en la formulación de esta.

Posteriormente, el tema fue analizado por el Grupo de Estudio sobre la Cláusula de la Nación más favorecida. (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015)

Establece tres ejemplos de Acuerdos, para establecer diversas clasificaciones en su redacción:

1. Del acuerdo entre Austria y la República Checa y Eslovaca de 15 de octubre de 1990 “Cada Parte Contratante otorgará inversores de la otra Parte Contratante *un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado* y sus inversiones”.
2. En algunos casos una cláusula NMF incluye tanto la obligación de proporcionar tratamiento NMF y la obligación de otorgar Trato Nacional. Del acuerdo Argentina Reino Unido de 11 de diciembre de 1990 dispone: “Ninguna de las Partes Contratantes de su territorio las inversiones sujetas o

ganancias de inversores o sociedades de la otra Parte Contratante a *un tratamiento menos favorable que el otorgado a las inversiones o ganancias de sus propios inversores o empresas o a las inversiones y ganancias de los nacionales o sociedades de un tercer Estado*”.

3. En otros casos, la obligación de proporcionar un trato NMF está ligada a la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Del acuerdo entre China y Perú de 9 de junio de 1994 establece: “Las inversiones y actividades asociadas a las inversiones de inversores de una Parte Contratante *deberán recibir un trato justo y equitativo y gozarán de protección en el territorio de la otra Parte Contratante*. El tratamiento y la protección mencionada en el párrafo 1 del presente artículo no podrán ser menos favorable que el otorgado a las inversiones y actividades asociadas con dichas inversiones de los inversores de un tercer Estado “

A pesar de las variaciones en la redacción de las cláusulas NMF, hay cuestiones de interpretación que son comunes a todas estas cláusulas, ya sea en el ámbito del comercio, la inversión, o servicios.

Tres aspectos de las disposiciones de NMF que han dado lugar a cuestiones interpretativas: el beneficiario de una cláusula NMF, el tratamiento necesario, y el alcance de la cláusula.

De estas tres importantes cuestiones de interpretación, sólo el alcance del “tratamiento” de-

ben preverse en virtud de una disposición de NMF ha sido objeto de un importante debate y controversia ante los tribunales de inversión. También existen principios interpretativos tales como:

1. Respecto del sujeto de la inversión: circunstancias similares.
2. Respecto de la inversión: la aplicación material, *principio ejusdem generis*, es decir la solicitud de aplicación de CNMF, solo puede aplicarse respecto de la misma materia y con respecto a aquellos en una relación de comparación. (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015).

Del mismo modo las principales excepciones, a la aplicación del Trato NMF son señaladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2019): incluso para aquellos miembros que son parte de una unión aduanera o sistema monetario especial, y más en general en relación con el mantenimiento del orden público o la protección por el miembro de la salud pública, la moral y la seguridad, la protección de los intereses esenciales de seguridad de los miembros, o el

cumplimiento de sus obligaciones relativas a la paz y la seguridad internacionales.

Al final los dos documentos de las Naciones Unidas y diversos autores, tales como (Stephan W. Schill, 2017) y (Thulasidhass, 2015), coinciden en que la interpretación de la CNMF debe ser atendida tratado por tratado para adecuarse a la voluntad de las partes. Contrario a lo planteado por otros autores, como (Batinfort, et. al., 2018), respecto a que la interpretación debería ser de arriba hacia abajo, es decir, establecer homogéneamente como debe ser entendida y aplicada de manera general, en aras de la seguridad jurídica, sin tomar en cuenta la redacción especificada de cada uno de los tratados.

3. REVISIÓN DE LAUDOS ARBITRALES CON PRESENCIA DE LA CNMF.

En este apartado se expondrán brevemente, los laudos arbitrales que han sido resueltos a favor de la aplicación de la CNMF para derechos adjetivos:

Figura 1. CNMF para obtener beneficios en derechos adjetivos:

Laudo	Tratado Base	Tratado referencia	Resolución
Ambatielos 1956. (United Nations, 2006)	Grecia- Reino Unido Tratado greco-británico de comercio y navegación (1886).		Resuelve que la “administración de justicia” es parte importante de los derechos de los comerciantes y, en virtud de la CNMF debe ser tratado como incluido dentro de la frase “ <i>todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación</i> ”. Sentando la base aplicativa de la CNMF de conformidad con el principio <i>ejusdem generis</i> .

Maffezini vs España 2000. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C., 2000)	TBI Argentina-España 1991. Solicita aplicar la CNFM, con el fin de hacer caso omiso de la exigencia de un período de espera de 18 meses antes de presentar una demanda en virtud del TBI.	TBI España-Chile 1991 <i>no incluía ese requisito (18 meses de espera)</i> y permitió que un inversor optara por el arbitraje internacional después de seis meses.	El tribunal tuvo en cuenta los amplios términos de la cláusula NMF, que se aplica “en todas las materias reguladas por el presente Acuerdo” aplicando <u>“el principio ejusdem generis, a partir del laudo Ambiatelos.”</u>
Siemens AG vs República Argentina 2007. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2007)	TBI Argentina-Alemania 1993. Solicita aplicar la CNFM, con el fin de hacer caso omiso de la exigencia de un período de espera de 18 meses antes de presentar una demanda en virtud del TBI.	TBI Chile-Argentina 1991. <i>No incluía ese requisito (18 meses de espera)</i> y permitió que un inversor optara por el arbitraje internacional después de seis meses.	El tribunal declaró que la solución de diferencias “es parte de la protección ofrecida por el Tratado. Parte del tratamiento de los inversores y las inversiones extranjeras y de las ventajas accesibles a través de una cláusula NMF”.

Fuente: elaboración propia con datos de los diversos laudos arbitrales consultados.

Del mismo modo se comparan, otras tres resoluciones que han sido negativas en cuanto a la aplicación de la CNFM para obtener beneficios en derechos adjetivos:



Figura 2. Laudos negativos a la CNMF para generar beneficios en derechos adjetivos.

Laudo	Tratado Base	Tratado referencia	Resolución
<i>Salini vs Jordania</i> 2006. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2006)	TBI Italia-Jordania 1999, el demandante italiano buscaba dejar sin efecto la cláusula de arreglo de diferencias estipuladas en el contrato de concesión, que no contemplaba el arbitraje del CIADI.	TBI Jordania–USA 1997; y TBI Jordania–Reino Unido 1979. Los cuales permitían llevar ante el CIADI todo diferendo relativo a un contrato de construcción.	Las partes del TBI de base habían manifestado expresamente la voluntad de someter a los mecanismos de solución previstos en el contrato todos los litigios originados por la ejecución de estos (<i>Lex specialis derogat legem generalem</i>). El Tribunal concluye entonces, que la CNMF no cubría las disposiciones relativas al arreglo de las controversias.
<i>Plarna vs Bulgaria</i> 2008. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2008)	TBI Bulgaria–Chipre 1987, La cláusula de solución de controversias permitía el acceso solo a un arbitraje ad-hoc según el reglamento UNCITRAL y los negocios solucionables por esta vía, estaban limitados a la indemnización en caso de expropiación juzgada ilegal por los Tribunales del país anfitrión.	TBI Bulgaria–Finlandia 1999 La demandante invocó la CNMF, para poder acudir al CIADI, establecido en este BIT.	El acuerdo debe ser claro e inequívoco. Una CNMF en un tratado básico no incorpora por referencia o en su totalidad o en parte las disposiciones de solución de controversias establecidas en otro tratado, a menos que la disposición de NMF en el tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes pretendían incorporarlas.”
<i>Telenor vs Hungría</i> 2006. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2006)	TBI Noruega–Hungría (8 de abril de 1991) El BIT limitaba la competencia del tribunal CIADI al contencioso de la expropiación, de la repatriación de capitales y a la indemnización debida en caso de destrucción de la inversión por guerra, revolución o eventos análogos.	Diversos. Para acceder a cláusulas de solución de controversias “más favorables” acordadas por Hungría a terceros Estados.	El alcance de la jurisdicción del Tribunal está limitado por el Artículo XI a reclamos que involucren expropiación y que la cláusula de NMF incorporada en el Artículo IV no puede invocarse para extender la jurisdicción del Tribunal a reclamos bajo el Artículo III.

Figura 2. Fuente: elaboración propia con datos de los diversos laudos arbitrales consultados.

Las diferencias entre las resoluciones positivas y negativas, de acceso a la jurisdicción mediante la CNMF, pueden resumir a tres grandes aspectos:

1. Las primeras fueron parte del paradigma que se abrió a discusión a partir del caso *Ambiatelos*, mismo que sentó las bases de interpretación de la CNMF, a la luz del principio *ejusdem generis*.
2. Posteriormente se realizó un estudio más profundo respecto de la importancia de redacción de las cláusulas y la voluntad de las partes, para una interpretación del derecho de los tratados, mediante el artículo 31 y 32 de la Convención de Viena; cuestiones plasmadas también en los Proyectos de Artículos de la CNMF de 1978.
3. Por último, la evolución en los estudios académicos y mayor número de demandas de arbitraje que se pretendieron combatir a través de la CNMF, establecieron precedentes y doctrina sobre su interpretación, llenando *relativamente* un vacío legal, que hasta hoy se discute, pero que ha otorgado más certezas a las partes; a los Estados respecto de las negociaciones en los nuevos BIT, especificando lo que entienden por CNMF, y estableciendo expresamente sus alcances y excepciones; para los inversores, esta además, señalar que las ventajas respecto a la posibilidad de atraer jurisdicción es extraordinaria para resolver sus controversias de forma expedita.

4. EJEMPLOS DE CNMF, EN LA REDACCIÓN DE LOS ACUERDOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES (APPRI'S), CELEBRADOS POR MÉXICO:

Por último, realizamos un estudio de análisis de contenido cualitativo, a través de una muestra de tres APPRI's celebrados por México: el primero en 1998, *México-Suiza*, que a priori señaló contiene una *determinación general "all matters" de la CNMF*; a diferencia del *APPRI México-Emiratos Árabes Unidos*, de 24 de enero de 2018, que es totalmente restrictivo en cuanto a la atracción de mejores derechos adjetivos mediante la CNMF, y del mismo modo establece otras excepciones; asimismo el *APPRI México-Hong Kong* de 11 de junio de 2021, que ya no contiene propiamente dicho una CNMF, sino que solo se limita a establecer "un Trato No Discriminatorio" no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas "Trato Nacional" y no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier Parte no Contratante "TNMF", pero que establece expresamente que no comprende un requisito para extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante procedimientos de resolución de controversias.

Para el presente ejercicio es necesario extraer el contenido de dichos Acuerdos:

Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

Artículo 4. Protección y Tratamiento:

1. A las inversiones... les será otorgado en todo momento *un trato justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte*, de conformidad con el Derecho Internacional.

2. Cada una de las Partes, otorgará un trato “*no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado, cualquiera que sea más favorable para el inversionista en cuestión.*”

3. Cada una de las Partes, otorgará a los inversionistas de la otra Parte, en relación con la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de sus inversiones, “*trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a inversionistas de cualquier tercer Estado*”, cualquiera que sea más favorable para el inversionista en cuestión.

APÉNDICE: Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de la otra Parte

Artículo 4: Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje

Siempre que hayan *transcurrido seis meses* desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y que el inversionista contendiente haya notificado por escrito por lo menos con tres meses de anticipación a la Parte contendiente su intención de someter la reclamación a arbitraje, *el inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:*

El convenio CIADI...

Del primer APPRI, celebrado por el Estado Mexicano con Suiza en 1998, podemos advertir que no contiene mención expresa sobre aplicación extensiva o limitación alguna de la CNMF respecto del acceso a la jurisdicción, contenida en un tercer APPRI más favorable, por lo que en ese momento no se consideró el alcance y naturaleza jurídica que tendría este concepto comercial en el Derecho Internacional de las Inversiones, como hemos advertido en el presente estudio la evolución histórica del concepto, por lo que el Trato de Nación más Favorecida puede ser aplicada para solicitarse un acceso a jurisdicción más favorable, en el caso específico del presente AI.

Conviene señalar que otros puntos relevantes para la determinación de los alcances e interpretación de la CNMF, corresponden a las interpretaciones realizadas por las mismas partes de una controversia, tanto por el demandante como por el demandado (*Claimant and Respondent*); del mismo modo es relevante la costumbre de los Estados, en cuanto a la resolución de controversias, y los acuerdos celebrados con posterioridad entre los Estados Parte y en última instancia la re-negociación del tratado.

Es importante tener presente la evolución de la interpretación de la CNMF, pues como hemos analizado no se trata más de un mero estándar presente de forma general en todos los AI, en específico de inversión, sino de una cláusula mutante, que puede atraer beneficios de acceso pronto a la jurisdicción, que en principio no estuvieron contemplados por los Estados celebrantes; el paradigma pues ha evolucionado como parte de la actividad intelectual de las partes al momento de redac-

tar sus argumentos a favor y en contra; del mismo modo, al no poder preverse todas las variables posibles, es que *“el principio más aceptado de interpretación de la CNMF reside en la interpretación tratado por tratado.”*

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Artículo 3: Trato Nacional y Trato de la Nación Más Favorecida.

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones *“un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de sus propios inversionistas en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.”*
2. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, *un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.*
3. Para mayor certeza, sin perjuicio de cualquier otro Acuerdo Bilateral de Inversiones que las Partes Contratantes hayan firmado con otros Estados antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, *“el trato de la nación más favorecida no se*

aplicará a las cuestiones de procedimiento o judiciales.”

El presente APPRI celebrado 23 años después, es ejemplo latente de la evolución, preparación y prevención, que ha tenido a bien observar y desarrollar el Estado Mexicano, en la celebración de los subsecuentes tratados de inversión, evitando crear ventanas de jurisdicción temprana, sujetando a lo estrictamente pactado, aunque existan mejores condiciones a un tercer Estado. Por lo que, termina estableciendo una excepción expresa y cerrada *“el trato de la nación más favorecida no se aplicará a las cuestiones de procedimiento o judiciales.”*

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Artículo 4: Trato No Discriminatorio.

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones *“un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de sus propios inversionistas”* en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.
2. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones *“un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier Par-*

te no Contratante y a las inversiones de inversionistas de cualquier Parte no Contratante” en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.

3. Para mayor certeza, la obligación en este Artículo “*no abarca un requisito para extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante procedimientos de resolución de controversias*” ...

Contempla tanto el Trato Nacional y el Trato de Nación más Favorecida, pero los simplifica en un “*Trato No Discriminatorio*”, y si restringe el acceso a derechos adjetivos más favorables; pues la no discriminación: “*no abarca un requisito para extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante procedimientos de resolución de controversias*”.

Desde la asimilación de la Trato de Nación más Favorecida al Trato Nacional, y al Trato con terceros Estados, para la no discriminación. Resalta también una limitación “respecto a las circunstancias similares” y la materia de ese análisis, dejando en lo específico como materia de la aplicación de la CNMF, en el presente APPRI, exclusivamente para derechos sustantivos, respecto a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.

El presente ejercicio nos permite dimensionar la intrincada conexión entre los tratados internacionales celebrados por México, es decir, la posible interacción 30 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) con 31 países o regiones ad-

ministrativas y 9 acuerdos de alcance limitado (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); y los 14 Tratados de Libre Comercio (TLC), con 50 países (Secretaría de Relaciones exteriores, 2023); además, México participa activamente en organismos y foros multilaterales y regionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Mecanismo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la ALADI; en este gran volumen donde puede aplicarse de formas diversa la CNMF, que deberá ser establecida texto por texto de lo All; sin dejar de mencionar los tratados referencia, que los mexicanos, en calidad de inversores, podríamos invocar como un trato más favorable que otro tercero, diversos a los celebrados con los estados partes, para la resolución de las controversias de arbitraje en el extranjero con ventaja en jurisdicción de los mexicanos inversionistas.

5. CONCLUSIONES:

El estudio del alcance de los derechos adjetivos mediante la CNMF, en el Derecho Internacional de las Inversiones, no es un tema nuevo, mucho menos acabado respecto de su interpretación y aplicación, pues al tomarse el concepto del Derecho Internacional Comercial, fue extrapolado sin tener los mismos efectos; en ese sentido la búsqueda de interpretación conforme y principios de aplicación, data desde el mismo momento en que se celebró el primer BIT a finales de 1950; posteriormente el histórico caso *Ambiatelos* de 1956; y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacion-

al, que culminaron con el documento “Proyectos de los Artículos de la CNMF, de 1978”.

En la actualidad los criterios sobre la CNMF apuntan inequívocamente a la importancia de la redacción e interpretación de esta, *tratado por tratado*.

Solo pocos autores opinan lo contrario, respecto de una interpretación homogénea aplicable para todos los Tratados de Inversión, lo que traería consigo no una unificación sino un caos, pues se dejaría de lado la voluntad de las partes en ejercicio de su soberanía y se establecerían menores o mayores beneficios sin que estuviera en su poder la decisión misma, afectando la independencia en la toma de decisiones de políticas necesarias para un país.

Del mismo modo, otros autores apuntan a la creación de un organismo de apelación que pueda reconsiderar las decisiones arbitrales, tal como la OMC lleva a cabo la apelación de las controversias comerciales, donde si existe unificación de criterios; pero de nuevo se dejaría de lado la naturaleza de la inversión, que no forma parte del derecho internacional consuetudinario, sino que se obliga a lo particularmente pactado y cuyo incumplimiento, o discriminación injustificada de aplicación de políticas públicas en contra de una inversión determinada tiene consecuencias alarmantes, tales como las reclamaciones y posteriores juicios arbitrales inversor- Estado con costos iniciales para las partes demandante (Inversor) y demandado (Estado) que van desde 1 millón USD, que representa el piso para los arbitrajes del CIADI, debido a los altos costos de los tribunales arbitrales del CIADI; y los costos

pueden ser significativamente mayores dependiendo de la firma de abogados que representa al inversionista estatal o extranjero, sin contar las cantidades que resulten por daños en la resolución del laudo arbitral, que pueden afectar gravemente a la administración y funciones públicas del Estado parte.

Por lo que, atendiendo a los Estados, que son las partes que negocian y celebran la creación de los Tratado de Inversión y los Tratados de Libre Comercio, en libertad de su soberanía, mediante la voluntad de las partes celebrantes, serán estos mismos, quienes tienen en sus manos el futuro de las presentes y futuras controversias sobre alcance de derechos adjetivos mediante la CNMF.

Pues como se advierte del último APPRI celebrado por México en junio del año 2021, *México-Hong Kong*, la tendencia es a imponer mayores restricciones recíprocas entre los Estados respecto de la CNMF en la atracción de derechos adjetivos, dejando su aplicación exclusivamente a derechos subjetivos y a ciertas materias.

5. TRABAJOS CITADOS:

- Batinfort, S. and Heath, J. B. (2018). The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization (December 31, 2017). *111 American Journal of International Law* 873 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3063009> [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- García Corona, I. G. (2013). La cláusula de la nación más favorecida (CNMF o MFNC) en el derecho de las inversiones. En *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. pp.149-213. [Recupera-

- do el 05 de noviembre de 2022]. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/33759>
- Herrera Ramírez, V. (2009). Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 9(16), 41-56. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532009000100004&lng=en&tlng=es. [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- Riquelme, C. (2018). Consolidando la política de inversiones por medio de la Cláusula de Nación más Favorecida en los Tratados Internacionales de Inversión. *Estudios Internacionales*, 50(189), 121-148. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2018.49063> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- Schill, S. (2017). MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath. *American Journal of International Law*, 111(4), 914-935. Doi: 10.1017/ajil.2017.94 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- Thulasidhass, PR. (2015) Most-Favoured Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles. *Amsterdam Law Forum*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 3-24, July. ISSN 1876-8156. < <https://amsterdamlawforum.org/articles/10.37974/ALF.272/galley/401/download/>. > [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2006) Award in the Proceeding Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. (Claimants) and the Hashemite Kingdom of Jordan (Respondent) (ICSID Case No. ARB/02/13), January 31, 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0737.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2008) Award in the Proceeding Plarna Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), August 27, 2008. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2006) Award in the Telenor Mobile Communications A.S. (Claimant) and The Republic of Hungary (Respondent) (ICSID Case No. ARB/04/15), September 13, 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- United Nations (2006) Reports of International Arbitral Awards. The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) 6 March 1956, volume XII pp. 83-153. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].

Laudos Arbitrales inversor-Estado:

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C. (2000) en el procedimiento entre Emilio Agustín Maffezini (demandante) y el Reino de España (demandado). Laudo, caso no. arb/97/7, 13 de noviembre 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0482.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2007) Award in the Proceeding Between Siemens A.G. (Claimant) and The Argentine Republic (Respondent) ICSID Case No. ARB/02/8, February 6,

Organismos Internacionales e instrumentos Internacionales:

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2022) Informe sobre las inversiones del mundo 2021. [Recuperado el 6 noviembre 2022] https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_overview_es.pdf
- OECD (2019), OECD Codes of Liberalisation: User's Guide, www.oecd.org/investment/codes.htm. [Recuperado el 6 noviembre 2022]

- Organización Mundial Del Comercio (2023). Los principios del sistema de comercio. [Recuperado el 27 de enero de 2023]. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm
- Organización Mundial Del Comercio (1947) Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm#article1 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional (2015) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional – Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida Informe final. Vol. II, Parte 2, pp 97-125. United Nation i-Library. Fecha de la publicación: diciembre 2020. DOI: <https://doi.org/10.18356/9789210475587c015> [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- Naciones Unidas (1969) Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5bd791df4.html> [Recuperado el 6 noviembre 2022]
- Secretaría de Relaciones exteriores (2023) Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México. [Recuperado el 27 de enero 2023] <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>
- United Nations, International Law Commission (1978) Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses, 30 session. [Recuperado el 05 de noviembre de 2022]. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf
- [cha=20/08/1998#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/secretaria-de-relaciones-exteriores/comercio-exterior/2008/1998#gsc.tab=0)
- Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República (2018) Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en la ciudad de Dubái, el diecinueve de enero de dos mil dieciséis. DOF: 24/01/2018 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022]. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5511240&fecha=24/01/2018#gsc.tab=0
- (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2021) Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Davos, Suiza, el veintitrés de enero de dos mil veinte. DOF: 11/06/2021 [Recuperado el 06 de noviembre de 2022]. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620947&fecha=11/06/2021#gsc.tab=0

APPRI'S celebrados por México:

- Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República (1998) Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. DOF: 20/08/1998 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022]. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4890507&fe-







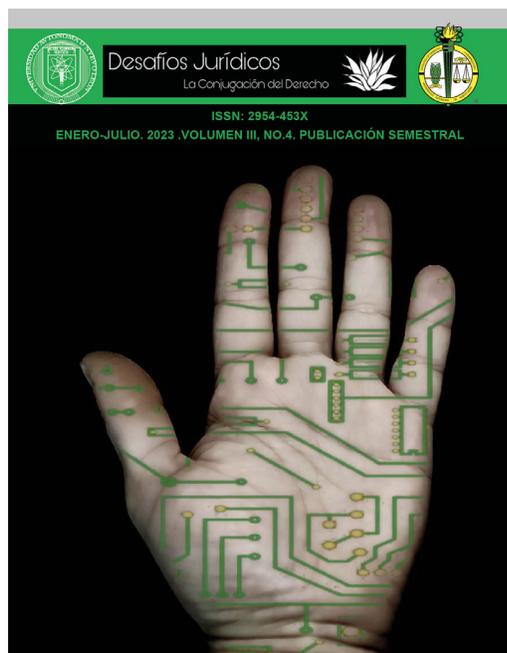
Fotografía: Realidad por R. Badii

Crítica

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Napoleón Narváez Treviño (Universidad Autónoma de Nuevo León)

El impacto de la discapacidad dentro del divorcio sin expresión de causa a la luz de lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer del juicio de amparo directo 12/2021 pp. 140-151. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X,

ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

El impacto de la discapacidad dentro del divorcio sin expresión de causa a la luz de lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer del juicio de amparo directo 12/2021.

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Napoleón Narváez Treviño*

* Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Resumen. Con motivo de un juicio de divorcio sin expresión de causa en el cual una de las partes contaba con discapacidad se resolvió que no bastaba la libre expresión de la voluntad para resolver sobre la disolución del vínculo matrimonial. Por el contrario, se requería de la implementación de distintas medidas para salvaguardar los derechos fundamentales de aquélla. Al final, un caso de excepción sobre la regla general en cuanto a que en esa clase de juicios basta la voluntad de uno de los cónyuges para obtener sentencia estimatoria y las consecuencias de tal disolución en todos sus términos.

Palabras clave: Libre desarrollo de la personalidad. Divorcio sin expresión de causa. Protección a la Familia. Debido proceso. Perspectiva de género. Discapacidad.



I. INTRODUCCIÓN

Acorde con el contenido del artículo 267 del Código Civil para el Estado de Nuevo León para la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite, sin necesidad de que exprese motivo o acompañe prueba alguna.

En este sistema, no importa la oposición que en un momento dado pudiera externar el otro consorte.

Ahora, es cierto que tal postura es acorde con el derecho inherente al libre desarrollo de la personalidad, así como también que pudiere tener como fin evitar conflictos al interior de la familia pues pensar lo contrario implicaría obligar a los consortes a permanecer unidos cuando ya no es posible la vida en común. Sin embargo, también lo es que no debe quedar exenta de ser objeto de injerencia por parte del Estado.

Cabe aclarar que esa injerencia no debe ser en función de la voluntad inherente a la persona.

Lo anterior, porque el Estado no puede coaccionarla para que mantenga una vida en común con quien ya no lo desea.

Por el contrario, la injerencia de la que se habla debe ser respecto de las consecuencias a las que puede haber lugar precisamente con motivo de tal disolución.

Esto es, sobre aquellas vinculadas con los hijos o el haber conyugal, pero también con la propia condición y el proyecto de vida de los consortes.

Resulta de ese modo porque en tales casos no sólo es un derecho fundamental el que pudiere estar inmerso, también podrían estar inmiscuidos otros con los cuales podría haber una interdependencia o bien cuando ello no resulte posible un desplazamiento.

Al final, lo importante es resaltar que las normas se encargan de regular ciertas hipótesis, pero desde una concepción abstracta, la cual mutará, pero en función de las características de cada escenario jurídico y deberá ser éste el que condicione o module la aplicación de tales normas a fin de no trastocar los derechos fundamentales que pudieren asistirles a las partes dentro de un juicio como el de divorcio.

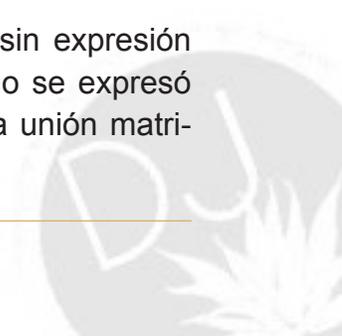
Uno de los casos sobre los que sin duda pudiera ejemplificarse lo descrito es precisamente el que resulta objeto de análisis en el presente artículo.

Para ello, será imprescindible conocer sus antecedentes, así como la deliberación de éstos y finalmente, la decisión.

Todo lo anterior, a su vez, permitirá externar una serie de reflexiones a manera de contribución sobre la interdependencia de los derechos fundamentales presentes tanto en la unión matrimonial, como en la disolución de ésta.

II. ANTECEDENTES

Se promovió juicio de divorcio sin expresión de causa en el que como hecho se expresó el deseo de no continuar con la unión matrimonial.



La demanda se radicó y se ordenó emplazar a la demandada y una familiar de ella compareció dentro de juicio a manifestar que se encontraba imposibilitada para manifestar lo conducente respecto de la solicitud de divorcio dado que producto de un trastorno psiquiátrico quedó privada para actuar por sí misma.

Con motivo de tales manifestaciones se giraron oficios a determinado Instituto de salud pública para que informara si la demandada gozaba de servicio médico y si contaba con algún reporte sobre la incapacidad indicada.

El Instituto de salud pública informó sobre la condición de salud de la demanda y con base en ello el juez consideró sobreseer el juicio de divorcio.

Básicamente al señalar que al estar impedida la demandada para ejercer el derecho de audiencia tal evento se traduciría en una causa manifiesta e indudable para dictar sentencia.

En contra de esa determinación el actor promovió juicio de amparo directo en el cual refirió que incluso, además de que la supuesta incapacidad de la demanda debía haber sido declarada por sentencia ejecutoriada para que surtiera efecto en el procedimiento, en autos no había prueba suficiente que la corroborara.

La demanda de amparo fue radicada y al advertirse indicios sobre la discapacidad de la tercera interesada se solicitó la designación de asesor que la representara.

Una vez que quedó maternizada la designación del representante éste compareció a promover juicio de amparo directo adhesivo

en el cual refirió que si bien en apariencia la sentencia reclamada favorecía a su representada lo cierto es que debían haberse atendido los derechos fundamentales de ésta inherentes tanto a su condición, como al acceso a la jurisdicción al, entre otras cosas, tenerse por convalidado el emplazamiento al juicio.

El Tribunal Colegiado de Circuito solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerciera la facultad de atracción, la cual fue aceptada y con motivo de ello, radicó el juicio de amparo directo dentro de la Primera Sala para la elaboración del proyecto correspondiente.

III. DELIBERACIÓN

En primer término y previo al análisis del caso, la Sala consideró necesario hacer referencia a ciertos tópicos tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el divorcio sin expresión de causa; el derecho de protección a la familia en el divorcio sin expresión de causa; el debido proceso en el divorcio sin expresión de causa; el divorcio sin expresión de causa y la obligación de juzgar con perspectiva de género; la obligación de juzgar con perspectiva de discapacidad; y, la discapacidad.

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, destacó que las personas además de tener derecho a la vida, también les asiste el de ejercerlo en libertad, ser autónomas y desarrollar el proyecto que desean en función de su vocación, aptitudes, potencialidades y aspiraciones. Proyecto de vida que debe ser respetado y estar libre de injerencias arbitrarias.

Por su parte, en cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad y el divorcio sin expresión de causa, puntualizó que comprende el derecho tanto de contraer o no matrimonio, como de permanecer o no, dentro de esa unión.

A su vez, respecto al derecho de protección a la familia en el divorcio sin expresión de causa, destacó el mandato contenido en el artículo 4° de la Constitución Federal, en cuanto a que la ley debe proteger la organización y desarrollo de la familia, así como en los numerales 17, apartado 1, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales de igual manera se ordena que la familia sea protegida tanto por la sociedad, como por el Estado.

En este apartado aclaró que el derecho de protección a la familia no impide la disolución del vínculo matrimonial, dado que el objeto de este no es preservar tal institución, sino proteger a la familia misma.

Por otro lado, en cuanto al debido proceso en el divorcio sin expresión de causa señaló que en función del libre desarrollo de la personalidad el deseo de que se disuelva el vínculo matrimonial no puede estar sujeto a oposición alguna, esto es, a que éste o no conforme el cónyuge que no lo solicitó, pero sin que ello implique que no se le permita comparecer a juicio pues existen consecuencias sobre las cuales se le debe permitir ejercer los derechos que le asistan.

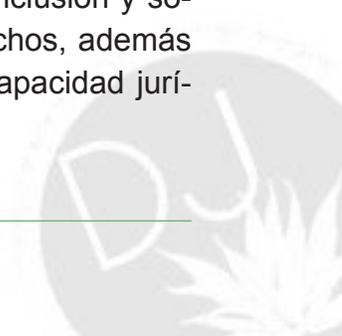
Dentro del debido proceso, también subrayó la necesidad de juzgar con perspectiva tanto de género, como de discapacidad.

En cuanto a la primera, destacó que emana de lo dispuesto en los artículos 1° y 4°, párrafo primero, de la Constitución Federal y 2, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, así como en el artículo 16, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer.

Bajo esa lógica, relató que todas las autoridades en sus respectivos ámbitos competenciales tienen la obligación de examinar las posibles desventajas ocasionadas por estereotipos culturales o bien que expresamente den cuenta de denuncias por violencia de género en cualquiera de sus modalidades y al identificarlas, buscar un equilibrio que permita a la parte vulnerada ejercer plenamente los derechos que la asistan.

A igual conclusión llegó sobre las personas con discapacidad, pues al ser evidente que debido a ello pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación también debe asegurarse que gocen de los derechos fundamentales que les asistan en condiciones de igualdad con el resto de la población.

Finalmente, en cuanto a la discapacidad resaltó el deber de tratar a la persona como a cualquier otra, así como el de inclusión y sobre todo que es sujeta de derechos, además de contar con personalidad y capacidad jurídica.



Aquí consideró oportuno distinguir entre capacidad jurídica y mental al precisar que la primera consiste en ser titular de derechos y obligaciones, como en la capacidad de ejercer tales derechos y obligaciones, mientras que la mental que se vincula a la aptitud de una persona para adoptar decisiones pero que, naturalmente, varía de una persona a otra.

De ese modo, aseveró que el hecho que una persona tenga una discapacidad no debe ser motivo para negarle la capacidad jurídica ni derecho alguno.

También, consideró necesario mencionar que al estar inmersa en el contradictorio una persona mayor de edad, con una discapacidad intelectual por procesos mentales deficientes, debía suplirse la deficiencia de la queja acorde con lo dispuesto por el artículo 79 fracción II, de la Ley de Amparo.

De igual manera, acotó que se estaba en un caso en el que se promovió una demanda de amparo principal y otra adhesiva, razón por la cual el estudio de ambas se haría de manera integral.

Bajo ese orden de ideas, recordó que la decisión del juzgador en cuanto a sobreseer el juicio de divorcio debía ser sometida a un escrutinio en función del libre desarrollo de la personalidad, pero sin dejar de atender los derechos de la demandada como una persona con discapacidad.

Hecho lo anterior, estableció que si bien con tal decisión no se había respetado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tampoco los de la demandada.

Estimó de esa manera porque el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende el derecho de la persona a contraer matrimonio o no hacerlo, al igual que el de mantener o no, esa unión, razón por la cual bastaba que uno de los cónyuges solicitara el divorcio.

Sin embargo, añadió que de sostener lo anterior entonces la pregunta sería ¿qué trascendencia tiene que el otro consorte comparezca o no al juicio, si finalmente sea cual sea su alegato, el divorcio debe proceder?

La trascendencia, resaltó que es relevante porque dentro del juicio de divorcio sin expresión de causa no sólo se ventila la disolución del vínculo matrimonial, también las consecuencias inherentes a tal disolución del matrimonio.

Por ello, estableció que ese tipo de juicios deben verse a través de dos enfoques.

El primero, determinante para la procedencia del divorcio, en cuanto a que no resulta relevante oposición alguna y en cuanto al segundo que la disolución del vínculo matrimonial siempre traerá consecuencias y no sólo respecto de los propios consortes.

Por ende, consideró a pesar de que para el divorcio basta la manifestación de voluntad de quien lo solicita, sin que al respecto valga oposición alguna, ello no implica soslayar las formalidades esenciales del procedimiento, entre las que destaca la garantía de audiencia.

Máxime que acorde con lo dispuesto en el artículo 1109 del Código de Procedimientos

Civiles para el Estado de Nuevo León, la demandada también puede presentar alguna propuesta de divorcio y a que de lo dispuesto en el diverso artículo 1114 y 117 de la legislación procesal civil en consulta le juez debe informar sobre las consecuencias del divorcio y exhortar a las partes para que las resuelvan.

Al final, situaciones que evidencian la necesidad de que en el juicio de divorcio sin expresión de causa se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento, al igual que se respeten los derechos fundamentales que pudieran asistirles a las partes.

En el caso, destacó que habían sido evidentes distintas violaciones a esas formalidades y derechos fundamentales de las partes dado que el emplazamiento a juicio se verificó con un familiar de la demandada quien comunicó sobre su condición de salud, de modo que esa diligencia debía haber sido objeto de examen para concluir sobre la legalidad o ilegalidad de ésta debido precisamente a lo sucedido.

Para efecto de lo anterior, formuló las siguientes preguntas: ¿el emplazamiento efectuado en el juicio puede tenerse por válido, cuando ni siquiera se tiene la certeza de que la parte demandada haya adquirido conocimiento del mismo? y de ser el caso, ¿de qué manera puede emplazarse a la demandada, para que adquiera conocimiento del juicio y se escuche su parecer?

Tales preguntas estimó que debieron de haber sido respondidas en el procedimiento previo a la decisión dictada en éste y ello con perspectiva de discapacidad, a efecto de garantizar que la demandada gozara del derecho de

comparecer en el juicio y sobre todo en condiciones de igualdad real y efectiva.

En suma, que se debieron atender las necesidades específicas de la demandada, sin que hubiere sido así dado que en contravención al artículo 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, decretó el sobreseimiento en el juicio de divorcio, a pesar de que las personas con discapacidad son sujetos de derechos y que, por ende, gozan tanto personalidad, como capacidad jurídica.

En ese orden de ideas, la Sala estimó que se debía determinar ¿cuál debió ser el proceder de la autoridad, a efecto de respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad del actor, sin transgredir los derechos que como persona con discapacidad tiene la demandada? para de esa manera, poder dar respuesta a las interrogantes previamente planteadas.

Para lo anterior, consideró necesario enfatizar que los juicios de interdicción resultan inconstitucionales, en tanto que se basan en un modelo rehabilitador o médico que resulta contrario al modelo social, el cual pugna con que la causa que genera la discapacidad es el contexto en que la persona se desenvuelve.

También porque con base en una deficiencia, niegan la capacidad jurídica de las personas que se pretenden declarar incapaces, pues al prever la figura de un tutor, se permite la sustitución de la voluntad. Lo cual, niega o permite limitar la capacidad jurídica de tales personas y, por ende, vulnera el derecho de igual reconocimiento como persona ante la ley, de manera que en el caso no era necesario se ventilara un juicio de esa naturaleza.

En cambio, lo que sí era necesario era que se resolviera el divorcio con perspectiva de discapacidad. Máxime cuando esa condición quedó corroborada en autos.

Bajo tal perspectiva, indicó que el emplazamiento a juicio no podía subsistir, ante la falta de certeza de que la demandada conoció del juicio y que en consecuencia se debió reponer el procedimiento para que con base en el artículo 13 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se hicieran los ajustes al procedimiento a fin de que la demandada pudiera acceder y ejercer los derechos fundamentales que le son propios.

Tales ajustes, como el nombrar expertos sobre la detección y atención de las personas con discapacidad para tener la certeza de que si bien pudiere haber algún deterioro físico y éste le impida a la interesada comunicarse, no así expresar su sentir o su voluntad.

En suma, que el juez, como ajuste al procedimiento debió auxiliarse de expertos, verbigracia, psicólogos, pedagogos y/o terapeutas y especialistas en comunicación humana, a efecto de que éstos establecieran cuál es la manera más adecuada de entablar una comunicación con la demandada dentro de un entrevista desarrollada en un ambiente de confianza y tranquilidad, de manera preferente, en el lugar en que ésta habita que permita saber cuáles son sus deseos y de igual manera se le brinde apoyo, se le designe un defensor e incluso la oportunidad de también ser asistida por su familiar.

Aunado a lo anterior y teniendo en consideración la condición de la demandada y el que

con la petición del actor sea suficiente para la disolución del vínculo matrimonial con lo cual perderá la afiliación que tiene con un Instituto de seguridad social, estableció que se debió girar oficio al Consejo para las Personas con Discapacidad, a efecto de que éste disponga lo necesario para asegurar que se le brinden servicios públicos para la atención de su salud y rehabilitación integral, así como los servicios sociales de atención y tratamiento psicológico que requieran tanto ella como sus familiares.

Por último, se consideró importante recordar al juzgador que estaba obligado a juzgar con perspectiva de género, pero sobre todo que debió analizar si la demandada se encontraba en una situación de vulnerabilidad y de violencia patrimonial y económica, para que, de ser el caso, dictara las medidas necesarias para proteger la integridad y bienestar de la demandada.

IV. DECISIÓN

La Sala consideró conceder el amparo y protección de la Justicia Federal para el efecto de que la autoridad responsable dejara insubsistente la resolución reclamada y en su lugar emitiera otra, en la que al partir de que la demandada es una persona con discapacidad, el asunto lo analizara con perspectiva de discapacidad, lo cual le permitiría hacer los siguientes ajustes al procedimiento:

Dejar insubsistente el emplazamiento y antes de ordenar un nuevo, solicitar el apoyo de expertos en la materia, a efecto de que éstos establezcan cuál es la manera más adecuada de entablar una comunicación con la demandada.

Una comunicación en la que al menos pueda expresar su sentir o su voluntad, en el entendido de que podría darse el caso de que sea ella quien pueda manifestar la manera más adecuada de comunicación o las personas con quien convive cotidianamente y hecho lo cual, tales expertos lo hagan del conocimiento del juzgador, para que éste nuevamente ordene la realización del emplazamiento, en términos claros y sencillos.

Hecho lo anterior, a efecto de que la demandada pueda estar en condiciones de expresar su voluntad, se le designe un defensor que le brindase asesoría y patrocinio jurídico gratuito, en el entendido de que esa asesoría, también debe apoyarse de los expertos encargados de lograr una comunicación con la demandada, para que al partir de ello pueda tener un conocimiento más efectivo e integral de la demanda instaurada en su contra y en especial, de las consecuencias jurídicas inherentes al divorcio, así como de los derechos que le derivan, para que al ejercer su capacidad jurídica, esté en condiciones de contestarla, respetando su voluntad como persona con discapacidad, sin sustituirse a ella. Defensor que, además, debe asistirle en todas las diligencias y actuaciones judiciales.

Asimismo para que gire oficio a la Procuraduría de la Defensa de las Personas con Discapacidad, para que designe un procurador que vigile que realmente esté asesorando a la demandada, a la vez de que la escuche y respete su voluntad.

Requerir al familiar de la demandada, para que, si así lo desea, también sea nombrado como salvaguardia, a efecto de que la acom-

pañe en tales diligencias y verifique que los apoyos designados respeten su voluntad y preferencias.

Hecho lo anterior, deberá pronunciarse sobre la disolución del vínculo matrimonial y continuar con la tramitación del juicio con el apoyo de los expertos en la materia, en el entendido de que, si la demandada se niega a asistir al juzgado, es el juzgado quien tendrá que acercarse a ella, de tal suerte que, de ser el caso, se tendrán que implementar las medidas que resulten necesarias, para que las audiencias sean desahogas en el domicilio de la demandada.

Lo anterior en el entendido de que tales medidas son enunciativas, más no limitativas, por lo que el juzgador podrá hacer los ajustes que estime necesarios al procedimiento, así como nombrar los apoyos y salvaguardias que estime pertinentes.

Atento a los lineamientos establecidos en la ejecutoria gire oficio al Consejo para las Personas con Discapacidad del Estado de Nuevo León, a efecto de que éste disponga lo necesario para asegurar que se brinden a la demandada servicios públicos para la atención de su salud y rehabilitación integral, así como los servicios sociales de atención y tratamiento psicológico que requieran, tanto ella como sus familiares.

Advertir la situación de vulnerabilidad y de violencia patrimonial y económica en que se encuentra la demandada por parte del actor y al tener en cuenta que el Código Civil para el Estado de Nuevo León, en caso de violencia familiar, autoriza a dictar diversas órdenes de

protección, dicte las que estimara convenientes; en especial aquellas que se vinculan con sus necesidades básicas.

Juzgar el caso con perspectiva de género y para que, al resolver las cuestiones jurídicas inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, tenga presente que en el caso opera la suplencia de la queja, tanto en los planteamientos de hecho como de derecho, en donde se deberá velar por el interés de la demandada, ya que se trata de una persona con discapacidad.

V. REFLEXIONES

Antes de emitir algunas reflexiones en cuanto al tema en análisis conviene recordar que la sentencia es la única versión oficial sobre lo ahí tratado.

De igual manera que dentro del ámbito jurisdiccional la aplicación de las normas reviste un papel importante en tanto que a través del proceso de individualización se da solución al caso.

En ese orden de ideas, el punto cumbre de un procedimiento es su resolución, en ésta, se logra la individualización de la norma.

Dicha tarea, es creativa y no mecánica. Se sostiene lo anterior porque dentro de esa actividad el juzgador debe forjar su criterio con base en la disposición o conjunto de éstas que considera resultan aplicables o bien de la interpretación.

En palabras de Gustavo Zagrebelsky (Zagrebelsky, 2016) los escenarios jurídicos son el

motor que impulsan al intérprete y marcan la dirección.

De ese modo, a partir del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta.

En los casos de divorcio como el analizado es evidente la participación de distintos derechos fundamentales entre los cuales destaca el inherente al libre desarrollo de la personalidad que es el que se privilegia con el contenido del artículo 267 del Código Civil para el Estado de Nuevo León.

Sin embargo, la individualización del derecho fundamental en cuestión no está exento de colisionar con otro u otros derechos de igual jerarquía dentro del contradictorio, tal es el caso de los inherentes a las personas con capacidades diferentes que las colocan en situación de vulnerabilidad.

Cuando ello acontece se está en cuanto a lo conceptualizado por Ronald Dworkin (Dworkin, 2005) frente a la teoría de los casos difíciles, pues ese litigio ya no se puede subsumir claramente en la norma jurídica y entonces el juez debe decidir el caso en uno u otro sentido, pero ya no de forma automática, sino que debe encontrar un equilibrio e incluso modular la aplicación de tales normas para evitar transgredir derechos fundamentales de las partes.

Para encontrarlo, existen distintas formulas. Autores como Robert Alexy (Alexy, 1993) y Carlos Bernal Pulido (Bernal Pulido, 2014) diferencian entre dos estadios definidos de la interpretación jurídica: la tarea intelectual de descubrimiento del significado de la norma y

la labor argumentativa de justificación a través de la fórmula del peso en la cual frente a una colisión de derechos uno de ellos debe ceder para que prevalezca el otro según el escenario jurídico en el cual se hubiere dado tal colisión.

Por su parte, Aharon Barak (Barak, 2021) señala que habrá casos en los cuales el juzgador al emprender la tarea de individualizar las normas podrá encontrarse frente a la disyuntiva de seleccionar entre dos o más alternativas posibles respecto de las cuales deberá optar por aquella que resulte proporcional al derecho que se pretende salvaguardar, tal como sucede cuando se está frente alguna restricción constitucional.

Tanto en una como en otra, existe un derecho fundamental que deberá ceder, sin embargo, no debe desatenderse que habrá casos en los que no necesariamente esa deba ser la solución. Por el contrario, será necesario interrelacionar los derechos que puedan estar inmersos y a cada uno de ellos asignarle un valor sin llegar a que sean desplazados.

Con base en lo expuesto, es cierto que frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad podrán ceder otros como los inherentes al proyecto de vida, al no poderse obligar a los consortes a permanecer unidos cuando ese dejó de ser su deseo, pero también lo es que habrá otros que no pueden ser desplazados y estos son precisamente los que tienen que ver con la condición de los consortes, esto es, cuando las capacidades diferentes que pudieren tener les impiden ejercer de manera plena tanto los derechos procesales, como sustantivos, que les asisten, sin la intervención del Estado.

A guisa de ejemplo tenemos el que motivó la sentencia en análisis en el cual no sólo se privó a la quejosa adhesiva de contar con un juicio en el que se respetaran las garantías del debido proceso, sino que, al decidirse sobre la disolución del vínculo matrimonial, sin alguna consideración previa sobre la atención médica de la que era objeto por su condición, se le dejó en desamparo, en estado de vulnerabilidad.

Por ende, en casos como este la satisfacción de uno de los derechos no puede ser absoluta, debe modularse para que, aún ejercido el libre desarrollo de la personalidad, converja y perdure con otros derechos fundamentales sin los cuales no sea posible la salvaguarda de la integridad de todos los involucrados.

VI. TRABAJOS CITADOS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barak, A. (2021). *Discrecionalidad Judicial*. Lima: Palestra.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (2005). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Planeta-Agostini.
- Zagrebelsky, G. (2016). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.
- Amparo Directo 12/2021. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nueve de febrero de dos mil veintidós. Consultable en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=285690..>









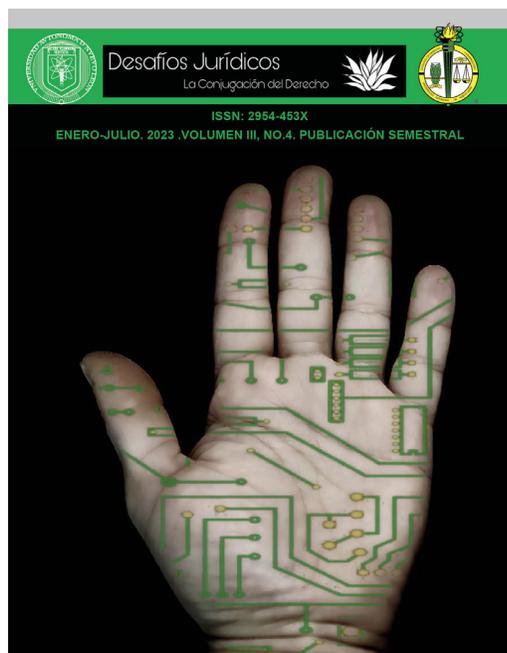
Fotografía: Despertando por: R. Badii

Reseña

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Edwin Horacio Gracia Elizondo (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica (Larry Laudan). pp. 154-159. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

Verdad, error y proceso penal

Un ensayo sobre epistemología jurídica

(Larry Laudan)

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Edwin Horacio Gracia Elizondo*

*<https://orcid.org/0000-0002-3882-0341>

Escuela Federal de Formación Judicial

Hablar del razonamiento probatorio se ha vuelto tendencia entre los países hispanoamericanos, debido a que gran parte de las entidades que conforman el continente occidental, han migrado de un modelo procesal penal de corte inquisitivo a uno acusatorio y adversarial, lo que implicó cambios en las diversas reglas procesales que rigen a la prueba.

Se adoptó un esquema de valoración de prueba surgido en Francia a principios del siglo XIX y perfeccionado por España a finales del mismo siglo, y no me refiere a aquella que efectúa el jurado (**íntima convicción**) o se encuentra preestablecida en la norma (tasada), sino aquella que efectúa el juez bajo diversos parámetros racionales de valoración (libre).

Otro cambio significativo en la prueba se dio con el muy aclamado principio de presunción de inocencia, cuyas manifestaciones, entre otras, están dirigidas a la prueba, pues con



* Estudiante del grado de Doctor en Derecho Procesal FACDYC-UANL, Secretario de Primera Instancia en los Juzgados de Control y Juicio Oral Penal del Estado de Nuevo León así como en la Dirección de Control Disciplinario, ambos Órganos del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. Actualmente funge como Coordinador Académico del Instituto de la Judicatura en esa Institución.

aquel principio se estableció, a) las particularidades que una prueba debe contener para que pueda ser incorporada a juicio (legal), b) a quien corresponde la carga de la prueba (parte acusadora), y c) cuál es el grado de suficiencia probatoria para condenar a una persona (*más allá de toda duda razonable*).

En su obra, Laudan realiza una crítica desde un enfoque filosófico, poniendo en discusión aquellas figuras que están lejos de acercarse al objetivo (desde el punto de vista epistémico) del proceso, como es la averiguación, o al menos, la aproximación a la verdad.

Inicia refiriéndose al *error*, no como error de hecho o derecho, sino como aquel que ocurre cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema. De forma tal que identifica dos tipos de errores: falso hallazgo inculpatario y falso hallazgo exculpatario. El primero consiste en condenar a una persona inocente. El segundo, cuando el sistema jurídico no acierta en condenar al verdadero delincuente.

Enfoca su estudio en el *common law*, indicando que los objetivos que encauzan al sistema de justicia penal de los Estados Unidos son tres: *reducción del error*, *distribución del error* y *valores de política pública no-epistémicos*. El primero, consiste en averiguar la verdad y evitar el pronunciamiento de veredictos falsos. El segundo, en como conducir un proceso penal de manera tal que, cuando algún error ocurra, éste sea, con mayor probabilidad, una absolución falsa y no una condena falsa, pues resulta más costoso condenar a un inocente que absolver un culpable. El tercero, se enfo-

ca a asuntos tales como el uso eficiente de recurso, protección de los derechos del acusado (un ejemplo es la presunción de inocencia en su variante de estándar probatorio el cual debe generar convicción “más allá de toda duda razonable”¹), o preservación de buenas relaciones con otras naciones (generalmente los diplomáticos no pueden ser condenados), cuestiones que pese que no forman parte de la búsqueda de la verdad, su implementación genera obstáculos para aquélla.

Para Laudan, un sistema de justicia penal es un motor epistémico, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios.

Por ello, realiza una pausa para explicar brevemente en que consiste la epistemología jurídica, afirmando que entenderla es necesario comprender en términos generales la epistemología aplicada, siendo ésta, el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden buscar la verdad cuentan o no con un diseño apropiado que le permita generar creencias verdaderas acerca del mundo.

Refiere que la epistemología jurídica consta de dos proyectos: uno descriptivo y otro normativo. El primero, consiste en determinar cuáles de las reglas vigentes procuran la verdad y cuales la obstaculizan. El segundo, en proponer cambios en las reglas existentes

¹ Refiere el Juez Richard Posner: “Las severas exigencias impuestas a la fiscalía, implican que algunas, quizás muchas, personas culpables no sean acusadas y que la mayoría de quienes son acusados y absueltos, sean de hecho, culpables”.

que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad.

Ahora bien, seguramente han escuchado hablar de que, *la verdad*, es aquello que las pruebas (presentadas en juicio) nos muestran; para Laudan, decidir sobre esa afirmación, solo significa que es una decisión fundada, pero un fallo puede ser falso o verdadero a los hechos que realmente tuvieron lugar. Que, en ese sentido, algunas veces, personas inocentes son condenadas y culpables son absueltos (error de falsos veredictos), aun cuando el jurado haya extraído las conclusiones más apropiadas posibles a partir de la prueba.

Bajo esa reflexión, Laudan distingue dos tipos de culpabilidad: una material y otra probatoria. La primera, en el sentido que una persona es culpable porque cometió el delito. La segunda, en el sentido que una persona es culpable porque el sistema lo ha condenado. De manera similar, distingue dos tipos de inocencia: una material y otra probatoria. La primera, en el sentido que una persona es inocente porque no cometió el delito. La segunda, en el sentido que una persona es inocente porque fue exonerado o liberado del escrutinio judicial.

Este ejemplo es tan sólo el primer error que Laudan identifica como posible en los sistemas judiciales. No obstante, también hace distinción de otros tipos de errores (además de los básicos que ya fueron mencionados) que se hacen consistir en: *veredictos válidos e inválidos y veredictos verdaderos o falsos*.

Los veredictos válidos son cuando las pruebas presentadas en juicio establezcan que el

acusado cometió el delito que se le imputa, satisfaciendo para ello el estándar de prueba aplicable, caso contrario, el veredicto es inválido. Este último, se puede presentar cuando el juzgador puede otorgar a algunos de los elementos de juicio, mayor o menor peso del que le corresponde o bien, puede malinterpretar el grado de severidad del estándar de prueba aplicable.

La verdad de un veredicto ocurre cuando se condena a una persona, y esa persona si cometió el delito o se absuelve a una persona y esa persona no cometió el delito. Caso contrario, el veredicto falso, pues ocurre cuando se condena a una persona y esa persona no cometió el delito o se absuelve a una persona y esa persona si cometió el delito.

Laudan resalta que no todos los veredictos válidos son verdaderos, pues a la luz de la prueba puede llegarse a una convicción diversa a la que pudiese haber ocurrido en realidad. Si el resultado de un procedimiento penal es erróneo en alguno de los sentidos expuestos, es decir, falso, inválido o ambos, el sistema ha fracasado.

Para el autor, retirar los cargos en contra de una persona inocente no es un error, sino un éxito del sistema, sin embargo, hablamos de error si se retira cargos a una persona culpable materialmente en virtud que no cumplen con el estándar probatorio exigido por la presunción de inocencia.

Ante estos posibles errores, el autor se dirige a un estudio de la prueba, haciendo ver al lector que existen dos conceptos clave relacionados con la misma y que se traducen en

creíble y relevante. El primero, ocurre cuando se cuenta con razones para creer que su contenido es verdadero o por lo menos, plausible. El segundo, es cuando un elemento de juicio es relevante para la hipótesis, el cual si es creíble, puede hacer más probable la hipótesis de lo que era con anterioridad.

Sin embargo, en términos epistémicos, se visualiza como un obstáculo para la obtención de la verdad, el hecho de que las pruebas relevantes puedan ser excluidas en la etapa de admisión, pues además de ser relevantes, deben cumplir con otros requisitos tales como que haya sido obtenida sin violación a derechos humanos. Esto significa que, excluir pruebas relevantes, por la razón que sea, disminuye la probabilidad de que personas racionales lleguen a conclusiones correctas. Por ello, insiste que la epistemología jurídica indica que se deban admitir única y exclusivamente todas las pruebas relevantes.

Por ello, es que eleva la importancia de la relevancia y la credibilidad como medio para mitigar o disminuir el error el cual, como se indicó, constituye uno de los objetivos que encauzan al sistema de justicia penal de los Estados Unidos.

Otro de los objetivos de dicho sistema, lo refiere Laudan como la distribución del error, la cual, describe mediante la proposición consistente en que es mucho mejor que consientan absolver al culpable que condenar al inocente. Desde luego, existen un conjunto de conceptos que materializan la importancia de distribuir los errores. Tal es el caso, de la presunción de inocencia, el beneficio de la duda, la carga de la prueba y el estándar de la prue-

ba. Según Laudan, estos principios no están diseñados para reducir la probabilidad de cometer errores sino de distribuirlos de un modo determinado, ya que su implementación hace muy difícil condenar, salvo en los casos más obvios y contundentes de culpabilidad.

La presunción de inocencia, según Laudan, prohíbe a los jurados atribuir relevancia al hecho que el acusado ya ha sido considerado probable culpable de los cargos que se le imputan en audiencias previas. El beneficio de la duda establece que si los hechos que se juzgan constituyen un caso límite o de frontera, los jurados deben decidir en favor del acusado. La carga de la prueba garantiza que el acusado será absuelto salvo que el Estado pruebe su caso. Finalmente, un estándar de prueba tan demandante como el de “más allá de toda duda razonable”, prescribe a los jurados absolver al acusado incluso cuando piensen que es probablemente culpable, dado que solo una creencia firme e indubitable de su culpabilidad justifica la emisión de una condena.

El autor percibe como una problemática en el concepto “más allá de toda duda razonable”, el cual lo define como el único criterio o parámetro actualmente aceptado para emitir veredictos justos en un proceso penal, es que es oscuro, incoherente y pantanoso, pues no permite generar un entendimiento homogéneo acerca del cual es el nivel de prueba apropiado para condenar a alguien del delito que se le imputa.

En estados Unidos, aunque ya era utilizado el concepto de “más allá de toda duda razonable”, desde mediados del siglo XIX hasta

mediados del siglo XX, en 1970 una famosa decisión *In re Winship*, lo elevó a nivel constitucional. La Corte Suprema determinó que la constitución mandaba a que todos los jurados de casos penales fuesen instruidos de que tenían la obligación de aplicar “más allá de toda duda razonable” como umbral para la emisión de condenas (siendo que en su constitución no se tocaba la cuestión del estándar de prueba aplicable en materia penal).

Laudan afirma que el estándar probatorio más allá de toda duda razonable constituye uno de los principales causantes del error de falsos veredictos. Ello se debe a que, desde su perspectiva, presenta básicamente dos deficiencias: la subjetividad con la que la determinación de su satisfacción o no se realiza, y su excesiva severidad o nivel de exigencia para afirmar que algo está demostrado.

Desde luego, esta obra ha inspirado a un sin número de autores que dirigen sus esfuerzos para proponer soluciones a las problemáticas que las figuras procesales (algunas garantistas) producen para alcanzar el objetivo epistémico de la verdad.

Tal es el caso de los estudios relacionados con el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable” y sus esfuerzos de alcanzar una objetividad en su configuración, aunque esos esfuerzos en muchas ocasiones terminan en propuestas de explicación subjetivas del concepto. Algunos autores incluso niegan la subjetividad del estándar al existir métodos de valoración racional, aunque son instituciones y momentos totalmente diferentes, el hecho de que uno sea objetivo no significa que el otro lo sea.

En síntesis, este libro se aparta de reflexiones totalmente jurídicas y nos muestra un enfoque filosófico-epistémico que nos abre las puertas hacia nuevos horizontes que nos permiten estudiar figuras jurídicas un tanto racional sin obviar las políticas públicas como es la distribución del error. En fin, una obra, sin duda, altamente recomendable que cualquier investigador del razonamiento probatorio no debe dejar pasar.

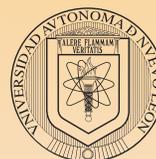
Mtro. Edwin Horacio Gracia Elizondo, Doctorando de la Facultad de Derecho y Criminología, de la Universidad Autónoma de Nuevo León.



Vol. 03, Núm. 04, Enero 2023

Desafíos Jurídicos es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad de Autónoma de Nuevo León. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la interacción de temas jurídicos conjugados con otras disciplinas, fomenta el diálogo, análisis y reflexión de los procesos sociales contemporáneos desde una perspectiva que incluya una visión crítica tanto académica como científica en aras de acrecentar el conocimiento. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Promueve vínculos dentro la comunidad de investigación social. Está dirigido a investigadores sociales y en general, profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento.

desafiosjuridicos.uanl.mx



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN