

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS
Número 21 / Julio 2024



FACULTAD DE
DERECHO

Democracia y derechos en la era digital: desafíos y oportunidades

Coordinadores del Dossier

Juan Diego Arregui Acosta
Emiliano Martín Vitaliani

Autores y autoras del Dossier

- Alejandro Borja Roldán
- Lorena Castellanos
- Jolurdimar José dos Santos
- Bryan Erazo
- Sebastián Espinosa Velasco
- Lorena Naranjo Godoy
- Leonidas Rojas
- Diana Salazar Méndez
- Joyce Baus Villavicencio

Cálamó

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR
Facultad de Derecho

RECTOR
Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA
Marlena León

DECANO
Santiago Guarderas

DIRECTOR ACADÉMICO
Nicolás Burneo

DIRECTORA CÁLAMO
Lydia Andrés Oleas

COORDINADOR CÁLAMO
Christian Chasi

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Adriana Rodríguez Caguana, PhD. Universidad Andina Simón Bolívar
- David Cordero Heredia, J.S.D. Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Cornell University
- José Suing Nagua, PhD. Universidad de las Américas
- Juan Carlos Prado Rodríguez, Phd. Universidad San Francisco de Quito
- Juan Manuel Alba Bermúdez, Phd. Universidad de las Américas
- Marcella da Fonte, Phd. Universidad de las Américas, Ecuador; Universidad Andina Simón Bolívar
- María Helena Carbonell Yáñez, Phd. Corte Constitucional del Ecuador
- Patricia Alvear Peña, Phd. Universidad de Buenos Aires, Universidad Internacional del Ecuador
- Richard Ortiz Ortiz, Phd. Universidad de las Américas, Corte Constitucional del Ecuador
- Viviane Monteiro, Phd. Universidad San Francisco de Quito

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla

- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica Gonzáles Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Liliam Fiallo, Phd. Universidad de Massachusetts, AMHERST, Estados Unidos de América

CORRECCIÓN DE ESTILO
Christian Chasi, Mg.

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN
Jorge Navarrete
V&M Gráficas
Contacto: (593) 3201 171

PERIODICIDAD
Semestral (enero — julio)

DEPÓSITO LEGAL
Para contribuciones, donaciones o canjes dirigirse a:
Universidad de Las Américas, Facultad de Derecho
Sede Granados - Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos e información: calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los y las autoras. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

Esta obra está bajo licencia *Creative Commons* 4.0 reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0)

ISSN: 1390-8863
ISSN digital: 2737-6133

Arbitraje: Los artículos que conforman el número 21 de Cálamo, previo a su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

ÍNDICE

DOSSIER

- **Presentación**
Democracia y derechos en la era digital: desafíos y oportunidades..... 6
Juan Diego Arregui y Emiliano Vitaliani
- **¿Las tecnologías comunicacionales digitales son instrumentos del neoconservadurismo?**
El caso Milei en Argentina..... 10
Jolurdimar José dos Santos
- **Aproximación a la categorización de derechos digitales y su aplicación en Ecuador** 23
Lorena Naranjo Godoy

ENSAYO

- **Enfoques criminológicos feministas**
Un aporte para el diseño de políticas públicas 43
Diana Salazar Méndez
- **La seguridad jurídica y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador** 56
Joyce Baus Villavicencio y Alejandro Borja Roldán
- **Aportes para una mirada sensible de la migración** 73
Eufemia Sánchez Borja

RESEÑA

- **Reseña de *The technological competence of arbitrators: A Comparative and International Legal Study*, de Katia Fach Gómez** 90
Sebastián Espinosa Velasco
- **Reseña de *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, de Miguel Ángel Presno Linera** 94
Bryan Erazo

ENTREVISTA

- **Inteligencia artificial y propiedad intelectual**
Entrevista con Lorena Castellanos..... 98
Leonidas Rojas

DOSSIER

Handwritten signature

PRESENTACIÓN DEL DOSSIER
DEMOCRACIA Y DERECHOS EN LA ERA DIGITAL:
DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

PRESENTATION
DEMOCRACY AND RIGHTS IN THE DIGITAL ERA:
CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

APRESENTAÇÃO
DEMOCRACIA E DIREITOS NA ERA DIGITAL:
DESAFIOS E OPORTUNIDADES

*Juan Diego Arregui** y *Emiliano Vitaliani***

Los desarrollos tecnológicos de los últimos años llevaron a que nuestras sociedades experimentaran cambios radicales. Las nuevas tecnologías impactan transversalmente en todos los aspectos de nuestras vidas, desde la forma en la que nos relacionamos, hasta nuestro contexto laboral. En este sentido, en las sociedades de la tecnología surge la pregunta sobre cómo las instituciones clásicas evolucionan para responder al desafío que la disrupción tecnológica plantea. Existen varias preocupaciones latentes que tienen relación con la democracia y los derechos, y cómo la democracia se adapta para garantizar que evitemos ser arrastrados hacia una autocracia tecnológica.

Uno de los tantos aspectos que la evolución de la tecnología afectó es la vida pública. Las elecciones, las campañas electorales y la conversación pública del día a día se vieron trastocadas por la irrupción de una serie de herramientas que plantean nuevos desafíos para todos los actores de la vida pública, como jueces, representantes o ciudadanos de a pie. Probablemente el caso más sobresaliente para ilustrar estas modificaciones

sea el de *Cambridge Analytica*. En este caso, una compañía utilizó cantidades de datos sin precedentes en la vida política para elaborar perfiles de votantes y así construir mensajes ajustados a cada uno de ellos en el contexto de campañas como la del *Brexit* y la elección presidencial de Estados Unidos de 2016. El caso de *Cambridge Analytica* sacó a la luz las problemáticas que vienen asociadas con el uso del *big data* en el contexto de las campañas electorales y, más generalmente, los desafíos que el avance de la tecnología presenta para la vida pública.

Esta disrupción tecnológica no solamente es una amenaza para nuestras sociedades y nuestro sistema político y jurídico. Las nuevas tecnologías como el *blockchain*, la inteligencia artificial (IA), el internet de las cosas, el *big data*, la realidad aumentada, la realidad virtual (metaverso), entre otras, pueden ser herramientas para solucionar problemas existentes. Las redes sociales, a su vez, permiten a los ciudadanos de a pie expresarse en foros en los que su alcance puede ser mayor al que tenían antes de su aparición.

* Juan Diego Arregui es abogado por la Universidad San Francisco de Quito, candidato a máster en el Máster Europeo en Derecho, Datos e Inteligencia Artificial (EMILDAI). Es egresado del Master de Investigación Jurídica de la Universidad Andina Simón Bolívar y tiene un Master en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Trabaja como asistente de investigación en la Universidad de la Ciudad de Dublin, en el Cluster de Derecho y Tecnología. Correo electrónico: jarreguicosta@gmail.com

** Emiliano Vitaliani es abogado por la Universidad de Buenos Aires y candidato a máster en el Máster Europeo en Derecho, Datos e Inteligencia Artificial (EMILDAI). Trabajó como docente de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato di Tella, y también como investigador en temas de libertad de expresión y democracia en la Universidad de Palermo y la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: evitaliani@gmail.com

Cómo citar esta presentación: Arregui, Juan Diego y Emiliano Vitaliani. 2024. "Presentación. Democracia y derechos en la era digital: desafíos y oportunidades". Revista de estudios jurídicos Cálamo, núm. 21: 6-9.

En Zug, un condado de Suiza, el gobierno autónomo local ha implementado votaciones a través de *block-chain*. Esto actualiza las clásicas figuras de democracia directa que son tan prominentes del sistema político suizo. Sin embargo, hay muchos que critican esta postura tecnosolucionista de buscar soluciones a través de la tecnología y, sobre todo, pensando que la tecnología es un fin y no un medio para resolver nuestros problemas.

El avance de la tecnología representa un desafío para el derecho público. Así como sus riesgos no pueden ser menospreciados, tampoco puede serlo su potencialidad. Estos cambios abren un mundo de posibilidades para quienes están preocupados por construir una democracia más robusta, a la vez que nos obligan a poner el foco en aspectos de la vida pública en los que no habíamos reparado antes de estos cambios, como la incorporación de la inteligencia artificial a los procesos judiciales o el poder de las plataformas para influir en la discusión pública.

Este *Dossier* busca contribuir a la conversación sobre estas problemáticas. Estos materiales se concentran en aspectos diversos de la intersección entre Derecho y tecnología, pero comparten la preocupación general por la forma en la que nuestros sistemas jurídicos y políticos lidian con los cambios que experimentan nuestras sociedades. En este contexto, una de las preocupaciones centrales es cómo se procesan los datos personales y cómo ese procesamiento de datos puede afectar sus derechos y dar paso a una nueva categoría de derechos digitales.

La paulatina tecnologización del entorno en el que vivimos trae aparejada la necesidad de repensar nuestros derechos fundamentales. El artículo de Lorena Naranjo Godoy aborda esta cuestión en el contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para hacerlo, la autora empieza por mostrar cómo esta cuestión fue abordada en diferentes instrumentos a nivel internacional, como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, la Declaración de Lisboa y los trabajos de la CEPAL. Todos ellos tienen en común su interés en los cambios tecnológicos desde una perspectiva centrada en el ser humano; es decir, su simultánea preocupación por promover el desarrollo

de las nuevas tecnologías y a la vez garantizar derechos fundamentales.

El Reglamento General de Protección de Datos, en particular, constituye un hito para la regulación de los derechos fundamentales en el contexto de los cambios tecnológicos. Naranjo Godoy pone el foco en su transposición en España y destaca que esta norma consagra una serie de derechos digitales, tales como el derecho al olvido, el acceso a internet y la seguridad digital. También considera a esta norma como un avance en tanto consagra derechos que están ausentes en el reglamento europeo y les da mayor alcance a otros ya reconocidos.

Una vez presentado el contexto general de los derechos digitales, la autora dirige su mira a nuestra región. Al hacerlo, presenta la situación de los derechos digitales en América Latina. El principal instrumento abordado por la autora es la Carta de Principios y Derechos Digitales Iberoamericana. Esta carta busca promover el desarrollo de las nuevas tecnologías a nivel regional, a la vez que aspira a garantizar principios como la inclusión, la privacidad y la participación social en el entorno digital. La autora muestra que en los últimos años la región avanzó hacia la promoción y el desarrollo de los derechos digitales.

Al analizar la situación de Ecuador, Naranjo Godoy destaca el reconocimiento del derecho a la protección de datos en la Constitución de 2008 y la sanción de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en 2019. En estos cuerpos normativos, los derechos digitales pueden ser entendidos como parte del derecho general al buen vivir, que incluye el acceso a las nuevas tecnologías, así como el derecho a la desconexión. Según la autora, estos instrumentos representan un avance lento, pero claro en la protección de los derechos digitales en Ecuador. La autora finaliza preguntándose si nos encontramos ante un conjunto de derechos nuevos o solamente frente a nuevas dimensiones de derechos fundamentales clásicos, lo que llevaría a diferentes desarrollos de los derechos digitales en un futuro.

Por otro lado, la investigación doctoral de Jolurdimar José dos Santos, titulada “La influencia de las nuevas tecnologías y escenarios de comunicación en la

democracia y la política”, profundiza en el importante impacto de los medios digitales en los procesos políticos, utilizando como principal argumento el ascenso de Javier Milei a la presidencia en Argentina. Javier Milei, economista y personalidad de los medios, aprovechó eficazmente las plataformas de redes sociales como Twitter (ahora X) y TikTok para interactuar directamente con los votantes, especialmente con la población más joven. Su retórica antisistema y antiestatal resonó ampliamente, lo que le permitió construir una sólida presencia política fuera de los canales de medios tradicionales. La investigación destaca cómo la campaña de Milei ejemplificó el uso estratégico de nuevas tecnologías de comunicación, permitiendo un compromiso político personalizado e interactivo. Al aprovechar los macrodatos y la segmentación algorítmica, la campaña de Milei segmentó eficientemente al electorado, adaptando los mensajes a grupos de votantes específicos y mejorando así la participación y el apoyo.

El artículo explora la naturaleza dual de estos avances tecnológicos. Por un lado, democratizan el acceso a la información y mejoran la participación de los votantes; por otro lado, corren el riesgo de crear cámaras de resonancia y profundizar las divisiones ideológicas. Dos Santos enfatiza en que, si bien los medios digitales pueden fortalecer los procesos democráticos, también pueden socavarlos, dependiendo del uso que se les dé. La investigación subraya la necesidad de utilizar estas tecnologías cuidadosamente para preservar los valores democráticos.

Dos Santos enmarca el éxito de Milei dentro de la tendencia más amplia de la antipolítica, en la cual los candidatos se posicionan como forasteros que desafían el *statu quo*. Esta tendencia aprovecha la desilusión pública generalizada con las instituciones políticas tradicionales, promoviendo cambios radicales. El autor establece paralelismos con figuras como Donald Trump y Jair Bolsonaro, lo que ilustra cómo esta estrategia puede ser efectiva y potencialmente desestabilizadora.

La investigación de dos Santos concluye con un llamado a un enfoque equilibrado para integrar las nuevas tecnologías en la política. Si bien estas herramientas ofrecen importantes oportunidades para mejorar la

participación política, existe una necesidad crítica de mitigar su potencial para distorsionar el discurso público y los valores democráticos. Este estudio proporciona un marco crucial para comprender la compleja dinámica de los medios digitales en la política contemporánea, enfatizando la importancia de políticas reflexivas y desarrollo tecnológico para apoyar la integridad democrática.

Finalmente, el volumen lo completa una entrevista a Lorena Castellanos, “Inteligencia artificial y propiedad intelectual”, en la cual se explora los importantes desafíos y beneficios potenciales que la IA aporta al campo de la propiedad intelectual. Para Castellanos, la rápida integración de la IA en la sociedad plantea tres desafíos principales: garantizar una protección legal adecuada para las innovaciones impulsadas por la IA, adaptar las excepciones de propiedad intelectual para adaptarse al entorno digital y global de la IA, y apoyar un mercado dinámico para la explotación de los derechos de propiedad intelectual. Si bien la Unión Europea lidera la adaptación regulatoria, regiones como la Comunidad Andina, incluido Ecuador, están rezagadas. La mayoría de las autoridades mundiales en propiedad intelectual sostienen que los inventores deben ser humanos, basándose en la creencia de que sólo los humanos pueden imprimir atributos personales en las creaciones. A pesar de los debates, reconocer a la IA como inventora no tiene respaldo legal. En el lado positivo, la IA mejora la propiedad intelectual al mejorar la accesibilidad a contenidos protegidos por derechos de autor, impulsar la innovación en los sectores farmacéutico y agrícola, y crear nuevas oportunidades de mercado. Castellanos destaca el papel de la academia: éste es crucial en la actualización de los planes de estudio y el fomento del diálogo interdisciplinario para preparar a los profesionales del Derecho para el impacto de la IA en la propiedad intelectual. Equilibrar la protección de los titulares de derechos con los beneficios sociales es esencial a medida que la IA continúa remodelando el panorama de la propiedad intelectual.

Este *Dossier* analiza la compleja interacción entre el Derecho y la tecnología, y examina cómo nuestras sociedades y sistemas legales responden a los rápidos avances tecnológicos. Los artículos y la entrevista presentados examinan las oportunidades y los desafíos

que surgen en la vida pública, los derechos digitales, cómo las nuevas tecnologías afectan la política y cómo la inteligencia artificial afecta la propiedad intelectual. Es fundamental que nuestras instituciones adapten sus marcos legales y políticos a medida que avanza

la tecnología para equilibrar el avance tecnológico con la preservación de los valores democráticos. Este número tiene como objetivo fomentar la reflexión y el debate sobre las formas en que se puede crear una sociedad más justa y equitativa en la era digital.

¿LAS TECNOLOGÍAS COMUNICACIONALES DIGITALES SON INSTRUMENTOS DEL NEOCONSERVADURISMO?

El caso Milei en Argentina

ARE DIGITAL COMMUNICATION TECHNOLOGIES INSTRUMENTS OF NEOCONSERVATISM?

The Milei Case in Argentina

AS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO DIGITAL SÃO INSTRUMENTOS DO NEOCONSERVATISMO?

O caso Milei na Argentina

*Jolurdimar José dos Santos**

Recibido: 05/II/2024

Aceptado: 13/VI/2024

Resumen

En los últimos años se ha incrementado la influencia de las redes sociales y los nuevos escenarios comunicacionales en el campo de la política y en la vida de las democracias, por lo menos a nivel regional y en Occidente. Un caso paradigmático se ha cristalizado en Argentina con el acceso a la presidencia de Javier Milei, un *outsider* de la política que construyó su candidatura a partir de una fuerte presencia mediática y una campaña en redes, en el entorno digital, dirigida principalmente a la juventud y las nuevas generaciones. En este artículo se analizan los riesgos inherentes al sistema democrático, como el que encarna la presidencia de Milei, con una fuerte impronta antipolítica y antiestatal, focalizando la reflexión en su estrategia y en el proceso a través del cual accedió al ejercicio del poder.

Palabras clave: Campaña electoral; Nuevas tecnologías; Redes sociales; Escenarios comunicacionales; Antipolítica

Abstract

In recent years, the influence of social networks and new communication scenarios in the field of politics and in the life of democracies has been increasingly felt, at least at a regional level and in the West. A paradigmatic case has crystallized in Argentina with Javier Milei access to the presidency. Milei is a political outsider, who built his candidacy based on a strong media presence and a campaign in the digital environment, aimed mainly at youth

and the new generations. Here we analyze the inherent risks of the democratic system, such as the one embodied by Milei's presidency, with a strong anti-political and anti-state imprint. We focus on his strategy and the process through which he gained access to the exercise of power.

Keywords: Electoral campaign; New technologies; Social media; Communication scenarios; Antipolitics

Resumo

Nos últimos anos, a influência das redes sociais e dos novos cenários de comunicação tem sido cada vez mais sentida no domínio da política e na vida das democracias, pelo menos a nível regional e no Ocidente. Um caso paradigmático cristalizou-se na Argentina com a ascensão à presidência de Javier Milei, um *outsider* político, que construiu a sua candidatura com base numa forte presença mediática e numa campanha em redes, no ambiente digital, dirigida sobretudo aos jovens e às novas gerações. Analisamos aqui os riscos inerentes ao sistema democrático, como o que se consubstancia na presidência de Milei, com um forte cunho antipolítico e anti estatal. Nós centramos na sua estratégia e no processo através do qual ele teve acesso ao exercício do poder.

Palavras-chave: Campanha eleitoral; Novas tecnologias; Redes sociais; Cenários de comunicação; Antipolítica

* Es abogado en Brasil. Estudió Derecho en la Universidad Federal de Roraima y Administración de empresas en la Universidad Federal de Amazonas. Actualmente es doctorando en la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: jolurdimar@gmail.com

Cómo citar este artículo: Dos Santos, Jolurdimar José. 2024. "¿Las tecnologías comunicacionales digitales son instrumentos del neoconservadurismo? El caso Milei en Argentina". Revista de estudios jurídicos Cálamo, núm. 21: 10-22.

INTRODUCCIÓN

Las transformaciones tecnológicas suponen cambios al interior de los procesos humanos estructurados por relaciones de producción, experiencia y poder históricamente determinadas. El poder resulta de la capacidad de vinculación entre las personas que, basándose en la producción y la experiencia, es capaz de imponer (de forma material o simbólica) el deseo de algunos sujetos sobre los otros. De esta manera, las instituciones de la sociedad se han erigido para reforzar esas relaciones jerárquicas existentes en cada período histórico, incluidos los sistemas comunicacionales que de manera directa intervienen en los

contratos sociales logrados mediante una lógica de disputa de poder y sentido. Tomando en cuenta estas categorías conceptuales referidas a las tecnologías digitales de la comunicación vinculada a la política, es posible contextualizar el fenómeno electoral que suponen los movimientos y tendencias políticos de derecha en las sociedades contemporáneas. Propongo un ensayo interpretativo de los factores que explican la proliferación de ofertas electorales con este tipo de modelo que aprovechan los estilos narrativos digitales para interpelar a los ciudadanos disputando sentidos.

FOCALIZANDO EL PROBLEMA

Parto de la siguiente interrogante: ¿por qué ganan poder las representaciones políticas que abrevan en el conservadurismo económico, social y político? En este sentido, se acepta que las características del actual sistema digital de medios reproducen y representan los modelos sociales hegemónicos y su capacidad para legitimarse utilizando distintos recursos materiales y simbólicos.

El desarrollo de la argumentación parte de las interpretaciones sobre el modelo social que se configura desde finales del siglo pasado. En coincidencia con la presente fase del capitalismo, las sociedades posindustriales experimentaron una serie de transformaciones tecnológicas, económicas y socioculturales que explican el clima político del presente. También se analiza de qué manera la globalización y las tecnologías de la comunicación operaron sobre las subjetividades del ciudadano. El resultado de una aldea global digitalizada es que produce nuevas modalidades productivas, al mismo tiempo que reproduce condiciones de exclusión preexistentes.

Para complementar el análisis tomo como caso de estudio el triunfo electoral de Javier Milei en las elecciones de Argentina en 2023. El contexto para una nueva experiencia conservadora en la democracia argentina

es el de sociedades donde el sistema digital establece nuevas perspectivas para el concepto de comunidad. Es posible afirmar que la noción de comunidad se basa en ideales compartidos (ya sean éticos, morales o culturales) y también metas y aspiraciones compartidas entre las personas. Estos ideales crean un sentido de pertenencia y un propósito en común. Esto es así desde la perspectiva del humanismo. El italiano Pico Della Mirandola (2000) considera que la búsqueda del conocimiento (ocio contemplativo) es un medio para que los seres humanos realicen su potencial y se acerquen a lo divino. Esa es la verdadera razón de la filosofía; sin embargo, también advierte sobre la perjudicial tendencia a convertir esa actividad en una experiencia. Es posible especular que esta dicotomía encuentra su resonancia en las nuevas comunidades digitales donde el ocio contemplativo convive con el tráfico de información y conocimiento.

De acuerdo con Stefanoni (2021a), Milei logró articular local y globalmente el libertarismo y la derecha, con una estrategia discursiva y comunicacional propia de la época. Por eso se constituyó en un referente de los *centennials* (nacidos en el siglo XXI), cuyo escepticismo por la actividad política los hace susceptibles a la antipolítica, negadora de derechos y también reconocida como antiprogresista. Todo esto aunque

se presenta como un adversario de las fundaciones liberales tradicionales; e incluso no ha dudado en calificar a sus representantes como fracasados o dinosaurios. Paradójicamente, su decisión de intervenir en la política se sustentó en “dinamitar el sistema desde adentro” (Stefanoni 2021b, 1). Sin embargo, cuando se posicionó como el principal candidato para poder vencer al gobernante partido peronista, estableció una alianza con el expresidente Macri que lo catapultó al poder tras doblegar en balotaje a Sergio Massa.

En cierto modo, el discurso que acompaña el crecimiento de las derechas evidencia una implícita continuidad en la búsqueda de ideales comunes, como la innovación, el progreso y la libertad de expresión. Para Beraldi, no es casual que muchos de los empresarios innovadores de los ochenta y noventa se hayan formado en los setenta en los movimientos antiautoritarios, anarquistas y autónomos. Según el autor, ello no supone una traición a los valores revolucionarios, ni una muestra de superioridad intelectual de quienes han sabido transferir la vanguardia política al terreno de las profesiones innovadoras. Es en todo caso “una convergencia de intereses entre autonomía social y desarrollo del capital” (Beraldi 2003, 55)

En este sentido, diversas corrientes filosóficas vinculadas a lo tecnológico, como el tecno-libertarismo, dan sustento a estos discursos (Sforzin 2023). Claramente, desde esta mirada, y a diferencia de lo que ocurría en el humanismo más característico del siglo XX, está latente la creencia en la capacidad de la tecnología para dar forma al futuro y para poder buscar soluciones a todo tipo de problemas sociales o culturales a través de dispositivos o aplicaciones tecnológicas (Morozov 2016). De algún modo, lo irreductible de la experiencia humana social se condensa en la posibilidad de ser traducido en una simplificación técnica que no representa a la complejidad humana. Podríamos, de alguna manera, vincular lo planteado por Morozov con la ideología felicista que explica Berardi (2003). En ella, la promesa de felicidad ofrecida a los trabajadores del conocimiento en el último ciclo de crecimiento económico ha sido socavada por estrategias de poder mundial que han llevado a sucesivas crisis de la relativamente joven economía digital.

De acuerdo con Melamud (2016), en los procesos políticos que se dieron en la segunda década del siglo XXI en América Latina, es posible observar una combinación variable de desafección, polarización y fragmentación. Para el caso de Argentina se observa claramente una polarización entre el peronismo y la alianza Cambiemos.

También existe cierta desafección, pues en las últimas elecciones de medio término se dio un crecimiento exponencial de La Libertad Avanza, el partido político liderado por Milei. No obstante, la participación de la población bajó a un 71,7% (lo cual es bajo considerando la obligatoriedad del voto) y no se produjo fragmentación.

Según Stefanoni (2021), de estas cifras se puede colegir cierto malestar de la sociedad con los políticos y los partidos tradicionales (fenómeno que no es particular de Argentina, sino de toda América Latina, y hasta de las democracias más desarrolladas). En efecto, el discurso “anticasta” de Milei tuvo un notable éxito en la campaña de las mencionadas elecciones, focalizando su estrategia en las generaciones de *millennials* y *centennials*. Con el 17% de los votos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los autodenominados libertarios no ocultaron su simpatía por Trump, Bolsonaro y Vox en España, en una adhesión a los fuertes movimientos populistas de derecha que surgieron durante la pandemia de Covid-19.

Otro rasgo relevante, más allá de lo amenazador que pueda resultar para la “casta política”, es que la votación a favor de Milei fue bastante homogénea en todos los barrios de la ciudad. Ello significa que sus adherentes no sólo pertenecen a los sectores privilegiados, arraigados en el liberalismo más tradicional, cultivado por la oligarquía nacional, sino que atrae a sectores desfavorecidos y a descontentos con el ámbito de la política.

A continuación, focalizo el problema en la incidencia de las nuevas tecnologías en la ocurrencia del fenómeno descrito, considerando que se articula un mensaje con un estilo propio, criterios de actuación definidos y medios especialmente elegidos.

BIOPOLÍTICA EN LAS SOCIEDADES DIGITALES

Foucault describe a las “sociedades de seguridad” indicando el juego entre seguridades y peligros como clave fundamental para el funcionamiento de tecnologías específicas (2006, 20). Así, la biopolítica es la administración de técnicas y herramientas que se ocupan de la gestión de la población humana. Éstas tienen la característica de siempre obedecer a una estrategia inscrita en una relación de poder y como resultado de su vínculo con el saber. Paradójicamente, la estrategia puesta en los actuales dispositivos de control, lejos de construir a sujetos a demanda de los poderes de turno, generan lo que Agamben (2011) considera “procesos de *desubjetivación*”. De esta manera, los medios y las redes son formadores de dóciles consumidores de cada uno de esos mecanismos de control y vigilancia, como los *smartphones*, que lejos de otorgar alguna satisfacción o un aporte a su identidad, adquieren un número por medio del cual podrán, eventualmente, ser controlados. En consecuencia, surgen el eclipse de la política que suponen los sujetos y las identidades reales (sindicatos, clases sociales, etc.) y el triunfo de la economía; es decir, de una pura actividad de gobierno que no persigue otra cosa que su propia reproducción. Además, la alternancia en el poder de gobiernos más o menos conservadores, de izquierda o derecha, tienen escasa relación con el contexto político; se los percibe como dos dimensiones de la misma máquina de poder.

En la era posdisciplinar, es el liberalismo económico el que hegemoniza los modelos sociales de Occidente. Se puede decir que el gran gurú del movimiento a favor del capitalismo de libre mercado, Milton Friedman, fue el responsable de crear la hoja de ruta de la economía global hipermóvil en la que vivimos en la actualidad. Como lo señala Klein (2008), durante más de tres décadas, Friedman y sus poderosos seguidores perfeccionaron una estrategia de esperar a que se produjera una crisis de primer orden o estado de *shock*, para luego privatizar los pedazos de la red estatal que pasaron entonces a manos de los agentes privados, mientras los ciudadanos aún no se recuperaban del trauma, para rápidamente lograr que las “reformas” fueran permanentes. Lo que caracteriza a la pragmática política neoliberal es el aprovechamiento de una crisis (real

o percibida) para dar lugar a un cambio verdadero. Cuando esa crisis tiene lugar, las acciones que se llevan a cabo dependen de las ideas que flotan en el ambiente, que son aprovechadas para implementar medidas políticas que de otra manera sería imposible aplicar.

Klein realiza una investigación de lo que denomina la Doctrina del *Shock*, que tiene sus primeros antecedentes latinoamericanos en la forma en que se implementaron las políticas neoliberales en Chile, en la época de Pinochet. De maneras más o menos similares, durante años se fueron liberalizando los mercados en todo el mundo, favoreciendo a las grandes multinacionales e imponiéndose a menudo contra la voluntad de los países desfavorecidos, bajo amenaza de negarles préstamos del Fondo Monetario Internacional si se oponían a ellas. Si bien las tres medidas habituales de esa liberalización (privatización, desregulación gubernamental y recortes sociales) eran en general impopulares, mediante el establecimiento de acuerdos (o complicidad, según se lo mire) con el *establishment* local y todo un dispositivo discursivo, se sostenía el pretexto del consentimiento mutuo entre gobiernos y funcionarios de los organismos internacionales considerados “expertos”. Para la autora, treinta años después de fundada dicha Doctrina, el siglo XXI comienza con la misma fórmula, pero aplicada en formas cada vez más virulentas y coercitivas.

El capital tiene intereses y necesita del otro para subsistir. Se trata entonces del poder, no como atributo, sino como relación. En esa dinámica radica el desequilibrio del poder mismo. Para poder atraer al “otro”, el capital necesita moldear mentes y producir un significado tal que le permita dominar en un determinado tiempo y espacio. Partiendo de esta base, es necesario aclarar que las sociedades modernas están viviendo una etapa de crisis de legitimidad política, lo que repercute directamente en una crisis del propio sistema democrático. En términos de Touraine, “el poder político parece no dar respuestas a las necesidades de la gente, no persigue el cambio sino la conservación, y como reacción la población se desentiende de la política” (2005, 274). Así es como funciona, cual

círculo vicioso, el desentendimiento, la apatía o simple despolitización ciudadana, lo que genera un terreno fértil para discursos que aprovechan ese alejamiento de persuasión racional. Pueden producir significados dominantes aún en sectores a los que efectivamente no reivindica. No se trata sólo de partidos que ya no representen grandes clases sociales relativamente homogéneas, sino que aparecen proyectos políticos y discursos que portan prejuicios y apelan a elecciones emocionales más que racionales.

De esta manera, lo público se daña y se erige como un valor negativo, y la política queda relegada a un sector. Como consecuencia del escaso interés en participar

activamente de la cuestión política, las posibilidades y potencialidades de respuestas se limitan, afectando la calidad democrática de los procesos sociales. Por lo tanto, si el Estado está ausente, otro actor impondrá sus valores.

Por otro lado, como lo plantea Fisher (2016), en el actual contexto o relación de poder entre gobierno y ciudadanos, estos últimos estarían menos involucrados o, en todo caso, tendrían menor capacidad para moldear una forma específica de subjetivación. Sin desconocer un origen disruptivo, la comunidad fue reforzando los mismos valores de competitividad y acumulación de capital que el realismo capitalista promueve.

SISTEMA COMUNICATIVO Y DISCURSO POLÍTICO

Fue Marshall McLuhan, con su concepto de “aldea global”, quien predijo la creación de una comunidad mundial interconectada a través de las tecnologías de la información y la comunicación. En el contexto posthumano, esta visión se realiza plenamente: la interactividad y la instantaneidad se convierten en atributos de las comunidades digitales. Para este visionario, el ambiente es producto de las mismas tecnologías que se suceden vertiginosamente. Así, “[l]as técnicas comienzan a desempeñar la función de arte al hacernos conscientes de las consecuencias psíquicas y sociales de la tecnología (McLuhan 1982,15).

Luhmann (1996) también analizó la formación de la opinión pública, estudiando la estrecha relación entre el sistema político y el comunicacional en las sociedades modernas. En su abordaje, reformula el concepto liberal de opinión pública, postulando que los medios masivos de comunicación son cruciales para el equilibrio y el desarrollo del sistema social, toda vez que tienen una amplia capacidad para formar opinión pública o sentido común, orientando la atención de los ciudadanos hacia una agenda que se supone demanda la atención y el debate de la ciudadanía (Saperas 1987).

Ante un modelo comunicacional global que tiende a una única y unilateral dirección que promueve el “sueño americano”, sostenido por ingentes dispositivos y

aparatos publicitarios, como las plataformas de *streaming*, han surgido algunos movimientos de resistencia que proponen un sistema libre de manipulaciones, más objetivo y acorde a la realidad de cada país. Un antecedente de esta situación de inequidad informativa lo constituyó la conformación en 1980 de una comisión en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, para analizar la imparcialidad en el manejo y control de la información y los medios. Esta comisión publicó el informe *McBride*, que advertía la necesidad de alcanzar un mayor equilibrio en el flujo de información de las agencias y en la industria audiovisual —a lo que hoy cabría añadir todo el ecosistema de redes sociales e Internet—, incentivaba una relación más equitativa entre el Norte y el Sur, en una crítica a los sistemas de comunicación verticales, y recomendaba propender a una mayor participación y desarrollo de las democracias y las industrias culturales (Hidalgo Toledo 2010).

En la esfera comunicacional, la noción de un mercado global sólo puede concebirse sobre la base de la existencia de un único mercado de imágenes, sonidos y noticias. Esta es la visión operativa de los grupos y cadenas dominantes que, a la par de agencias publicitarias y de relaciones públicas, imponen una visión hegemónica de los acontecimientos del mundo, estableciendo e integrando lógicas globales y

panregionales. Las disputas por la concentración y las fusiones de medios van de la mano con las políticas de desregulación de los circuitos comunicacionales. Las grandes cadenas latinoamericanas han adoptado estrategias similares a las estadounidenses y europeas (Mattelart 2002); y este escenario se ha mantenido a grandes rasgos hasta el presente.

Hardt y Negri (1998) describen la distribución del poder en la era de la globalización en forma piramidal. En la cúspide del poder global se encuentra el actual imperio militar hegemónico: Estados Unidos. Este país, junto a un grupo selecto de Estados industrializados (G7), controla los instrumentos monetarios globales y la capacidad para regular los intercambios. En esa pirámide, le siguen, como figuras de poder, los organismos multilaterales de gobernanza (FMI, Banco Mundial, etc.) y, luego, las grandes corporaciones capitalistas multinacionales (CMN), incluso antes que las representaciones sociopolíticas de los Estados-Nación y de las organizaciones no gubernamentales que son la base de dicha pirámide. En el caso de las CMN, quienes concentran mayor poder son los grupos que dominan tres grandes sectores globales de la economía: el energético, el financiero y el comunicacional. Este último es un gran productor de significados: construye cotidianamente una cultura global que mercantiliza contenidos “customizados” en su máxima expresión. Pero todo esto tiene un alto riesgo reduccionista, en el que los algoritmos en los que se basan funcionan sólo dentro de un área de recomendación, generando el filtro burbuja, uniformando el gusto hacia recomendaciones que están dentro de esos propios circuitos. Previsiblemente, son aquellas que la misma industria cultural (hegemónica) planifica estratégicamente ubicar (Pariser 2017).

Pariser diferencia entre la concentración de poder y la legitimidad de este poder. La primera supone una

capacidad material para la toma de decisiones, en tanto que la legitimidad se logra con el consenso social y no con el conflicto. El problema que advierte Álvarez Terán es que rara vez coinciden los intereses sectoriales. En consecuencia, los ciudadanos comienzan a cuestionar la legitimidad de los gobiernos que ponen en práctica políticas contrarias a la voluntad popular y a favor de los intereses del capital global (los famosos dictados del mercado). Ello produce un alejamiento y un desencanto de la gente hacia la política. La pérdida de confianza muchas veces se potencia con el fenómeno mundialmente generalizado de corrupción; lo que ubica a los políticos en un rol de “gerentes de voluntades sectoriales del poder económico, o intérpretes del poder mediático, en lugar de representantes del interés general” (Álvarez Terán 2013, 57).

En este fenómeno juega un papel fundamental el manejo de la información en campaña y la gestión de la política. La capacidad de manejar recursos comunicacionales tradicionales y no tradicionales para llegar (y persuadir) a un mayor número de ciudadanos con el proyecto que se presenta es lo que se viene describiendo como disputa de sentidos. A veces se materializa en disputas de modelos claramente contrastados, donde sus posiciones ideológicas (de derecha, centro o izquierda) son asumidas y explicitadas. Pero, en muchas ocasiones, se pone en juego con un estilo de personalización de la política. Aprovechando el estilo sociocultural *farandularizado* que los medios de comunicación masiva instalan, se corre la agenda de debates hacia temas individuales y personales. Se dota así al mensaje de un carácter superficial gracias al estilo del medio que se utiliza para emitirlo. En este contexto, la personalización y la *farandularización* de la campaña han convenido claramente a Milei, quien devino de personaje mediático a candidato “rupturista”, ufanándose en sus primeras apariciones televisivas de que era un *rockstar*.

CAMPAÑAS ELECTORALES EN EL ACTUAL PARADIGMA COMUNICACIONAL

En el paradigma mediático que predomina en la era de la globalización, donde los actores políticos y

gubernamentales manejan su agenda de acuerdo con la imagen o aceptación que tienen en la sociedad, sus

discursos se canalizan prioritariamente en las redes sociales X y *YouTube*, debiendo desarrollar una visión estratégica apropiada al contexto histórico en el que cada campaña electoral transcurre. Esta visión no puede soslayar la importancia de los aspectos sustanciales, ideológicos e históricos de los procesos políticos. Para ello, tienen a su disposición herramientas publicitarias y de comunicación, cuyo propósito es, precisamente, fortalecer sus ideas y propuestas políticas presentándolas al electorado de un modo atractivo, como lo hizo Milei en *TikTok*, dirigiéndose en particular al público juvenil.

Comprender o contextualizar los modelos comunicacionales que en la actualidad se utilizan en la política supone revisar la evolución de la comunicación en política. Esto comprende desde la buena oratoria y retórica característica de la *polis* griega hasta las nuevas técnicas y tecnologías implementadas en las redes sociales. Diversas teorías de la comunicación política se han desarrollado con el propósito de persuadir, motivar e informar a la población, basadas en una comunicación unidireccional, asumiendo que los mensajes y estímulos arriban a través de los medios sin obstáculos. Entre las teorías desarrolladas hay una que se conoce como la Aguja Hipodérmica, postulada por Harold Lasswell, que se basa en un mecanismo de estímulo y respuesta (Martínez Pandiani 2004). Este autor propuso que la información se inyecta a las audiencias produciendo reacciones acordes a las intenciones de quien envía el mensaje, contemplando una audiencia pasiva fácilmente influenciada por un agente activo

con objetivos claros. Actualmente, dado el carácter multifragmentado e hipersegmentado del sistema de medios, la comunicación ha pasado a ser bidireccional, adquiriendo mayor relevancia el *feedback*, la respuesta a los mensajes enviados.

Además, con la velocidad de las acciones presentes, y con medios más rápidos de movilidad, la tecnología le otorga a la comunicación una categoría de “liberada”. Es decir, según Bauman (2001, 16), que se trata de una herramienta de poder y dominación. La información se encuentra, entonces, liberada del espacio físico y territorial: ahora es móvil y fluida, atraviesa sin problemas pantallas de alta definición en infinidad de artefactos. Así, el control de la información resulta fundamental para la consolidación de las estructuras de dominación, y no sólo en el ámbito económico-financiero, sino también en la dimensión geopolítica (Moraes 2010, 46).

El *marketing* político se desarrolla estrechamente vinculado a los sistemas electorales y a la modalidad de gestión del sistema de medios públicos propio de cada país. No se reduce a la simple imitación del *marketing* tradicional. Lo que originalmente era un modelo americanizado, es ahora un modelo global para muy disímiles estrategias y situaciones electorales. No se trata de acortar solamente territorios físicos, sino de buscar el método más eficiente para llegar a los públicos meta con un mensaje que además debe influir en valores (creencias), actitudes y comportamientos. Es decir que requiere de un trabajo de persuasión (Aira Foix 2009).

TECNOLOGÍAS ALGORÍTMICAS Y *BIG DATA*

La tecnología es fundamental para la sociedad actual. Nos brinda salud e información y es determinante para el desarrollo de la ciencia y la comunicación. Nos reunimos alrededor de la tecnología y es central en la economía. No obstante, puede acarrear varios problemas, como las exorbitantes ganancias de los dueños de las empresas *tech*, el impacto de las redes sociales en la salud mental, la adicción a los dispositivos electrónicos, la difusión masiva de noticias falsas, el mercado negro, el *grooming*, el *cyberbullying*, el

photoshoopeo irreal, los cuerpos irreales, el *hackeo*, el sedentarismo, la vigilancia, el *hating*, las conspiraciones que se expanden como epidemias, la exposición de los datos personales, las estafas, entre otras. Todas estos problemas son graves y deberían ser atendidos y estudiados.

La socialidad es tecnológicamente dominante, no sólo en referencia al espacio *online*, sino también “al hecho de que las estructuras codificadas alteran

profundamente la naturaleza de las conexiones, creaciones e interacciones humanas” (Van Dijk 2016, 24). Y no hay que olvidar que la organización del intercambio social está ligada a principios económicos neoliberales. Ello supone una conectividad que funciona como resultado de una presión constante —tanto por parte de los pares como de la tecnología— por expandirse a través de la competencia y conquistar mayor poder. Para esto resultan necesarias alianzas estratégicas como las que hacen las grandes compañías que funcionan como dispositivos comunicacionales y que están en distintos nichos: son plataforma de difusión o canal, a la vez que productoras de contenidos para esos canales. Mediar y producir les ofrece la oportunidad de recopilar información (datos) de los usuarios y en esa codificación de datos muchas veces vienen incorporados (en ocasiones por razones legales) los metadatos, que les permiten un mayor control del *copyright*. Pero también genera debates en torno a los derechos de los consumidores y los límites a los propietarios.

Por lo tanto, el poder de las plataformas no se limita a su capacidad de recolectar metadatos, sino que también se encuentra en su capacidad de incluir algoritmos para el procesamiento de datos.

Las confrontaciones neoliberales con las ideologías socialdemócratas se planteaban en torno a cuestiones de libertad individual y de responsabilidad corporativa contra responsabilidad de las comunidades y los Estados. El pedido de los propietarios de plataformas de mayor transparencia y apertura, un tráfico *online* de máximo intercambio libre de fricciones, está vinculado a la agenda política neoliberal que apunta a la reducción del sector público. (Van Dijk 2016, 24)

Aunque cada plataforma/red social es distinta de las demás, todas funcionan a partir de principios ideológicos compatibles y complementarios, aunque sutiles y complejos a la hora de reconocer los principios que albergan. Otro elemento importante que utilizan las plataformas en esta “arquitectura de codificación”, es el uso de protocolos. Se trata de descripciones formales de formatos de mensajes digitales, complementadas por reglas que guían la circulación de estos mensajes. No siempre son visibles para el usuario, pero pueden

incluso generar resistencia protocológica por parte del mismo. Al decir de Van Dijk, “[l]as interfaces, tanto internas como visibles, son un área de control donde el sentido de la información codificada se traduce en directivas que imponen acciones específicas a los usuarios” (2016, 35); porque los contenidos, así sean artístico-musicales, no están exentos de condicionamientos hacia contenidos (discriminatorios, violentos, etc.) y también a contenidos cuestionados desde distintos lugares (desde la cultura de la cancelación, la autocensura o incluso la invisibilización o censura de medios alternativos).

En el caso de las plataformas, las interfaces a menudo se caracterizan por sus configuraciones por *default*; es decir, automáticamente asignadas a un *software* para canalizar el comportamiento del usuario de determinada manera. No se trata sólo de maniobras técnicas, sino también ideológicas. Usualmente, cambiar la configuración por *default* demanda cierto esfuerzo, por lo que es probable que los usuarios se conformen con la arquitectura predeterminada por el sitio. Son importantes los *defaults* porque a menudo son aquello que está literalmente en juego en las batallas por los sentidos sociales, sobre todo en las disputas legales en torno a la privacidad o en las disputas con los usuarios acerca del control de información (Van Dijk 2016).

La desinformación y el aislamiento informativo son síntomas presentes en la sociedad actual, a contramano de lo que se hubiera pensado cuando se presentaba a Internet como una herramienta democratizadora. Al contrario, la comunicación algorítmica por su característica de personalizar el acceso a la información, tiende a aislar a los ciudadanos. La cuestión es si esto lleva a polarizar y radicalizar las posturas de los sujetos. En un mundo en donde el consumo de contenidos periodísticos tradicionales clásicos decae y donde las personas pasan cada vez más tiempo conectadas a redes sociales (y en una Argentina que se presenta polarizada y en crisis), creemos conveniente estudiar este fenómeno. Nuestro fin último en el trabajo no es descubrir la orientación de Milei, ni hacer un análisis exhaustivo sobre la cobertura mediática de la campaña por la cual llegó a la presidencia, sino poder analizar las condiciones materiales del acceso a la información, entender qué tan endeblen son nuestros posicionamientos cuando son

fundamentados con información hallada en Internet al ser contenido “burbujeado” (Pariser 2017).

En el consumo de medios de comunicación se da un efecto popularmente conocido como “cámara de eco”, en el que la información funciona en un sistema cerrado de reconfirmación de creencias existentes y no como la apertura a nuevas perspectivas y al diálogo con el otro. Las ideas y posturas se ven amplificadas por la repetición y la falta de visiones alternativas, las cuales se encuentran maximizadas. Con las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, la cuestión no es muy diferente. De hecho, el fenómeno se ve acrecentado por la enorme cantidad de canales disponibles para informarse, que lejos de abrir el panorama informativo, funcionan como nichos supersegmentados a los cuales acceder. La interacción con las plataformas digitales deja un rastro de comportamiento que refuerza ciertas tendencias: la red envía publicaciones a sus usuarios que suponen que les van a interesar con base en su historial. Con el tiempo, lo único que sucede es la reafirmación de creencias y el sesgo en el acceso a la información. Este efecto, al que Pariser llama “burbuja de filtro” (2011), está condicionado por el diseño algorítmico de las plataformas. El concepto se refiere al aislamiento informativo donde estarían atrapados los usuarios como consecuencia de dichas configuraciones.

Esta estructura es flexible, aunque sumamente taxativa, ya que nos define en un cierto grupo por gustos y preferencias, y se formaría por distintos rastros que vamos dejando en nuestro uso de Internet: *cookies*, historiales de búsqueda, nuestra localización geográfica, entre otros datos que van moldeando nuestra experiencia digital. La *big data* y las burbujas de filtro delinean el estado actual de Internet. Si alguna vez la *web* fue un conjunto de sitios donde acceder a información específica, hoy esa información muta constantemente, se reconfigura y crece de modo casi rizomático, desorganizado, desdibujando los límites entre las identidades virtuales y los seres humanos de carne y hueso (Lash 2005).

Un caso emblemático de uso de *big data* con fines políticos es el de la consultora *Cambridge Analytica*, artífice de la campaña presidencial de Donald Trump en

Estados Unidos, y de Mauricio Macri en Argentina, en 2015. El modelo de acción de la consultora se basaba en hacer una psicografía de la población: conocer cuáles son sus motivaciones y sus miedos. Para explotar esta información, *Cambridge Analytica* creó un algoritmo que puntúa al usuario según cinco rasgos fundamentales: apertura al cambio, escrupulosidad, extraversión, amabilidad y estabilidad emocional. Reunidos estos valores, se clasifica a las personas en tipos de personalidad que pueden ser tan disímiles como “protector”, “ejecutivo” o “aventurero”. La clasificación de personalidad, con una base de datos tan extensa y personal, pinta a la sociedad en su composición y sus predisposiciones. Sin embargo, más allá de cualquier *insight* sociológico, el verdadero poder de esta tecnología recae en lo que se conoce como “microsegmentación”.

Al diferenciar varios tipos de personalidad tan precisos, se puede ejecutar una campaña de comunicación especialmente dirigida a un grupo en particular. Al reunir a miles de usuarios, quizás lejos social y geográficamente, pero cercanos en personalidad, se puede probar algún mensaje que los interpele en sus más profundas convicciones. Esto nos da una pista de cómo la *big data* puede influir en nuestras posturas, cómo puede inmiscuirse en nuestras conversaciones y separarnos de nuestros interlocutores: los argumentos no se basan más en perspectivas de un mismo anuncio, de observar el mismo acontecimiento y discutir sobre visiones. La experiencia digital es tan diversa como usuarios la componen, el camino que atraviesa cada persona en el cual se va topando con información que puede o no influir en sus posturas es único. Y en el plano virtual, basado en su estrategia en redes sociales, Milei cimentó su triunfo.

Otra estrategia digital, menos elegante y sofisticada, que busca influir en los temas de agenda, es acrecentar artificialmente la magnitud de ciertas posturas haciéndolas parecer más representativas de lo que realmente son; por ejemplo, los *trolls*, perfiles falsos que son utilizados para inundar las redes sociales repitiendo un mensaje similar y así inflar métricas, crear tendencias, traer algún tema de debate al espacio público digital o acrecentar seguidores de algún perfil específico. Si bien son difíciles de rastrear y pueden hallarse en distintas fuerzas políticas, la campaña de Milei también se sustentó en ellos.

Cada acción que realizamos en la *web* queda registrada. El punto no es si las grandes corporaciones conspiran para espiarnos y así saber nuestros secretos, sino cómo pueden reconocer patrones de comportamiento entre millones de personas que les permiten encontrar preferencias políticas, tipos de personalidad, motivaciones y causas de rechazo. Esta información es muy rica y veraz, es el reflejo del comportamiento real de los usuarios con el aparato con el cual hacen y ven todo; y, quizás lo más importante, es explotable con fines comerciales o sociales. Este fenómeno es lo que conocemos como *big data* (Dans 2011), es decir, el análisis de este reservorio inmenso de datos con los que se pueden construir modelos para predecir atributos ocultos, o construir candidatos, con técnicas que el usuario desconoce y, aunque las conociera, no tendría control sobre ellas.

La difusión masiva de la información, las redes sociales omnipresentes en el escenario comunicacional, y

el uso profundo y exhaustivo que hacen de Internet todos los ámbitos profesionales y sociales, han dado lugar a la “era de la información”; las comunicaciones viajan en un instante a cualquier rincón del globo. Jameson (1991) caracterizó a la posmodernidad como el periodo en el que la cultura cede frente a las necesidades cambiantes del mercado. En un sentido similar, Bauman (2001) dota a la modernidad de una cualidad líquida que se encuentra en constante adaptación y movilidad. Estas visiones contemporáneas de la sociedad nos permiten entender a la *big data* como un componente esencial de nuestros tiempos.

Definitivamente, cuenta con la calidad de masa líquida y adaptable, difícil de dominar, con una influencia gigante, generalmente escondida, ya que es ella misma la que hace funcionar mucho de lo que hacemos en la red. Y es esta masa informe la que en buena medida ha posicionado a Milei en la presidencia de Argentina.

CONCLUSIONES

En la actualidad, hay una fuerte fragmentación de los ciudadanos-electores. La segmentación de los mensajes constituye uno de los elementos claves del *marketing* y de las campañas modernas, especialmente de las campañas en el medio digital, factor clave en el acceso de Milei a la presidencia. La identificación de microtendencias y la elaboración de sofisticadas bases de datos sobre las poblaciones objetivo, a la manera del *marketing* multinivel, permiten a los equipos de comunicación desplegar un complejo mapa sobre el que se desarrolla el mensaje y la estrategia previamente definida. De esta forma, la comunicación política adquiere un fuerte influjo tecnológico que, independientemente de ser o no una herramienta central, produce cambios sustantivos en las prácticas de la política (Mieres 2012, 46).

Otro concepto que explica la comunicación de los procesos electorales de la actualidad se relaciona con la personalización de la política, donde todo es más emocional que racional, y donde el voto se decide por esta lógica; este es otro factor clave que contribuyó al

triunfo de Milei. Este fenómeno es complejo, pero, en líneas generales y en este caso, implica una magnificación de lo personal y privado de la representación política. Este es un signo de época que atraviesa toda la actividad política y que tiene antecedentes específicos en la Argentina, tanto en la presidencia de Alfonsín como en la de Menem (D’Alessandro 2007, 84). En este sentido, el triunfo de un *outsider* de la política como Javier Milei no es una novedad. Se trata de un candidato construido desde la lógica mediática que caracterizan la cultura y las comunicaciones de la sociedad en red (Álvarez Terán 2013).

Para quienes analizan estos fenómenos se trata más bien de una corroboración del cambio de paradigma en el que los medios masivos de comunicación y su lógica de la imagen se constituyen en verdaderos dispositivos de “producción de sentidos” (Verón 2001). En el caso de Milei, fueron sus plataformas de *TikTok* y *X*—impulsadas a la vez por su estrecha relación con Elon Musk, actual dueño de la compañía— las que lo condujeron a la primera magistratura

En el paradigma del *big data* se nota el énfasis que se hace desde la estrategia comunicacional a la segmentación de los públicos objetivos. Cuando se habla de “votantes perdidos” se está refiriendo a ese núcleo duro opositor que Verón (1987) llamó el contradestinatario. Donde hace foco la comunicación de campaña es en los indecisos, esos que definen las elecciones dependiendo para dónde se vuelquen y que son susceptibles de sentirse interpelados —o “infectados”— por el mensaje; más aún en el caso de los balotajes, donde se abrega de todos los sectores sociales. Ese grupo compone al paradestinatario, en palabras de Verón,

que fue objetivo de todas las tácticas de persuasión posibles por parte del equipo de campaña de Milei, incluso para defenderse de la “guerra sucia” de la que denunció ser víctima, encabezada por su entonces contendiente, y ahora Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich. Esta hipervelocidad con la que se pasó de la victimización a la contratación, no sólo habla de la endeblez de las típicas “promesas de campaña”, sino que refleja la volatilidad del escenario político argentino, además de ser parte fundamental de la explicación que merece el acceso de Javier Milei a la presidencia argentina.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio. 2020. *La Epidemia como política*. Buenos Aires: Artillería Inmanente.
- Aira, Toni. 2009. *Los spin doctors. Cómo mueven los hilos los asesores de los líderes políticos*. Barcelona: UOC.
- Álvarez, Claudio. 2013. "Comunicación y transformaciones socioculturales Siglo XXI." Cuadernillo de Trabajos Prácticos Escuela Latinoamérica. Acceso el 23 de junio de 2024. <http://alvarezteran.com.ar/wp-content/uploads/downloads/2016/03/CS-Cuadernillo-TP-2016.pdf>
- Aranda, Itati; Neil, María de los Ángeles y María Victoria Santín. 2022. "Un avance voraz: el veloz posicionamiento de Javier Milei". Política y comunicación, núm.1. Acceso el 19 de mayo de 2024. <https://www.perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/politicaycomunicacion/article/view/7603>
- Bauman, Zygmunt. 2001. *La sociedad individualizada*. Buenos Aires: Cátedra.
- Berardi, Franco. 2003. *La fábrica de la infelicidad*. Madrid: Traficante de sueños.
- Castells, Manuel. 2010. *Comunicación y Poder*. Barcelona: Alianza.
- D'Alessandro, Martín. 2007. "¿Qué es la personalización de la política? Algunos hallazgos en los medios gráficos 1983-1995". Revista Argentina de Ciencia Política, Nº7/8: 73-94.
- Dans, Enrique. 2011. "Big data: una pequeña introducción". Blog de Enrique Dans. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://www.enriquedans.com/2011/10/big-data-una-pequena-introduccion.html>
- Fernández, Claudio. 2023. "¡Viva la antipolítica, carajo!". Universidad de San Martín. <https://ri.unsam.edu.ar/handle/123456789/2439>
- Fisher, Mark. 2016. *Realismo capitalista*. Buenos Aires: Caja Negra.
- Foucault, Michel. 2006. *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Han, Byung-Chul. 2014. *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Madrid: Herder Editorial.
- Hardt, Michael y Antonio Negri. 1998. *Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Hidalgo Jorge. 2010. "La comunicación expansiva: Mundialización del uso y consumo de la comunicación". Blog Innovación y conocimiento. Acceso el 19 de junio de 2024. <https://juandomingofarnos.wordpress.com/2010/05/09/la-comunicacion-expansiva-mundializacion-del-uso-y-consumo-de-la-comunicacion>.
- Lash, Scott. 2005. *Crítica de la información*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Laso, Leonardo. 2022. *La comunicación al poder. Manual para rescatar la democracia*. Madrid: Morata.
- Luhmann, Marshall. 1988. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos.
- Maarek, Philippe. 2009. *Marketing político y Comunicación: claves para una buena información política*. Barcelona: Paidós.
- Mallamacci, Marco. 2024. *Poder y dinero en la era del bitcoin: una historia de la moneda digital*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Marotte, J.P. 2014. "El campo semántico de la desafección política". *Revista de Ciencia Política*, núm. 21. Acceso el 19 de junio de 2024. <https://www.rev-cienciapolitica.com.ar/num21art1.php>
- Martínez Pandiani, Gustavo. 2004. *Marketing político. Campañas, Medios y Estrategias Electorales*. Bogotá: Printer colombiana.
- Mattelart, Armand. 2002. *Historia de la sociedad de la información*. Barcelona: Paidós.
- McLuhan, Marshall. 1982. *La comprensión de los medios como extensiones del hombre* (3ª Ed.). México: Diana editorial.
- Malamud, A. 2016. "El malentendido latinoamericano". *Nueva Sociedad*, núm. 266. Acceso el 19 de junio de 2024. <https://nuso.org/articulo/el-malentendido-latinoamericano/>.
- Mieres, Pablo. 2013. "Tendencias en la comunicación política y las campañas electorales en América Latina". *Más poder local*, núm. 14: 42-50. Acceso el 23 de junio de 2004. <https://www.maspoderlocal.com/index.php/mpl/issue/view/42>
- Moraes, Denis, comp. 2010. *Mutaciones de lo visible. Comunicación y procesos culturales en la era digital*. Buenos Aires: Paidós.
- Morozov, Evgeny. 2016. *La locura del solucionismo tecnológico*. Buenos Aires: Katz, editores.
- Mouffe, Chantal. 2014. *Agonística. Pensar el mundo políticamente*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Pariser, Eli. 2017. *El filtro burbuja*. Madrid: Penguin Random House.
- Pico Della Mirándola, Giovanni. 2000. *Manifiestos del humanismo*. Barcelona: Península.
- Sadin, Eric. 2017. *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*. Buenos Aires: Caja Negra.
- Saperas, Enric. 1987. *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*. Barcelona: Ariel.
- Sforzin, Verónica. 2023. *Ética, poder y tecnologías. Redes sociales e inteligencia artificial desde el Sur global*. Buenos Aires: Ciccus editorial.
- Stefanoni, Pablo. 2021a. "Argentina a 20 años del 2001: todo igual, todo distinto". *Análisis Carolina*, núm. 35/21. Acceso el 23 de junio 2024. https://doi.org/10.33960/AC_35.2021
- Stefanoni, Pablo. 2021b. "Peinado por el mercado". *Anfibia*. Acceso el 19 de junio de 2024. <https://www.revistaanfibia.com/javier-milei-el-libertario-peinado-por-el-mercado/>
- Tobías, Ben. 2022. "La nueva derecha en Argentina: la obvia popularidad de la antipolítica". *Revista Disputas*. Vol 2, Marzo-Julio: 104-112. Acceso el 19 de junio de 2024. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/disputas/article/view/38265/38291>
- Touraine, Alain. 2005. *Un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Paidós.
- Ureña, Daniel. 2011. *Decálogo para un candidato 2.0. Cuadernos de comunicación evoca Comunicación Política 2.0*. Madrid: Evoca Comunicación e Imagen.
- Verón, Eliseo. 1987. *El discurso político. Lenguajes y acontecimientos*. Buenos Aires: Hachette.
- Verón, Eliseo. 2001. *El cuerpo de las imágenes*. Buenos Aires: Norma.
- Weber, Max. 1969. *Economía y sociedad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

APROXIMACIÓN A LA CATEGORIZACIÓN DE DERECHOS DIGITALES Y SU APLICACIÓN EN ECUADOR

APPROXIMATION TO THE CATEGORIZATION OF DIGITAL RIGHTS AND THEIR APPLICATION IN ECUADOR

ABORDAGEM À CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS DIGITAIS E SUA APLICAÇÃO NO ECUADOR

*Lorena Naranjo Godoy**

Recibido: 30/III/2024

Aceptado: 23/VI/2024

Resumen

Los adelantos tecnológicos, la transformación y la economía digital que favorecen el desarrollo de los países y propician una mejor calidad de vida del individuo, también ponen en riesgo sus derechos y libertades. Es necesario que los derechos humanos puedan ser protegidos en estos entornos tecnológicos. De ahí la necesidad de analizar nuevas facetas o enfoques digitales para completar y añadir nuevas características, condiciones o elementos esenciales a los derechos existentes. Pero, además, se debe comprender que aparecerán otros derechos que tienen su origen directo en el desarrollo tecnológico y que completarán el catálogo de derechos digitales, del que ahora las personas gozamos en garantía de que nuestra dignidad ya no es solo física sino virtual y que es indispensable una protección integral.

Palabras clave: Derechos humanos; Tecnologías de la información y comunicación; Transformación digital; Economía digital; Derecho a la protección de datos personales; Privacidad

Abstract

Technological advances, transformation and the digital economy, which foster the development of countries and

improve the quality of life of individuals, also endanger their rights and freedoms. Human rights must be protected in these technological environments. Hence the need to analyze new aspects or digital approaches to supplement and add new features, conditions or essential elements to existing rights. But, moreover, it must be understood that there will be other rights which have their direct origin in technological development, and which will complement the catalogue of digital rights, which we people now enjoy as a guarantee that our dignity is no longer just physical but virtual and that comprehensive protection is indispensable.

Keywords: Human rights; Information and communication technologies; Digital transformation; Digital economy; Right to protection of personal data; Privacy

Resumo

Os avanços tecnológicos, a transformação e a economia digital que favorecem o desenvolvimento dos países e propiciam uma melhor qualidade de vida do indivíduo, também colocam em risco seus direitos e libertades. É necessário que os direitos humanos possam ser protegidos nestes ambientes tecnológicos. Daí a necessidade de analisar

* Es abogada, doctora Cum Laude en Ciencias Jurídicas y Políticas y máster en Derecho de Nuevas Tecnologías por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Es investigadora y consultora, docente de pregrado y postgrado, conferencista nacional e internacional, autora de varios artículos publicados en revistas indexadas en temas relacionados con el Derecho Informático, el Derecho Civil, el Derecho Procesal Civil y la Administración de Justicia. Se ha desempeñado como Subsecretaria de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos; funcionaria judicial y asesora de la Dirección de Asesoría Jurídica y Asuntos Internacionales de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, y es actualmente Directora Nacional de Datos Públicos del Ecuador. Es la directora de la Maestría en Derecho Digital e Innovación de la Universidad de las Américas, Ecuador, y dirige el área de Derecho Digital y Protección de Datos Personales en el Estudio Jurídico Spingarn. Correo electrónico: lorena.naranjo@udla.edu.ec

Cómo citar este artículo: Naranjo Godoy, Lorena. 2024. "Aproximación a la categorización de derechos digitales y su aplicación en Ecuador". Revista de estudios jurídicos Cálamo, núm. 21: 23-39.

novas facetas ou abordagens digitais para completar e adicionar novas características, condições ou elementos essenciais aos direitos existentes. Mas, além disso, deve-se compreender que aparecerão outros direitos que têm a sua origem direta no desenvolvimento tecnológico e que completarão o catálogo de direitos digitais, do que agora as pessoas gozam em garantia de que a nossa dignidade já

não é apenas física, mas virtual e que é indispensável uma proteção integral.

Palavras-chave: Direitos humanos; Tecnologias da Informação e Comunicação; Transformação digital; Economia digital; Direito à proteção de dados pessoais; Privacidade

INTRODUCCIÓN

La transnacionalidad de las plataformas, la globalización y el auge de las relaciones y actividades económicas y sociales internacionales que se desarrollan a través de medios tecnológicos y de flujos constantes de información, en especial de datos personales que se capilarizan a través de las redes, han permitido la generación de un nuevo modelo económico basado en la captura del valor del dato, denominado economía digital. El Foro Económico Mundial señala que las tecnologías digitales se han convertido en parte del tejido social en las dos últimas décadas y que la cuota de la economía digital para 2024 es del 15,5% del PIB mundial. Es decir, las TIC han fomentado el desarrollo de bienes y servicios que permiten la satisfacción de necesidades, la mejora en la calidad de vida y el acceso al conocimiento; así como, un vertiginoso adelanto en múltiples ámbitos como el comercio, la industria, la salud, la educación, el trabajo, entre otros. Asimismo, las TIC se han introducido en cada una de las actividades que realizamos, incluso en aquellas cotidianas y personales. Nos hemos familiarizado tanto a su uso que, más que herramientas ineludibles para nuestro desarrollo, se han convertido en una necesidad imperiosa que incluso ha modificado nuestra forma de interrelacionarnos en sociedad.

Latinoamérica y Ecuador, en parte por efecto del Covid 19, también han presentado un avance significativo en la transformación digital y la automatización de los procesos en las organizaciones públicas y privadas. La penetración de las TIC ha impactado en el desarrollo de habilidades digitales, competencias informacionales de las personas, que las usan masivamente para ejercitar sus derechos a la educación, a la comunicación, a la cultura, a la participación, al ocio o al entretenimiento, entre otros. Asimismo, debido a la hiperconectividad y a la velocidad de la conexión, se ha facilitado la comunicación.

La tecnología se ha vuelto parte natural e integral del entorno del ser humano. Y toda actividad que se realiza en línea deja un rastro en la red, mientras estamos construyendo y gestionando nuestra identidad digital, nuestras relaciones económicas, sociales, culturales y, sobre todo, interpersonales. Estamos tomando decisiones en el mundo en línea que nos afectan en el mundo *off line*. El uso excesivo, masivo, desenfrenado e irrestricto de las TIC por parte de organizaciones públicas y privadas y de las personas que interactúan en sistemas y plataformas, ponen en riesgo a las personas y sus derechos fundamentales.

CONTEXTO MUNDIAL Y REGIONAL, Y PROBLEMÁTICA

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 señalan a la tecnología como un mecanismo eficiente y de bajo costo para alcanzar el cumplimiento de los 17 objetivos. La información favorece a todos los objetivos, la analítica permite transformar los datos

en conocimiento, optimizar la toma de decisiones y fortalecer los procesos y operaciones. El *software* también es un habilitante para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pues no solo permite su medición a través de indicadores, sino en

muchos casos su implementación a través sistemas de gestión empresarial e institucional. El Informe sobre la economía digital 2019 elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD señala que:

La economía mundial está experimentando una rápida transformación como resultado de la acelerada difusión de las nuevas tecnologías digitales, que repercute de manera importante en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Los mayores niveles de digitalización tanto de las economías como las sociedades han impulsado la creación de nuevos instrumentos para hacer frente a los desafíos que plantea el desarrollo global [...] Debe prestarse una especial atención a las formas de permitir que un mayor número de países aprovechen las posibilidades que ofrece la economía digital basada en datos, en calidad de productores, innovadores y exportadores. (2019, 1)

La Declaración de Tallin sobre la administración electrónica, la Declaración de Berlín sobre la sociedad y el gobierno digitales basado en valores, y la Declaración de Lisboa sobre democracia digital con propósito, invocan un modelo de transformación digital que refuerce la dimensión humana del ecosistema digital y tenga como núcleo el mercado único digital. Los Estados miembros han reclamado un modelo de transformación digital que garantice la contribución de la tecnología a la acción por el clima y la protección del medio ambiente (Comisión Europea, Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, 2023).

El informe 2020 de la CEPAL, *Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe 2020*, señala que:

la rápida propagación del virus y las drásticas medidas adoptadas por los Gobiernos para reducir el riesgo de contagio han golpeado fuertemente a la economía mundial, que experimentará en 2020 su peor recesión desde la década de 1930. El resultado neto no será una reversión de la globalización, sino una economía mundial más regionalizada, organizada en torno a tres grandes

polos productivos: América del Norte, Europa y Asia Oriental y Sudoriental. (2023, 11)

Y más adelante:

Pese a la centralidad de la revolución digital en todos los planos de la vida social y económica, la región carece de un marco institucional para la discusión de políticas, normas y estándares sobre cooperación en materia digital. (Ibidem, 124)

Ante ello:

Para hacer frente a esta lacerante situación CEPAL propone tres líneas de trabajo que contribuirían a revigorizar la integración regional, apoyar la recuperación postpandemia y elevar la competitividad de América Latina y el Caribe: la convergencia en facilitación del comercio; la mejora de la infraestructura regional de transporte y logística; y, la cooperación en materia digital. (Ibidem, 21)

Por su parte, la Agenda Digital para América Latina y el Caribe (eLAC 2020), producto de la Sexta Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, en el mismo sentido propone:

Fomentar la elaboración e implementación de planes de banda ancha con metas concretas y medibles; ii) Impulsar el desarrollo y la incorporación de habilidades digitales; iii) Promover la perspectiva de inclusión en el diseño de políticas; iv) Coordinar acciones orientadas a garantizar la privacidad y la protección de datos personales; v) Fomentar el uso de tecnologías digitales en las empresas, con foco especial en las Mipymes; vi) Revigorización de la integración económica regional que articule a los bloques subregionales en las áreas de infraestructuras digitales (incluidas las redes de alta velocidad 5G) y conectividad para garantizar el acceso universal a Internet de banda ancha; la protección de datos y seguridad digital; y, las políticas de competencia y regulación, e impuestos digitales. Todos estos avances pavimentarían el camino hacia el gradual

establecimiento de un mercado común digital de América Latina y el Caribe. (2020, 4)

Es decir, las continuas, diversas y masivas interrelaciones de las personas con organizaciones públicas o privadas y con otros seres humanos han naturalizado el intercambio de su información, que incluso, en muchas ocasiones, es imperceptible para su titular. La percepción de acceso, accesibilidad, disponibilidad y velocidad, que antes se consideraban un privilegio, paulatinamente se han convertido en el estándar. Todo ello se potencia por la penetración de la comunicación móvil, de los microcomponentes, el internet de las cosas, la biometría, la geolocalización, la computación cuántica, el 5G y más tecnologías que habilitan la hiperconexión en tiempo real.

El ser humano es el centro de este modelo de interacción, pues es su información la que nutre este ecosistema digital. Sin embargo, existen riesgos que se presentan en el momento del uso de las comunicaciones digitales y el tratamiento de los datos personales. Son problemáticas que van desde cuestiones administrativas, técnicas o tecnológicas, hasta relativas a posibles transgresiones a libertades individuales y derechos fundamentales. Por ejemplo: inseguridad, pérdida, destrucción, alteración o manipulación de datos personales; transmisión o tratamiento inadecuado o no consentido de información personal; robos de identidad; discriminación producida por perfiles o de procesos automatizados; disminución del acceso universal a internet; alteración de la neutralidad de la red; afectación a la libertad de pensamiento y expresión; o, la invasión de la intimidad o la privacidad, a través de la vigilancia o la interceptación electrónica o el almacenamiento masivo de datos; entre otros (Naranjo Godoy 2021).

Por ejemplo, la IA está siendo usada para generar desinformación en línea. La descontrolada recolección masiva de datos personales y su tratamiento inadecuado posibilitan perfiles equivocados o automatizaciones con sesgos que pueden causar discriminación y afectación a otros derechos como el acceso a la educación, a la vivienda o aun crédito. En el primer caso, podemos

afirmar que este uso inadecuado de la IA pone en riesgo la libertad de expresión, el derecho a la información; asimismo, el segundo afecta la privacidad, la autodeterminación informativa, la protección de datos personales, entre otros derechos fundamentales. Y ni hablar de la inseguridad de las infraestructuras tecnológicas que ponen a merced de los delincuentes informáticos datos personales que viabilizan estafas, extorsiones y perjuicios económicos a sus titulares y que pone en riesgo su derecho de propiedad.

La exposición personal en redes sociales y la falta de cultura de protección y seguridad de los datos personales supone un riesgo para el internauta, siendo los más vulnerables niños, adolescentes y adultos mayores, mujeres, GLBTS y en general grupos vulnerables que, por cuestiones de inequidad, no han desarrollado habilidades digitales para el uso de tecnologías, o son víctimas de estereotipos de género o de violencias que se trasladan del mundo físico al mundo digital.

La violencia digital se evidencia en casos de *ciberbullying*, *grooming*, violencia sexual digital, acoso virtual, sextorsión, que mayoritariamente se perpetra sobre los más vulnerables: niños, niñas y adolescentes, mujeres y GLBTS. Incluso la democracia ha sido puesta en riesgo por un uso abusivo de las TIC, como se evidenció en el Caso Cambridge Analytic, en el que, a través del análisis de las interacciones de los usuarios de Facebook se construyeron perfiles de personalidad para incidir en la intención de voto de los ciudadanos americanos durante las elecciones en las que salió vencedor el presidente Trump.¹ Es decir que se evidencia una transgresión al derecho a un voto informado y a la libertad de elección.

Todos estos ejemplos nos plantean que existe un alto riesgo de que, en el uso de las TIC, se perjudique a los seres humanos. Por lo tanto, se requiere que, en su desarrollo tecnológico y uso, se tenga como centro al ser humano. De ahí la necesidad de que la dignidad humana sea protegida no solo en entornos físicos, sino en entornos digitales; que se puedan desarrollar ecosistemas sanos, sostenibles y constructivos, en los que

¹ "Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach". Artículo publicado en The Guardian el 17 de marzo de 2018. Acceso el 22 de junio 2024. <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

las personas puedan desarrollarse en pleno disfrute de sus libertades y aprovechar las ventajas y beneficios de las tecnologías digitales. Para ello, es necesario el

reconocimiento de nuevos derechos, ahora denominados derechos digitales; porque aparecen por efecto del uso masivo de las TIC.

PAULATINO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DIGITALES

La necesidad de garantizar que la dignidad humana sea protegida en los entornos digitales se ha abordado desde distintas perspectivas. Cada país, dependiendo de sus propias características y condiciones, ha establecido distintas formas de abordaje. Por ejemplo, se han regulado las trasgresiones más dañinas para la sociedad a través de la tipificación de nuevas conductas antijurídicas en los códigos penales, tales como el *ciberbullying*; o, en los tipos penales existentes, la inclusión de conductas agravantes de la pena como la transmisión en vivo de agresiones sexuales. Asimismo, se ha regulado el uso de tecnologías para evitar la transgresión de derechos desarrollados en cuerpos normativos como el Código del Trabajo, en los cuales se reconoce como formas de acoso laboral en línea, el envío de contenido inapropiado a través de mensajería instantánea.

De otro lado, la jurisprudencia europea ha generado un proceso permanente de ampliación del contenido esencial de los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera ola o generación de derechos, como también los denomina la doctrina. Pues los ha contextualizado a los entornos digitales. Un claro ejemplo de esta forma de proteger la dignidad de las personas en los espacios virtuales es el caso del derecho a la intimidad, ya que su consagración proviene desde 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12, que señala que: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”. Sin embargo, actualmente resulta obvio que este derecho puede verse afectado tanto en entornos físicos como virtuales. Con la condición de que el uso de redes sociales afecta a su titular de forma exponencial, ya que la difusión de contenidos íntimos, al viralizarse y no ser borrados permanentemente, por la propia configuración técnica de Internet, genera daños permanentes e

irreparables al afectar otros derechos e incluso los de otras personas.

Nos encontramos, por tanto, en un momento todavía incipiente en cuanto a la definición, extensión y regulación de estos derechos digitales destacando su heterogeneidad (mientras que algunos son auténticos derechos digitales, otros son manifestaciones de derechos ya existentes en el mundo físico y mientras que algunos tienen el carácter de derechos y libertades fundamentales (los recogidos en el título I, capítulo II, sección I de la Constitución, arts. 14 a 29) otros son derechos ordinarios). También tenemos que mencionar aquellos derechos digitales que se asimilarían más bien a los principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo III del título I de la Constitución, en concreto en los arts. 39 a 52, o incluso a derechos que no son tales, como el denominado “derecho al testamento digital”, que se refieren más bien a procedimientos para que determinadas personas autorizadas puedan eliminar el contenido de personas fallecidas en las redes sociales. Además, hay que referirse a la disparidad de los sujetos obligados en cada caso, dado que en ocasiones lo son los proveedores de servicios de Internet (es decir, las operadoras de telecomunicaciones), otras veces son los Poderes Públicos, en otros supuestos los proveedores de servicios tecnológicos (entre ellos las grandes multinacionales tecnológicas como Google o Facebook) o los medios de comunicación convencionales o digitales o incluso otros ciudadanos. Es evidente que por buenas que sean las intenciones del legislador en cuanto a las garantías de los derechos digitales habrá que tener en cuenta que en la práctica tropezará con las dificultades derivadas de los distintos sujetos obligados o de los términos de

los acuerdos y contratos que se hayan firmado con los proveedores de servicios, incluso aunque podamos denunciar que, en la mayoría de los casos, estamos- al menos para el usuario final- ante contratos de adhesión. (Comisión Jurídica del Consejo General de Abogacía Española 2018, 21-22)

Pese a que estas prácticas buscan dar soluciones a problemáticas sociales reales, no resultan suficientes, pues los derechos nacidos en el mundo físico se complejizan en el mundo digital. Esto es así porque su contenido parece chocar con otros derechos fundamentales, lo que suele generar confusión. Ello dificulta su exigibilidad, puesto que se considera que sólo se está perjudicando a un derecho, cuando en realidad se puede estar afectando varios derechos simultáneamente (Naranjo Godoy 2017).

Riofrío señala que vivimos la cuarta ola de los derechos humanos, definida por las diversas problemáticas del uso de las TIC y las características de la sociedad actual, como: la globalización, la pluralidad, la interdependencia, la sostenibilidad y la democracia; así como las cinco características del mundo digital: “(i) es un mundo de exposición; (ii) es un mundo reflejo de la realidad; (iii) carece de espacio físico, de materia; (iv) el tiempo digital existe, pero es relativo; y, (v) ahí existe un amplio espacio de libertad y de responsabilidad, con ciertos matices que lo distinguen del mundo real” (2019, 42). Estas características definen la necesidad de un abordaje integral, es decir, de un paulatino reconocimiento de una nueva ola de derechos que nacen del uso de las TIC.

Con la Revolución Francesa y la Declaración de Independencia de Estados Unidos, se consagraron los derechos civiles y políticos, y emergió la primera ola de derechos, como la libertad, la igualdad y la democracia. La segunda ola, que surgió con la Revolución Industrial y la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagró los derechos económicos, sociales y culturales, como el trabajo, la educación y la salud. La tercera ola, que surgió con la globalización y el fin de la Guerra Fría, consagró los derechos de solidaridad, como el medio ambiente, la paz y el desarrollo. Finalmente, Riofrío (2019) sostiene que la cuarta ola

surge con la revolución digital y la sociedad de la información, y que consagra el reconocimiento de varios derechos digitales, como: el derecho existir digitalmente, el derecho a la identidad digital, la reputación digital, el derecho de acceso a internet, la protección de datos y la participación digital. El autor sostiene que cada ola de derechos humanos responde a las necesidades y demandas de cada época histórica, y que no supone la sustitución o la negación de las olas anteriores, sino su complementación y su ampliación, pues son un proceso dinámico y progresivo que busca garantizar la dignidad humana en todas sus dimensiones y en todos los ámbitos.

La mayoría de los países han comprendido que las aproximaciones legales o la ampliación del ámbito digital a los derechos actualmente reconocidos son insuficientes, porque existen transgresiones que se manifiestan únicamente en espacios digitales o que se conciben, cometen o perpetran únicamente a través del uso de un medio tecnológico, o cuya materialización se produce o potencia en formato digital. De ahí que se consideran derechos digitales aquellos derechos que carecen de contenido fuera del ámbito de Internet (Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, 2018).

Es la protección de datos personales, derecho fundamental de la nueva era, el que ejemplariza esta aproximación a los derechos digitales, ya que su nacimiento proviene de la recopilación masiva de información personal y de uso masivo, a través de bienes y servicios digitales. En los actuales modelos de reconocimiento, en Europa y en la mayoría de los países latinoamericanos, por tener modelos constitucionalistas similares, la protección de datos personales se considera un derecho fundamental. En cambio, en el derecho anglosajón, únicamente se reconoce el derecho a la *privacy*, cuyo contenido tiene mayores similitudes con el derecho a la intimidad. Sin embargo, paulatinamente, se están integrando mayores elementos que acercan su contenido a la protección de datos personales, a pesar de que hasta el momento solo se le ha otorgado el estatus de derecho del consumidor, como se puede concluir de la primera normativa americana al respecto, denominada California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA).

En el modelo europeo, la primera aproximación a la protección de las personas ante las posibles vulneraciones que las tecnologías de la información y comunicación se hizo en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que a nivel internacional es el único instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de la protección de datos. Posteriormente, el modelo europeo construyó un nuevo derecho, el de la protección de los datos personales, a través de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En dicha normativa, Europa reconoce y desarrolla un nuevo derecho autónomo y diferente de la intimidad (Naranjo 2021). Esta clara distinción entre derechos se evidencia en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, en los que se consagran los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales, respectivamente. Además, en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2010 se reconoce expresamente el derecho a la protección de datos personales. El Parlamento Europeo y el Consejo de Europa de 27 de abril de 2016 dictaron el Reglamento General de Protección de Datos, norma por la cual las personas físicas pueden ejercer los derechos a la autodeterminación informativa y protección de datos personales: esto es acceso, rectificación, supresión, oposición, portabilidad, entre otros. También recoge una serie de principios y obligaciones que los responsables de tratamiento deben cumplir para realizar un tratamiento adecuado de los datos personales garante de derechos fundamentales.

Por su parte, Robert B. Gelman, por el 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se iba a conmemorar en 1998, propuso un borrador de propuesta de Declaración de Derechos Humanos en el Ciberespacio, el 12 de noviembre de 1997, que buscaba ser incluida como adenda a la Declaración Universal de 1948 para que se

extendieran a los derechos humanos básicos más allá del derecho a la vida, la libertad y la lucha por conseguir la felicidad, e incluya la libertad de acceso a la información, expresión, asociación y

educación en línea. Todo ello, por supuesto, acompañado con el máximo empeño en salvar la brecha digital. El proyecto fue apoyado por ONGs tan importantes como Amnistía Internacional o Greenpeace, a fin de hacer compatible el moderno poder informacional con los Derechos Humanos. Conforme se indicaba en un periódico digital del diario español El Mundo⁹, The Digital Be-In es una iniciativa de la editorial multimedia Verbum Inc. y la Fundación Unity, y estaba esponsorizada en aquel momento, al menos en parte, por Yahoo y el periódico San Francisco *Bay Guardian*, entre otros. (Sune Llinas 2008, 6)

En el 2008, la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones propuso una Carta sobre derechos en internet:

desarrollada por primera vez en 2001-2002 por miembros de APC y organizaciones socias en los talleres sobre “Derechos en internet” que se realizaron en Europa, Asia, América Latina y África. Esta carta propone los individuos, las organizaciones de la sociedad civil, los medios comunitarios, los organismos reguladores y los/as responsables de políticas deben considerar en sus esfuerzos de protección del derecho a comunicarse libremente vía internet y realizar su potencial para crear un mundo mejor informado y más justo. Y para que Internet y las TIC, incluidas el teléfono, la radio y otras, puedan convertirse en una herramienta de empoderamiento para todos los pueblos del mundo se deben reconocer, proteger y respetar los siguientes derechos: 1. Acceso a internet para todos y todas; 2. Libertad de expresión y asociación; 3 Acceso al conocimiento; 4. Intercambio de aprendizaje y creación — software libre y desarrollo tecnológico; 5. Privacidad, vigilancia y encriptación; 6. Gobernanza de internet; 7 Conciencia, protección y realización de los derechos. (párr. 40-41)

La Carta se inspiró originalmente en la Carta de comunicación de los pueblos y en la declaración del Movimiento mundial por la voz del pueblo en los medios y la comunicación del siglo XXI, y estaba

asociada a ambos. Esta versión revisada de dicha Carta pretendió sobre todo incluir temas de la gobernanza de internet que fueron planteados durante la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) y que fueron incluidos en el informe del Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet y en la Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. También tiene en cuenta la discusión sobre internet como bien público global, que tuvo lugar en las deliberaciones de la CMSI.

El Parlamento Europeo y el Consejo de Europa dictó la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01), en cuya primera página señala que:

El Parlamento ha pedido en varias ocasiones el establecimiento de principios éticos que guíen el enfoque de la UE con respecto a la transformación digital, y que se garantice el pleno respeto de derechos fundamentales como la protección de datos, el derecho a la privacidad, la ausencia de discriminación, la igualdad de género, y de

principios como la protección de los consumidores, la neutralidad tecnológica y de la red, la fiabilidad y la inclusividad. También ha pedido que se refuerce la protección de los derechos de los usuarios en el entorno digital, así como de los derechos de los trabajadores y el derecho a la desconexión.

Esta declaración menciona varios derechos digitales y lo hace desde el reconocimiento de que son derechos que existen desde y para los entornos digitales. No hace mención a derechos humanos ya reconocidos, ampliando su contenido, sino que se detallan las facultades o prerrogativas que tiene cada uno de estos nuevos derechos, junto con los principios con los que orienta las actuaciones de los Estados y otros actores del ecosistema digital. En suma, existe un reconocimiento a un conjunto de derechos que propone proteger al ser humano en los entornos digitales, así como el desarrollo y profundización de la transformación digital y de los futuros usos de las tecnologías emergentes como la IA, el *Big Data*, el internet de las cosas, la videovigilancia, entre otros.

DERECHOS DIGITALES EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LA UE DE 2016 Y EN LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

En el Reglamento de la Unión Europea 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD 2016/679) se reconocen una serie de derechos que integran el derecho a la protección de datos personales. A través de ellos se puede hacer exigible cada uno de los elementos propios de su contenido esencial, esto es: el derecho de información, acceso, rectificación, supresión, incluido el derecho al olvido, oposición, portabilidad, limitación del tratamiento, y derecho de oposición a las decisiones automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles.

El derecho a la protección de datos personales es el más visible de los derechos digitales, pues ha sido el

primero en ser comprendido como una respuesta a las problemáticas tecnológicas y sociales, a la vulneración de los datos personales, al uso inadecuado de datos personales y del uso de las tecnologías de la información que ponen en riesgo a sus titulares. De ahí que se lo reconozca como uno de los derechos que consta en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital.

El RGPD (UE) 2016/679, para la entrada de aplicación de esta norma, propone que cada país miembro de la Unión, para garantizar la seguridad jurídica, debe adecuar su normativa interna de manera que la desarrolle y permita su eficaz aplicación o, de ser el caso, elimine contradicciones o incompatibilidades. Por este motivo, España, a través del Real Decreto-ley 5/2018, de 27

de julio, propuso la necesidad de dictar una nueva ley que sustituyera a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, de tal manera que no contradiga, se oponga o resulte incompatible con el citado Reglamento. Se aprobó entonces la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que establece una serie de precisiones que armonizan la normativa, jurisprudencia y realidad de aplicación del derecho a la protección de datos personales en España con el RGPD.

La LOPDGDD pudo limitar su contenido al proceso de armonización con el RGPD. Sin embargo, el legislador español decidió tomar la iniciativa y aprovechar esta oportunidad para reconocer, por primera vez, la denominación de derechos digitales y recopilar en un mismo cuerpo normativo los derechos que protegen la dignidad humana de los riesgos de los avances tecnológicos. En este sentido, el Preámbulo de la citada norma señala lo siguiente:

Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea. [...] Finalmente, el Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación

digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

Lo más destacable de la LOPDGDD es que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 18.4 de la Constitución española, que señala que “[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, reconoce a nivel legal nuevos derechos, y en este sentido, representa la normativa más avanzada en el mundo. Estos derechos digitales constan en el Título X, denominado “Garantía de los derechos digitales”, desde el artículo 79 hasta el 96. Los derechos se enlistan a continuación: derecho a la neutralidad de internet, derecho de acceso universal a internet, derecho a la seguridad digital, derecho a la educación digital, protección de los menores en internet, derecho de rectificación en internet, derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, derechos digitales en la negociación colectiva, protección de datos de los menores en internet, derecho al olvido en búsquedas de internet, derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes y derecho al testamento digital.

En cuanto a derechos que constan en el RGPD, como el derecho al olvido le ha otorgado un mayor alcance, la normativa española establece variantes que amplían la protección del titular del dato; ya no se limitan a buscadores, sino que se comprende a redes sociales que, a la larga, se rigen por las mismas consideraciones y

excepciones; pues lo que debe garantizarse es el respeto a la dignidad humana, y también un adecuado interrelacionamiento con otros derechos, como el acceso a información pública, la memoria histórica digital, el derecho de información y el derecho a la honra.

En cuanto al derecho a la portabilidad en servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la

información equivalentes, reconocido en la normativa española, se considera un derecho diferente del derecho a la portabilidad de datos personales reconocido en el artículo 20 del RGPD y, por lo tanto, este nuevo contenido esencial es parte del catálogo de derechos digitales que establece la LOPDGDD.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y OTROS DERECHOS DIGITALES DESDE LOS INSTRUMENTOS REGIONALES LATINOAMERICANOS

Los informes de las Relatorías a la Libertad de Expresión dictados por la OEA desde 1998; los Principios actualizados sobre privacidad y la protección de datos personales con anotaciones, resolución CJI/Res.266, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano en 2021; las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras resoluciones de la Organización de Estados Americanos no reconocían el derecho a la protección de datos personales como un derecho fundamental, sino que se concebía únicamente el derecho a una vida privada. Todo ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos que determina la prohibición de que terceros o el Estado realicen injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, o de realizar ataques ilegales a la honra o reputación de un individuo. Es decir que los instrumentos internacionales e incluso las resoluciones de Naciones Unidas registraban solamente a la privacidad como derecho fundamental. Para este organismo, la protección de datos personales se limitaba a un mecanismo, herramienta, estrategia o política que debía ser puesta en práctica para garantizar la privacidad de las personas en la era digital.

Es recientemente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo VS. Colombia, en sentencia de 18 de octubre de 2023, reconoció por primera vez el derecho a la protección de datos personales. Asimismo, el 25 de marzo del 2023 se llevó cabo la XXVIII Cumbre Iberoamericana,

Juntos por una Iberoamérica justa y sostenible, en la cual veintidós países de la región, incluido Ecuador, elaboraron la Carta de Principios y Derechos Digitales Iberoamericana. Este instrumento recoge la postura latinoamericana respecto de la transformación digital y su forma de abordaje por parte de la región. Reconoce los retos de la región en cuanto a dificultades en cuanto a infraestructuras eficientes y accesibles; deficiencias no solo en inversión, sino en avances en procesos de transformación digital y ciberseguridad, desarrollo de habilidades digitales y conocimientos especializados; así como la falta de políticas públicas locales y regionales o su débil aplicación que incentiven nuevos modelos de negocio, masificación de comercio electrónico e incorporación de tecnologías emergentes como IA, internet de las cosas, *blockchain*, entre otros. También establece que existe un riesgo para la región que puede aumentar las desigualdades si las comparamos con otras regiones, en especial para grupos vulnerables; por lo que propone directrices que guíen la actuación regional. Aunque no es vinculante, se intenta orientar a América Latina respecto de los principios comunes que deben ser tomados en cuenta para el desarrollo de políticas públicas, regulaciones y en especial normas internas, entre las cuales destaca la necesidad de reconocer los derechos digitales.

La Carta establece principios como: a) la centralidad de la persona, de tal manera que debe garantizarse que en los espacios digitales existan derechos y deberes que permitan el respeto y la inclusión hacia el desarrollo; b) Inclusión digital y conectividad en especial para los más vulnerables; c) privacidad, confianza, seguridad de

datos y ciberseguridad; d) acceso pleno a la educación, la cultura y la salud en entornos digitales inclusivos y seguros; e) especial atención a niñas, niños y adolescente por su nivel de exposición y vulnerabilidad; f) participación social, económica y política en entornos digitales justos y sostenibles; g) administración pública digital que favorezca la simplificación y digitalización de trámites; h) economía digital justa, inclusiva, y segura hacia un desarrollo sostenible con acceso pleno y equitativo al empleo, la igualdad de oportunidades, la creación de capacidades; i) tecnologías emergentes que no renuncie a la centralidad de las personas, como: inteligencia artificial (IA), neurotecnologías o computación cuántica, entre otras que promuevan un uso seguro, ético y responsable; j) asistencia y cooperación Iberoamericana para la transformación digital que permita la organización regional.

En resumen, este instrumento reconoce a los derechos digitales como derechos humanos en entornos digitales. Es decir que no establece que estos sean una nueva categoría, sino que propone una ampliación del contenido de los ya existentes. Busca entregar directrices para lograr una Latinoamérica inclusiva, equitativa, justa, segura, resiliente y sostenible, en la que el fortalecimiento de los derechos en los entornos digitales permita una adopción eficiente que haga posible el desarrollo regional al mismo tiempo que sea garante de derechos frente a los riesgos producidos por la transformación digital.

En suma, el Internet es un adelanto tecnológico que debe propiciar una mejor calidad de vida del individuo. Para que esto sea posible es necesario que los derechos humanos puedan ser protegidos en estos entornos tecnológicos. Se evidencia la necesidad de analizar nuevas facetas o enfoques digitales para completar y añadir nuevas características, condiciones o elementos esenciales a los derechos existentes. Pero, además, debemos comprender que aparecerán otros derechos que tienen su origen directo en el desarrollo tecnológico y que irán completando el catálogo de derechos digitales, del que ahora las personas gozamos en garantía de que nuestra dignidad ya no solo física sino virtual; y es indispensable una protección integral.

Es indiscutible la necesidad de normativa de aplicación universal a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son varios los que deben desarrollarse, ampliarse y generalizarse; entre ellos: la privacidad y el derecho a la protección de datos personales, el derecho de acceso universal a internet, la libertad de expresión en la era digital, la educación digital, la neutralidad de la red, la neutralidad tecnológica, el anonimato, el cifrado, la ciberseguridad, entre otros. Y aunque cada país tiene características propias que condicionan su desarrollo económico, político y social, es a través de la universalización de los derechos humanos que se puede construir un sistema homogéneo de protección que viabilice un estándar similar de protección en el mundo.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y OTROS DERECHOS DIGITALES EN EL ECUADOR

El Ecuador no ha sido ajeno al reconocimiento de los derechos de las personas tanto en el mundo como en la región. Si bien desde 1996, y posteriormente en la Constitución de 2008, el Ecuador reconocía la garantía constitucional del *habeas data*, esta garantía jurisdiccional evita transgresiones directas mediante los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, no permite proteger otros derechos que pueden ser conculcados. Aunque la Corte Constitucional ha dictado varias resoluciones relativas a *habeas data*, esta garantía constitucional presenta una evidente

limitación: solo procede ante un posible daño o un daño producido. Es decir, la tutela es limitada a una protección posterior, cuando existen serias presunciones o ya se ha producido una transgresión, y no establece un sistema de prevención que recoja principios, derechos y obligaciones que deben cumplirse para un adecuado manejo de los datos personales y que en conjunto evite que se produzcan posibles daños.

En la Constitución de 2008 se reconoció por primera vez el derecho a la protección de datos personales, que

si bien nace de la intimidad debido a que se creía que solo era aplicable a la recopilación de datos íntimos en bases informáticas, ahora tiene contenido propio basado en la autodeterminación informativa que empodera al titular para que bajo su decisión se entregue o no datos personales a responsables para su tratamiento. De modo que la protección de datos personales comienza a independizarse y a encontrar autonomía respecto de otros derechos, en la medida en la que encuentra un elemento de titularidad y de desarrollo de la personalidad, al establecer que tenemos una identidad digital y que esta se encuentra almacenada en bases de datos o que, debido a los actuales mecanismos de perfilamiento, puede ser generada incluso de forma automatizada. Debe considerarse que esta información puede estar desactualizada, ser equívoca o ser tratada de forma indebida para finalidades ajenas a las recabadas. En cualquiera de esas situaciones existe la posibilidad de vulnerar derechos fundamentales. Entonces, el derecho a la protección de datos personales se aparta de la intimidad, debido a que para violentar a la persona no es preciso que exista una agresión a la esfera íntima del individuo; es decir que no se necesita que los datos sean íntimos, pues el derecho a la protección de datos personales ampara al individuo y a cómo éste determina su información en el mundo real y en el mundo virtual, incluso con datos que pudieran considerarse irrelevantes o inocuos, que en conjunto construyen un perfil completo de la personalidad.

Si bien en Ecuador los derechos constitucionales son de aplicación directa al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, es claro que el constituyente reconoció a la protección de datos personales como un derecho que nace para proteger a las personas de los usos indebidos de la tecnología, que no se lograba ni a través del *habeas data*, menos aun de la aplicación directa de su contenido. Trece años después de su incorporación en el catálogo de derechos y libertades de la Constitución de 2008, se aprobó la Ley Orgánica de protección de Datos Personales. Su

proceso de aprobación no fue sencillo; requirió un largo proceso de sensibilización y de varios hechos extraordinarios que motivaran su aprobación. Así, el 16 de septiembre de 2019, tras un informe de los investigadores de ZDnet y VPNmentor, se reveló la filtración de los datos de 20 millones de ecuatorianos, incluso de aquellos que habían fallecido hasta la fecha, donde se evidenciaba que tras la falta de incorporación de medidas de seguridad a los servidores de Novaestrat, ubicados en Miami, se exponían nombres, correos electrónicos, números de teléfono, estado civil, datos bancarios, de automóviles, entre otros, entre los cuales se incluía información de 6.7 millones de niñas, niños y adolescentes, incluyendo datos sensibles, como género o número de cuentas bancarias, así como datos detallados de familiares del titular de la información, como dirección de residencia, números de seguros y cédulas².

También tuvo lugar un *ransomware*³ a una de las principales instituciones bancarias del Ecuador, que exigió un pago millonario para el rescate de datos. El pago nunca se dio y meses después la base de datos circulaba en foros *hackers*. Estos hechos fueron trascendentales para la aprobación de la ley, pues tradicionalmente, el ecuatoriano no solía reclamar este tipo de agresiones a la dignidad, debido al desconocimiento de las personas y sobre todo a la falta de una entidad responsable⁴.

Se concluye, entonces, que la sociedad ecuatoriana ha tenido un proceso lento en la comprensión y empoderamiento de su derecho a la protección de datos personales, pues inicialmente desconoció su contenido esencial, los riesgos del uso indiscriminado de sus datos, que pueden acarrear perjuicios no solo a sí mismos, en sus derechos de la personalidad como intimidad, imagen, honor u honra, sino de otros derechos que en virtud de valoraciones automatizadas o datos erróneos constantes en bases podrían impedir su acceso a la vivienda, trabajo, educación, salud, entre otros. Por otro lado, si bien la Constitución ecuatoriana no

2 "BBC revela filtración de datos sensibles de millones de ecuatorianos", publicado en el diario El Comercio el 25 de septiembre de 2019. Acceso 22 de junio 2024. <https://www.elcomercio.com/tendencias/datos-ecuatorianos-filtracion-reporte-seguridad.html>

3 El Universo. 20 de octubre de 2021. Ciberataque a Banco Pichincha fue realizado por atacantes internacionales, se revela en Comisión de Desarrollo Económico. Acceso 22 de junio 2024. <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/ciberataque-a-banco-pichincha-fue-realizado-por-atacantes-internacionales-se-revela-en-comision-de-desarrollo-economico-nota/> (el 20 de octubre, 2021)

4 El Comercio. 11 de octubre de 2021. Banco Pichincha confirma "incidente de ciberseguridad" en sus sistemas. Acceso 22 de junio 2024. <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/banco-pichincha-ciberseguridad-ciberataque-hackeo.html>

usa la categoría de derechos digitales, podemos encontrar varios derechos directamente relacionados con la protección a la dignidad humana en los entornos digitales. En primer lugar, el derecho a la protección de datos personales previamente analizado, artículo 66 numeral 19 de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE. Con este articulado, al protegerse los datos personales o incluso fragmentos de datos personales, con los que se pueden construir perfiles completos de una persona, se puede garantizar la autodeterminación informativa de un individuo (Naranjo Godoy 2017).

En los derechos del buen vivir, en la Sección tercera, sobre la Comunicación e Información, consta el artículo 16 que reconoce para todas las personas, en forma individual o colectiva, el derecho al acceso universal a las tecnologías de la información y comunicación. Esto se entiende como una garantía de las personas para beneficiarse de la tecnología y también como una forma de propiciar la participación en el debate, en la construcción de un foro mundial, y la democracia deliberativa; pues permite que se escuchen todas las voces, en especial de aquellas que buscan, en la diferencia, romper la filtración de la información generada desde el poder tecnológico o económico al “amplificar la voz de los/las activistas de derechos humanos y contribuir a desvelar los abusos” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2019).

En el capítulo sexto de los derechos de libertad, el artículo 66 numeral 7 de la CRE reconoce y garantiza el derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario. Esto concuerda con el artículo 5 de la Ley comunicación, que determina como medios de comunicación social a las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, así como a las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión, que prestan el servicio público de comunicación masiva y que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet.

Por otro lado, en el artículo 23 de la LOPDP se reconoce el derecho a la educación digital, por el cual las personas tienen derecho:

al acceso y disponibilidad del conocimiento, aprendizaje, preparación, estudio, formación; capacitación, enseñanza e instrucción relacionados con el uso y manejo adecuado, sano, constructivo, seguro y responsable de las tecnologías de la información y comunicación, en estricto apego a la dignidad e integridad humana, los derechos fundamentales y libertades individuales con especial énfasis en la intimidad, la vida privada, autodeterminación informativa, identidad y reputación en línea, ciudadanía digital y el derecho a la protección de datos personales, así como promover una cultura sensibilizada en el derecho de protección de datos personales. El derecho a la educación digital tendrá un carácter inclusivo sobre todo en lo que respecta a las personas con necesidades educativas especiales. El sistema educativo nacional, incluyendo el sistema de educación superior, garantizará la educación digital no solo a favor de los estudiantes de todos los niveles sino también de los docentes, debiendo incluir dicha temática en su proceso de formación.

También se encuentran referencias a la desconexión digital en una Resolución del Ministerio de Trabajo (Acuerdo Ministerial No. MDT-2022-237), que señala, en su artículo 12 que, los teletrabajadores tienen derecho a la desconexión una vez finalizada la jornada laboral, por al menos doce horas continuas en un periodo de veinte y cuatro horas, sin distinción del tipo de contrato que les rija. Esto implica una garantía de dignidad laboral, salud integral, recreación y equilibrio entre la vida personal y profesional.

Respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes, encontramos referencias a la imagen, intimidad y reserva sobre intimidad e infracciones en el Código de Niñez y Adolescencia; así como respecto de su protección integral en la Ley de Comunicación y en el Código Orgánico Integral Penal a través de tipos penales como el *grooming*, el *ciberbullying* y el acoso sexual virtual (artículo 166 COIP). También se contempla el derecho a no ser objeto de una decisión basada única

o parcialmente en valoraciones automatizadas (artículo 21 de la LOPDP). Además, se reconoce que los adolescentes pueden ejercer de forma progresiva sus derechos, ya que a partir de los quince años pueden otorgar, en calidad de titulares, su consentimiento explícito para el tratamiento de sus datos personales, siempre que se les especifique con claridad sus fines.

Todas estas aproximaciones que realiza la normativa ecuatoriana respecto al reconocimiento de varios derechos digitales nos demuestran el esfuerzo de nuestra sociedad de atender los problemas que la tecnología está presentando en las relaciones sociales. Así, estas respuestas normativas deben ser consideradas como inherentes, debido a que han sido incorporadas para contrarrestar la realidad actual que plantea nuevas formas de transgresión; y porque todo avance en la protección de un derecho debe entenderse como incorporado a este, debido a que la aplicación de los derechos humanos debe ser progresiva para garantizar su pleno reconocimiento y ejercicio.

Si bien esto es posible ampliando el contenido a derechos ya existentes, se vuelve más compleja la protección de la dignidad humana cuando las transgresiones están limitadas a principios aplicables únicamente a normas sectoriales como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que los invoca acotada a un

mecanismo de regulación, como ocurre con la neutralidad de la red o la seguridad de internet, o la portabilidad. Por lo tanto, en un mundo cada vez más tecnologizado, se debe invocar la dimensión digital de los derechos fundamentales que constan en el artículo 66 de la CRE; pero, además, será necesario reconocer expresamente nuevos contenidos esenciales que permitan la protección de las personas frente a la digitalización de la sociedad, los Estados, las empresas, las relaciones humanas y las diversas formas de transgresión en línea; Es decir, desde un enfoque de defensa del libre desarrollo de la personalidad y de la autoconstrucción de la persona en sociedad que proteja de forma integral la dignidad humana, que ahora también es digital (Naranjo Godoy 2022).

Por ello es necesario pensar si nos encontramos ante el inminente nacimiento de nuevos derechos, que paulatinamente irán definiendo su propio contenido esencial, su propio fundamento; que dejarán de ser vistos como meros principios o habilitantes de otros derechos y pasarán a ser condiciones ineludibles para que la persona virtual pueda desarrollarse de forma libre en entornos virtuales. En la medida en que los cambios tecnológicos se produzcan y se expliciten nuevas formas de transgresiones a los derechos humanos, el centro de un sistema integral de protección serán los derechos digitales.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la economía digital y la profundización de la transformación digital nos convierte en sociedades altamente conectadas, con acceso a comunicaciones en cuestión de segundos y desde cualquier parte del mundo. La tecnología se vuelve parte natural, parte integral de las relaciones sociales, en la cual los riesgos de transgresiones a los derechos y libertades fundamentales son evidentes, impredecibles e inimaginables.

Los datos y la información se reproducen de forma exponencial. Esta capacidad puede traer consigo diversos beneficios, pero también puede causar un

daño masivo, sobre todo a los más vulnerables, en especial, niños, niñas y adolescentes, mujeres y grupos minoritarios.

Caminamos hacia una sociedad digital que necesita modelos disruptivos que permitan la implementación de tecnologías digitales que al mismo tiempo que fomenten el desarrollo de modelos de economía digital, también den soluciones jurídicas a las nuevas necesidades socioeconómicas que apuntalen los procesos de transformación digital y que sobre todo prevengan posibles abusos, afectaciones violaciones a los derechos y libertades del ser humano.

Dada la actual realidad de transgresiones a las personas en entornos virtuales, no es suficiente un abordaje de la defensa de los derechos de las personas que se realice a través de tipificaciones penales o de normas legales cuyo resguardo se centre en el cumplimiento o incumplimiento legal o incluso contractual desde una perspectiva acotada del titular como mero consumidor. Tampoco resulta suficiente la ampliación jurisprudencial del ámbito digital en el catálogo de los derechos fundamentales ya reconocidos en nuestras Constituciones; sino que es necesario incorporar una nueva categoría de análisis denominada derechos digitales, que son aquellos que nacen desde y para los entornos digitales, que permitan una protección eficaz ante las diversas y cada vez más sofisticadas

formas de trasgresión que se suscitan por los avances tecnológicos.

Los derechos digitales están en proceso de formación. Cada estado identifica, reconoce y define su contenido esencial, tal como ha ocurrido en los últimos años con el derecho a la protección de datos personales y a la privacidad en la región y en el Ecuador.

Es necesario ir identificando los distintos derechos digitales que están siendo reconocidos por los diversos instrumentos internacionales, así como por las normativas de cada país para ir definiendo su contenido esencial, el fundamento de cada uno de ellos y delinear su armonización normativa, sobre todo a nivel regional.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1948. *Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A)*. París.
- Asociación para el Progreso de las Comunicaciones. 2008. *Carta sobre derechos en internet (2008)*. Acceso el 29 de abril de 2024. <https://www.apc.org/es/pubs/carta-de-apc-sobre-derechos-en-internet>
- CEPAL. 2020. “Agenda Digital para América Latina y el Caribe (eLAC 2020)”. Sexta Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe.
- CEPAL. 2020. “Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe”. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46613-perspectivas-comercio-internacional-america-latina-caribe-2020-la-integracion#:~:text=El%20comercio%20exterior%20de%20Am%C3%A9rica,gobiernos%20para%20frenar%20su%20propagaci%C3%B3n>
- Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía española. 2019. *Informes 2018*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.abogacia.es/publicaciones/informes/informes-comision-juridica/informes-2018-comision-juridica-del-consejo-general-de-la-abogacia-espanola/>
- Comité Jurídico Interamericano. 2021. “Principios actualizados sobre privacidad y la protección de datos personales con anotaciones”. Resolución CJI/Res.266.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. 2019. “Informe sobre economía digital 2019”. Acceso el 29 de abril de 2024. https://unctad.org/es/system/files/official-document/der2019_overview_es.pdf
- Consejo de Europa. 1981. “Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. Montevideo, Uruguay.
- Consejo de la Unión Europea. 2021. “Declaración de Lisboa: democracia digital”. Lisboa. Acceso el 29 de abril de 2024. <https://www.lisbondeclaration.eu/>
- Consejo de la Unión Europea. 2020. “Declaración de Berlín sobre la sociedad y el gobierno digitales basado en valores dictada el 8 de diciembre de 2020”. Berlín. Acceso el 29 de abril de 2024. https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dam/jcr:9945b886-9a0b-41f3-9b32-d0e61cf6c61c/DeclaracionBerlin2020.pdf
- Consejo de la Unión Europea. 2017. “Declaración de Tallin sobre la administración”. Acceso el 29 de abril de 2024. https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dam/jcr:de049e90-bd31-4fbc-8156-5b981cd6e86e/declaracion_ministerial_tallin_es.pdf
- Oficina el Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2021. “El derecho a la privacidad en la era digital”. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://www.ohchr.org/es/calls-for-input/2021/right-privacy-digital-age-report-2021>
- Naciones Unidas. 2010. “Informe sobre la economía digital. Creación y captura de valor: repercusión para los países en desarrollo”. Acceso el 22 de junio de 2024. https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_es.pdf
- Naranjo Godoy, Lorena. 2022. “Identidad digital”. En: *Memorias de la Ruta de la Privacidad. Inteligencia artificial: perspectivas y prospectivas desde el derecho a la protección de datos personales y la privacidad*. Instituto Nacional de Transparencia. Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. México.

- Naranjo Godoy, Lorena. 2018. "El dato personal como presupuesto del derecho a la protección de datos personales y del habeas data en el Ecuador". Foro: Revista De Derecho, 1(27): 63-82. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/501>
- Naranjo Godoy, Lorena. 2020. "Situación de la protección de datos personales en Ecuador". *Cálamo*, Revista de Estudios Jurídicos, núm. 13: 6-33. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.13.156>
- Riofrío, Juan. 2019. *La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales*. Tirant lo Blanch.
- Sune Llinas, Emilio. 2008. "Derechos humanos en el ciberespacio". Acceso el 21 de junio de 2024. <https://www.uv.mx/mdhjc/files/2022/01/Derechos-Humanos-en-el-Ciberespacio.pdf>
- Normativa y jurisprudencia**
- Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo VS. Colombia (2023). Sentencia, 18 de octubre de 2023. Acceso el 29 de abril de 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_506_esp.pdf
- Diario oficial de la Unión Europea. 1992. Versión consolidada del diario de la Unión Europea. Tratado de la Unión Europea. Maastricht. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>
- Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. España. 05-X-2018. Acceso el 21 de junio de 2024. <file:///C:/Users/Lorena/Desktop/Ley%20Protecci%C3%B3n%20datos%20y%20derechos%20digitales%20Espa%C3%B1a.pdf>
- Ley de Privacidad del Consumidor de California. Estados Unidos de América. Estados Unidos de América. Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA). Acceso el 21 de junio de 2024. <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. 1995. "Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos". Luxemburgo. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31995L0046>
- Parlamento Europeo y Consejo de Europa. 2022. Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/european-declaration-digital-rights-and-principles#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos%20y%20Principios%20Digitales%20presenta%20el,derechos%20fundamentales%20de%20la%20UE>
- Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. 2012. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Unión Europea. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://www.refworld.org/es/leg/multilateral/treaty/ue/2012/es/129076>
- Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. 2016. Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/679. Acceso el 21 de junio de 2024. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

ENSAYO

Handwritten signature or stylized text in light gray.

ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS FEMINISTAS Un aporte para el diseño de políticas públicas

FEMINIST CRIMINOLOGICAL APPROACHES A contribution to the design of public policies

ABORDAGENS CRIMINOLÓGICAS FEMINISTAS Uma contribuição para o desenho de políticas públicas

*Diana Salazar Méndez**

Recibido: 11/IV/2023
Aceptado: 23/IV/2024

Resumen

La criminología, desde su consolidación como ciencia de carácter social, se ha presentado como un orden racional y objetivo desarrollado por parte de personas neutrales en cuanto al género; mientras que, al mismo tiempo, su enfoque ha sido dirigido desde una perspectiva masculina. Como respuesta, las diversas corrientes críticas y, en especial, la perspectiva feminista, han criticado fuertemente esta predisposición androcéntrica de la criminología tradicional; es decir, el privilegio de las experiencias y perspectivas de los hombres en relación con el conocimiento empírico y teórico producido sobre el crimen. Esencialmente, la criminología con enfoque feminista ha demostrado que la delincuencia y la victimización tienen género, etnia, y están condicionadas por la heterogeneidad de las normas. Este enfoque ha dotado a la institucionalidad pública de insumos teóricos cercanos a la realidad, lo cual, a su vez, permite un mejor diseño de políticas públicas enfocadas en el fenómeno criminal.

Palabras clave: Teoría feminista; Criminología; Victimización; Narrativas de género; Violencia contra la mujer; Interseccionalidad; Políticas Públicas

Abstract

For too long, criminology has been presented as a rational and objective ordering of gender-neutral individuals, while, at the same time, its approach has been directed from a male perspective. In response, the feminist perspective in the field of criminology critiques this androcentric bias of traditional

criminology, that is, the privileging of men's experiences and perspectives in relation to the empirical and theoretical knowledge produced about crime. Essentially, criminology with a feminist approach has shown that crime and victimization are gendered, ethnicized; and conditioned by heterogeneity of norms. All of this has determined indelible contributions to the understanding of crime and its control. This approach has endowed public institutional frameworks with theoretical inputs closely aligned with reality, thereby enabling a better design of public policies focused on the criminal phenomenon.

Keywords: Feminist theory; Criminology; Victimization; Gender narratives; Violence against women; Intersectionality, Public Policies

Resumo

A criminologia, desde a sua consolidação como ciência social, tem sido apresentada como uma ordem racional e objetiva desenvolvida por pessoas neutras em termos de género; enquanto, ao mesmo tempo, seu foco foi direcionado a partir de uma perspectiva masculina. Em resposta, as diversas correntes críticas e, especialmente, a perspectiva feminista, têm criticado fortemente esta predisposição androcêntrica da criminologia tradicional; isto é, o privilégio das experiências e perspectivas dos homens em relação ao conhecimento empírico e teórico produzido sobre o crime. Essencialmente, a criminologia com abordagem feminista tem mostrado que

* Fiscal General del Estado de la República del Ecuador. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, por la Universidad Central del Ecuador. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Tecnológica Indoamérica. Exdirectora de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE). Árbitra de la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en el Reino de los Países Bajos. Ganadora del International Anticorruption Champions Award, otorgado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

Cómo citar este artículo: Salazar Méndez, Diana. 2024. "Enfoques criminológicos feministas. Un aporte para el diseño de políticas públicas". Revista de estudios jurídicos Cálamo, núm. 21: 43-55.

o crime e a vitimização têm gênero, etnia e são condicionados pela heterogeneidade das normas. Essa abordagem tem fornecido às instituições públicas aportes teóricos próximos da realidade, o que, por sua vez, permite um melhor desenho de políticas públicas focadas no fenômeno criminal.

Palavras-chave: Teoria feminista; Criminologia; Vitimização; Narrativas de gênero; Violência contra as mulheres; Interseccionalidade; Políticas públicas

INTRODUCCIÓN

¿Qué implica ser mujer? ¿Es una categoría unificada estable o una categoría fluida y contingente? Ciertas perspectivas sostienen que las identidades específicas, como la de mujer, se forman antes de los encuentros con otros, y se invocan para afirmar reclamos a la justicia (Rocha Sánchez 2009). Otras argumentan que las identidades específicas son fluidas, dinámicas y contingentes, que se configuran como resultado de las interacciones con los demás (Daly y Stubbs 2006). Lo que converge en estas dos posiciones es que la categoría mujer no es estable ni unificada, sino que está influenciada por otros elementos de diferencia entre las mujeres (Hudson 2003).

Simone de Beauvoir señala que, a través de la crianza y la socialización, una niña aprende a convertirse en mujer. Las mujeres, argumenta, se construyen socialmente, en lugar de estar biológicamente determinadas: “una no nace, sino que se convierte en mujer” (de Beauvoir 2015, 26). Ser mujer, el *otro*, se refleja en cada aspecto social, cultural, político y económico. En efecto, las categorías del *yo* y el *otro*, revela de Beauvoir, son tan primordiales como la conciencia misma. En todas las sociedades permanece lo esencial y lo inessential, el *yo* y el *otro*, y todas las sociedades reflejan esta dualidad (Barnett 1998).

Considerando este fenómeno en relación con el Derecho, se puede observar que, tradicionalmente, el Derecho ha sido una construcción masculina y que el sujeto de derecho ha sido, preferentemente, masculino (Barnett 1998).

Dentro de la justicia penal, la falta de apertura a la otredad puede llevar a la represión y expulsión de aquellos miembros que no pueden o no quieren ser asimilados dentro de una identidad comunitaria homogénea

(Hudson 2003). En ese sentido, las mujeres, siendo el *otro*, han sido durante mucho tiempo, en el peor de los casos, oprimidas y, en el mejor de los casos, ignoradas por la ley. Para que las mujeres sean incluidas como sujetos de Derecho, sus voces deben ser escuchadas y, lo que es más importante, se deben generar los mecanismos y las políticas que permitan actuar en consecuencia.

Ciertamente, hombres y mujeres no son ontológicamente diferentes. No obstante, sus experiencias, accesos y motivaciones son disímiles, precisamente porque están sujetos a distintas expectativas y contextos culturales y sociales (Naegler y Salman 2016).

Lamentablemente, durante demasiado tiempo, la ley, la teoría legal y la criminología se han presentado como una ordenación racional y objetiva de personas neutrales en cuanto al género, mientras que, al mismo tiempo, su enfoque ha sido dirigido —consciente o inconscientemente— desde una perspectiva masculina (Barnett 1998).

En efecto, cuando Sutherland definió por primera vez la criminología, en 1924, como el estudio de la elaboración y el incumplimiento de la ley, y la reacción social ante ella (Sutherland y Cressey 1974); la criminología ya se había establecido a través del trabajo de académicos clásicos —como Beccaria y Lombroso—, fundamentalmente preocupados por las técnicas de control y castigo (Cook 2016; Garland 1990). Los principales ámbitos de interés incluían los mecanismos de castigo para los hombres, a fin de disuadirlos de cometer un delito (Beirne 1993). Así, los primeros estudiosos se centraron casi exclusivamente en los hombres como delincuentes y reclusos, y se daba por sentado —en algunos casos se sigue dando— que los

hombres eran objeto de estudio en la mayoría de las investigaciones criminológicas generalizables (Cook 2016; Henne y Shah 2016).

Este patrón empírico pocas veces fue cuestionado. Si bien los problemas de los patrones raciales y de género de la delincuencia criminal fueron evidentes desde el comienzo de la disciplina, no fue sino hasta el surgimiento de la criminología con enfoque feminista que se empezaron a analizar como elementos conceptuales en sí mismos (Cook 2016).

En efecto, esta perspectiva feminista se ha configurado como una respuesta a los sesgos de la criminología dominante, planteando un elemento importante de reflexividad asociado al ejercicio de identificar y analizar las suposiciones de los académicos y su influencia en la práctica y los hallazgos de la investigación (Flavin 2001;

Henne y Shah 2016). Esencialmente, la criminología con enfoque feminista demuestra el valor de establecer como la norma —en lugar de la excepción— de la investigación criminológica la consideración crítica de una multiplicidad de factores y la incorporación de un análisis contextual más complejo.

Así, la perspectiva feminista en el ámbito de la criminología revela y critica la predisposición masculina —o androcéntrica— de la criminología tradicional; es decir, el privilegio de las experiencias y perspectivas de los hombres en relación con el conocimiento empírico y teórico producido sobre el crimen (Caín 1990; Flavin 2001; Henne y Shah 2016). En términos pragmáticos, permite comprender cómo operan los discursos de género en relación con la delincuencia, la violencia y la victimización, así como con las experiencias vividas al respecto.

CRIMINOLOGÍA CON ENFOQUE FEMINISTA

La amplitud de los enfoques criminológicos feministas es demasiado extensa, diversa y compleja como para ser incorporada dentro de un solo ensayo (Henne y Shah 2016); pues, como toda postura teórica crítica, está compuesta por múltiples variantes matizadas por aspectos socioculturales específicos determinados por los contextos propios del lugar en donde se desarrollan sus experiencias personales e intelectuales.

Durante décadas, las académicas feministas que estudian el crimen, han documentado cómo la criminología convencional ha ignorado o concebido de manera limitada las experiencias de las mujeres, dejándose llevar por sesgos que terminan por reflejar en sus estudios estereotipos sociales (Chesney-Lind y Sheldon 2004; Gelsthorpe y Morris 1990; Simon 1981).

Así, la criminología con enfoque feminista tiene como objetivo reenfocar el campo desde su punto de vista androcéntrico, al resaltar cómo el estudio del crimen y su control tienen una estrecha relación con el género, en formas que la criminología convencional, con frecuencia, ha dejado de lado (Daly y Chesney-Lind 1988).

Evolución y estado actual de la criminología con enfoque feminista

En la historia de la criminología, que se remonta a más de 200 años, las experiencias y perspectivas de las mujeres, tanto como víctimas como perpetradoras de delitos, han sido pasadas por alto (Sollund 2017). En efecto, si bien en gran parte de la investigación criminológica ortodoxa el género y las desigualdades sociales se identificaron inicialmente como uno de los principales factores de la delincuencia, la importancia del género dentro de esta investigación fue posteriormente desestimada (Heidensohn 2012). Una breve revisión de la literatura brinda varios elementos de análisis y comparación sobre este problema. En particular, sobre la proporción de género dentro del estudio de los delitos:

ningún otro rasgo tiene tanta importancia estadística como el sexo para diferenciar a los delincuentes de los no delincuentes. Pero nadie siente que tiene una explicación de la criminalidad cuando se entera de que el criminal es un hombre [...]. Las variaciones en la proporción

de sexos en el crimen son tan grandes que se puede concluir que la masculinidad no es significativa en la causalidad del crimen en sí misma, sino solo como indicador de posición social, supervisión y otras relaciones sociales. Además, como niños y niñas viven en los mismos hogares, en igual pobreza y con padres igualmente ignorantes, y viven en los mismos barrios, igualmente carentes de instalaciones para la recreación organizada, estas condiciones del medio social no pueden considerarse causas de delincuencia. [...] Probablemente, la diferencia más importante es que las niñas son supervisadas más cuidadosamente y se comportan de acuerdo con los patrones de comportamiento anticriminal que se les enseñan con mayor cuidado y consistencia que en el caso de los niños. (Sutherland y Cressey 1974, 129-130)

De este modo, proponen como explicación que la diferencia en la proporción de sexos en la comisión de delitos se encuentra influida por las estrategias de supervisión familiar de género que ejercen los padres. Así, no sin falta de rigurosidad metodológica, los mismos autores señalan que el elemento predictor de la delincuencia es intrascendente para comprender las causas del fenómeno, eliminando el género de la consideración sería de la comunidad académica en las próximas décadas (Cook 2016). Los criminólogos de la corriente principal sostuvieron, durante muchos años, que las diferentes perspectivas, como la teoría del aprendizaje social, la teoría de la asociación diferencial y la teoría del autocontrol, explicaban el comportamiento delictivo de todas las personas, independientemente de su género, etnia o vía de formación hacia el crimen (Wattanaporn y Holtfreter 2014).

Ciertamente, las teorías criminológicas tradicionales, inicialmente desarrolladas y probadas en contextos masculinos, no podían extenderse y aplicarse, *per se*, a los contextos y realidades femeninas (Chesney-Lind 1989; Daly, 1989; Daly y Chesney-Lind, 1988). De este modo, estas propuestas teórico-metodológicas eran insuficientes para examinar, de manera general, al fenómeno criminal, ya que excluían de sus parámetros de análisis a casi la mitad de las poblaciones. Frente a ello, a lo largo de las últimas décadas, gracias

al desarrollo de las teorías críticas y de la criminología con enfoque feminista se ha puesto al género en el centro —y no en la periferia— de la teorización y la investigación criminológica. En gran medida, estas corrientes criminológicas están motivadas por el reconocimiento de que los análisis de género del crimen son de vital importancia para el campo e imprescindibles para alcanzar resultados que puedan explicar de mejor manera la realidad estudiada (Cook 2016). Esto debido a que el género influye en la vida social de maneras matizadas, complejas y duraderas.

En esencia, las corrientes criminológicas críticas, en especial aquellas con enfoque feminista analizan y proponen explicaciones del fenómeno criminal y sus derivados, también proporcionan posibles respuestas institucionales que deben necesariamente tomarse en cuenta si es que se pretende diseñar políticas públicas en materia de seguridad y política criminal con enfoque integral que tengan la capacidad de palear los efectos de la criminalidad (Renzetti 2013).

Sin embargo, sería erróneo considerar que la historia de la investigación sobre género y delincuencia ha sido fluida, tranquila y fructífera. Al principio, los avances fueron lentos y siguen siendo irregulares. Entre las décadas de 1970 y 1980, las investigadoras pioneras de la criminología con enfoque feminista señalaron la evidente ausencia de un análisis de género en la mayoría de las investigaciones criminológicas, incluida la investigación de muchos criminólogos críticos (Renzetti 2016).

Paralelamente, las teorías criminológicas con enfoque feministas llamaron la atención sobre la relevancia del género en la victimización criminal y la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a ciertos delitos, como la agresión sexual y la violencia basada en razones de género (Gelsthorpe y Morris 1988; Klein y Kress 1976; Naffine 1996). Estos delitos no solo fueron desatendidos en la investigación criminológica convencional, sino que tampoco recibieron la atención adecuada por parte de los sistemas de justicia penal, dentro de los que se tendía a culpar a las víctimas y dejar a los perpetradores sin sanción (Caringella 2008; Hague y Malos 1993; Radford y Russell 1992; Schechter 1982); lo cual provocó una estigmatización sobre las mujeres

víctimas de violencia, sobre las cuales hasta ahora perdura en sociedades predominantemente machistas, como la ecuatoriana. Por lo tanto, los enfoques criminológicos feministas fueron determinantes para exigir, tanto a la disciplina como al sistema de justicia penal, que se tomen en serio los crímenes cometidos por y contra mujeres y niñas.

Así, de manera incipiente, se avanzó en los estudios de género y se fueron vinculando cada vez más con la criminología. Sin embargo, los primeros supuestos criminológicos con enfoque feminista tendían a reproducir los ya desarrollados por parte de la criminología convencional, reutilizando conceptos ortodoxamente arraigados, distorsionando y estereotipando las experiencias femeninas. De este modo, se establecía el arquetipo de la mujer delincuente, el cual se configuraba a partir del supuesto de una mujer joven, que ha sido abusada sexualmente, que ha escapado de casa, vive en la calle y que se ha involucrado en la prostitución y en las drogas (Wattanaporn y Holtfreter 2014). De manera inmediata se hizo evidente la creciente desconexión entre la realidad social y las expresiones científicas y culturales, hasta el punto en que la literatura no reflejaba prácticamente ninguna ruta conceptual intermedia hacia el crimen: una delincuente femenina, o era una *mujer de la calle*, o, en contraste, no era diferente de su contraparte delincuente masculina (Wattanaporn y Holtfreter 2014); razón por la cual las teorías criminológicas tradicionales se vieron limitadas en sus intentos de entender al fenómeno criminal.

No obstante, a medida que la investigación se enfocaba en lo personal y político de su trabajo, esforzándose por dar respuesta al problema de la generalizabilidad¹, se desarrollaron nuevos enfoques teóricos y metodológicos (Heidensohn 2012). Elevar el perfil de las mujeres y estudiar sus vidas llevó a centrarse en su victimización, especialmente como consecuencia de la violencia doméstica y la agresión sexual (Kelly 1988; Stanko 1981). Otra consecuencia fue la aparición del análisis y problematización de las masculinidades y la delincuencia, que surgió del nuevo énfasis en los varones como sexo dominante en el comportamiento delictivo (Newburn

y Stanko 1994). De este modo, la agenda pública y política, así como el marco jurídico, se vieron afectados como consecuencia de todos los avances alcanzados.

Al demostrar la compleja heterogeneidad en las causas del crimen, el estudio inicial de Kathleen Daly sobre las vías de formación feminista hacia el crimen (*feminist pathways theory*) contribuyó significativamente a comprender las intrincadas circunstancias e influencias que configuran la delincuencia femenina (Belknap y Holsinger 2006; Wattanaporn y Holtfreter 2014). En particular, el trabajo de Morash y Schram (2002) determinó conceptualmente cinco vías o caminos de formación que las mujeres suelen tomar cuando se involucran inicialmente en el crimen: i. mujer de la calle; ii. mujer maltratada; iii. mujer herida y lastimada; iv. mujer conectada con drogas; y, v. mujer económicamente motivada por otros.

Así, desarrollado a fines de la década de 1980, el marco teórico de la corriente conceptual de los mecanismos de formación del delincuente reconoce que las circunstancias únicas de la vida llevan a las mujeres a la delincuencia; si bien los hombres pueden experimentar circunstancias similares, las mujeres se ven afectadas de manera distinta por la exposición a las mismas condiciones criminógenas (Mears, Ploeger y Warr 1998). Además, la investigación sobre el proceso de formación delictiva se enfoca en reconocer no solo las disparidades entre hombres y mujeres, sino también las diferencias dentro de las delinquentes femeninas. Con ello, Daly desafía las perspectivas predominantemente neutrales en cuanto al género y las representaciones feministas de una delincuente femenina típica.

La investigación posterior avanzó en el enfoque de Daly, incorporando múltiples fuentes de datos en la construcción de perfiles de mujeres, técnicas de métodos mixtos (Reisig et al. 2006), metodología cuantitativa y modelos estadísticos sofisticados (Brennan, Breitenbach, Dieterich, Salisbury y Van Voorhis 2012; Salisbury y Van Voorhis 2009). Algunos de estos estudios incluyen el modelo de victimización infantil,

¹ Daly y Chesney-Lind (1988) describían el problema de la generalizabilidad como el vacío conceptual presente en la criminología, el cual está asociado al fracaso de la mayoría de las explicaciones criminológicas a la hora de tener en cuenta el género, las diferencias de género y las experiencias de mujeres y hombres en relación con la delincuencia y la justicia penal.

el modelo relacional y el modelo de capital social y humano (Salisbury y Van Voorhis 2009).

En particular, a partir de una muestra de 120 mujeres encarceladas, Shechory, Perry y Addad (2011) estudiaron el proceso de formación delictiva, analizando características relacionadas con el delito cometido, específicamente, delitos de narcóticos, delitos violentos y fraude. De este modo, con base en los resultados de su estudio, establecieron una serie de elementos descriptivos que se asocian a las mujeres que cometen delitos vinculados con drogas y narcóticos:

cometieron su primer delito a una edad relativamente temprana, fueron arrestadas por primera vez a una edad temprana y tuvieron más arrestos que otras reclusas en prisión [...] Pasaron gran parte de su infancia fuera de casa [...] estaban más expuestas a las drogas y al alcohol, y sufrían más abusos en comparación con otros reclusos [...] demostraron conductas más problemáticas en la infancia (se escapaban de casa, deambulaban por las calles, maltrataban a los animales, etc.) y estaban en mayor medida en contacto con grupos de iguales delincuentes. (Shechory, Perry y Addad 2011, 410)

Salisbury y Van Voorhis (2009) utilizaron el marco teórico de las vías de formación para identificar el proceso evidenciado hasta el encarcelamiento de una muestra de 313 mujeres. Este estudio incorpora, además, un modelo de victimización infantil, un modelo relacional, y un modelo social y de capital humano. Sus hallazgos respaldan muchos de los componentes de la teoría de vías de formación de Daly. Así, a través de efectos psicológicos y conductuales, la victimización infantil se relaciona directamente con la delincuencia; en otras palabras, ante un escenario de mayor victimización infantil mayor es la probabilidad de desarrollar un comportamiento sancionable.

El análisis relacional determinó, en las mujeres de la muestra, un comportamiento vinculado a la adicción, a la ansiedad y a la depresión, circunstancias que pueden configurarse como predictores de delincuencia adulta. El análisis del capital social y humano evidenció que los problemas de empleo y

la baja educación aumentaron los comportamientos delictivos (Salisbury y Van Voorhis 2009). Estos resultados guardan consonancia con investigaciones previas que han señalado que las delincuentes femeninas permanecen en escenarios deficientes en capital social (Reisig, Holtfreter y Morash 2002); es decir, en contextos donde tienen mayores carencias de recursos culturales, como conocimientos, habilidades u otros (Bourdieu, 1987). De este modo, generar políticas públicas que se materialicen en la provisión de recursos y servicios patrocinados por el Estado para la satisfacción de las necesidades socioeconómicas se vincularía a significativas reducciones en la reincidencia criminal de mujeres económicamente desfavorecidas (Holtfreter, Reisig y Morash 2004).

Extendiendo el enfoque, la teoría de vías de formación feministas hacia el crimen ha sido aplicada a los contextos de victimización en población no infractora. En efecto, los resultados de la investigación criminológica en términos de victimización sugieren que muchas experiencias negativas de la niñez y la adolescencia pueden conducir a una variedad de formas de victimización adulta. Algunas de estas experiencias incluyen abuso infantil o adolescente, consumo de sustancias narcóticas y disfunción familiar (Wattanaporn y Holtfreter 2014). Evidentemente, los eventos negativos de la vida experimentados en la niñez y la adolescencia desempeñan un papel destacado en las vías de formación hacia la victimización en la edad adulta (Wattanaporn y Holtfreter 2014).

En específico, el estudio de Hillis et al. (2001) encontró que experiencias de adversidad infantil, que incluyen abuso físico, verbal y sexual, condiciones de maltrato a la madre, jefes de hogar reclusos y abuso de sustancias narcóticas en el hogar, determinan un mayor riesgo de victimización. A esta serie de condiciones dinámicamente traumatizantes se suman, con frecuencia, procesos de marginación económica y consumo de drogas y alcohol durante la adolescencia. Todo ello confluye en un aumento de la probabilidad de sufrir situaciones de riesgo en la edad adulta.

En esencia, los estudios sobre vías de formación feministas han determinado que una variedad de experiencias negativas en la primera infancia pueden

generar condiciones favorables para el surgimiento de escenarios de delincuencia y victimización adulta. A la vez, los análisis empíricos han revelado patrones y tendencias importantes, mientras que las investigaciones cualitativas han resaltado el contexto en el que surgen estas relaciones. Así, de manera general, la investigación feminista ha logrado grandes avances en el uso de análisis basados en la teoría de vías de formación para identificar factores de riesgo asociados al género que configuren un panorama de delincuencia y victimización.

Paralelamente, se han desarrollado nuevos cuestionamientos en el panorama teórico feminista que, evidentemente, han sido de clara relevancia para la criminología. Las investigaciones recientes se han centrado en la delincuencia y la victimización femenina, agregando otro factor clave: la cultura. Se entiende por cultura al entorno simbólico en y a través del cual los individuos y los grupos dan sentido a su ser, a sus acciones y al mundo social y material (Ferrell et al. 2015).

Aunque la cultura está intrincadamente entrelazada con las estructuras de poder, no se considera una entidad estática reducible a la clase, la etnia o el territorio; por el contrario, la cultura es más bien dinámica: una compleja interacción de transgresión, criminalización y control es el núcleo de los procesos continuos mediante los cuales se configuran significados e identidades (Naegler y Salman 2016).

Ciertamente, la delincuencia no supone únicamente el acto de desviarse de una norma social, sino que está relacionada con una amplia variedad de instituciones que participan en la generación y normalización de significados culturales que definen los parámetros y las percepciones sobre delincuencia. De este modo, la transgresión y el delito son elementos de carácter profundamente social, que adquieren sentido dentro de la dinámica cultural específica que los rodea, y deben leerse en función de los significados que incorporan (Hayward y Young 2004, 259). Así, un conjunto de prácticas humanas complejas, diversas y cambiantes, reafirman la importancia de la cultura para comprender tanto la vida social, en general, así como la delincuencia, en particular.

Por ello, para la criminología es crucial entender las acciones y experiencias humanas en un contexto cultural, en el que los significados y simbolismos de las normas y valores se determinan a través de procesos interactivos fluidos, constantemente cambiantes. No obstante, esta relación conceptual entre cultura y delincuencia, a menudo ha ignorado el rol del género como un importante elemento de influencia cultural dentro de la dinámica social. Retomando a de Beauvoir, el binario de masculinidad y feminidad es, quizá, el principal elemento de distinción cultural que se impone desde el nacimiento a los seres humanos. Aplicándolo a la criminología, esto permite conectar las dicotomías de género —emociones internalizadas, experiencias, expectativas y expresiones externas— con patrones análogos de género en la comisión de delitos y su castigo. Evidentemente, una buena teoría criminológica debería ser capaz de explicar las disparidades de género en quién comete delitos y por qué.

Incorporar la cultura puede ser útil para ampliar el enfoque teórico y práctico de la criminología a partir de un lente de género. Sin duda, las mujeres encuentran distintos factores que las conducen o motivan a participar —potencial y efectivamente— en actividades delictivas; factores que no se configuran de manera idéntica a los que culturalmente se asocian a las actividades delictivas de los hombres. En particular, distintos estudios han analizado el relativo éxito en los procesos de reclutamiento de mujeres jóvenes dentro de organizaciones criminales y terroristas (Naegler y Salman 2016). Con frecuencia, la criminología convencional ha descrito a estas mujeres únicamente como *fangirls* o jóvenes seducidas por miembros de la organización. Sin embargo, una vez más, el correlato de la delincuencia femenina difiere de aquellas variables y conceptos que se originaron en las teorías tradicionales (Naegler y Salman 2016).

Al referirse a estas mujeres como *fangirls*, se desestima lo que pueden ser deseos, expectativas y esperanzas de autonomía distintas de las motivaciones experimentadas por sus pares masculinos. Además, este enfoque ortodoxo ha retratado a las mujeres como relativamente pasivas, lo cual pasa por alto diferentes informes que han señalado el importante papel que en ocasiones, desempeñan las mujeres dentro de los grupos

criminales. De este modo, es posible advertir que, explícita o implícitamente, las mediaciones culturales de género siempre se encuentran en todo fenómeno social. Consecuentemente, añadir una visión crítica y un lente de género es fundamental para entender, de manera integral, las seducciones del crimen.

En este sentido, la criminología con enfoque feminista ha ido adoptando cada vez más una reflexión crítica sobre el impacto de las identidades interconectadas en la construcción de las narrativas que dan forma y definen el problema del crimen —y las soluciones implícitas al mismo—. Ciertamente, las identidades y el poder son relevantes en todos los aspectos sociales de la vida humana, por lo que también deben considerarse dentro de los contextos de criminalidad, victimización y las respuestas —formales e informales— al crimen. Así, planteado originariamente por la académica estadounidense Kimberlé Crenshaw a fines de la década de 1980, la interseccionalidad incorpora factores importantes que operan en el ordenamiento social —incluyendo el género, la autoidentificación étnica, la clase socioeconómica y la heteronormatividad— y que pueden ampliar significativamente el marco teórico conceptual de la criminología con enfoque feminista (Potter 2013).

Lo que hace que un análisis sea interseccional es la adopción de una forma interseccional de pensar sobre el problema de la igualdad y la diferencia, así como de la relación de estos dos elementos con el poder. En este sentido, la interseccionalidad representa un cambio estructural y dinámico, que es útil para estimular la reflexión, la actitud crítica y la creatividad en la búsqueda de nuevas formas de desarrollar un análisis criminológico feminista integral. De esta manera, durante las últimas décadas se han empleado variaciones de la interseccionalidad en la investigación de las ciencias sociales en general, y en particular en la investigación con enfoque feminista y de género.

Investigaciones empíricas, como las de Visher (1983), evidenciaron que el racismo, la pobreza, la inaccesibilidad a los programas de servicios humanos y las políticas delictivas agresivas afectaban negativamente la vida y la situación de las mujeres, llevándolas, en última instancia, a participar en actividades delictivas

o criminalizadas, lo que fue descrito como un encasillamiento de género de género. Extendiendo el objeto de estudio, Beth Richie identificó seis identidades en que se encasillaba a las mujeres que experimentaron discriminación y procesos de atrapamiento de género: i. ser mujer; ii. ser mujer afroamericana; iii. ser mujer de bajos ingresos; iv. ser mujer maltratada; v. ser delincuente; y, vi. ser mujer encarcelada (Richie 1996).

Finalmente, a partir de un estudio realizado a mujeres estadounidenses afroamericanas heterosexuales que habían permanecido en relaciones de pareja abusivas, Potter (2006) enfatiza cómo las identidades de las mujeres afroamericanas impactan sus respuestas al abuso de la pareja íntima y cómo el sistema de justicia y las personas de su entorno responden a las mujeres que han sufrido abuso. Con base en sus hallazgos, entiende que las raíces de la violencia interpersonal son consecuencia de un sistema de violencia estructural, caracterizado por condiciones que debían cambiarse si se pretende erradicar este tipo de violencia relacional.

Debido a sus efectos sobresalientes, los enfoques interseccionales se están implementando cada vez más en la investigación criminológica feminista. Ciertamente, en el contexto actual de los estudios de género, cualquier investigación que desestime o haga de lado las diferencias y las identidades interconectadas corre el riesgo de ser asumida como teóricamente incompleta, políticamente irrelevante o sin consonancia con la realidad social.

La criminología con enfoque feminista y las políticas públicas

La criminología no puede entenderse exclusivamente como un instrumento que brinda herramientas conceptuales para entender el fenómeno criminal, sino como un insumo que permite, como se mencionó previamente, direccionar la política pública dentro de un Estado constitucional. En este sentido, cabe mencionar que la política pública es un proceso altamente técnico y racional que busca resolver problemas sociales de trascendencia pública (Fontaine 2015). Para esto se sirve de estrategias tanto materiales cuanto simbólicas que se diseñan, implementan y evalúan con arreglo a parámetros metodológicos preestablecidos y

medibles (Roth 2014); estos parámetros se extraen a partir del desarrollo de las ciencias relacionadas con la materia del problema a resolver. En este caso, al ser la criminalidad el problema fundamental de la política criminal, los parámetros que se utilizan para su diseño tendrán su origen, necesariamente, en la criminología, por esto es tan importante el desarrollo científico de esta rama del conocimiento.

Luego de dejar en claro lo relevante que es el saber criminológico para que un gobierno actúe en cumplimiento de su rol como ente administrador de la institucionalidad pública y delimitador de política criminal, es necesario reflexionar sobre las corrientes criminológicas que deben ser tomadas como referentes por parte de los entes diseñadores de las mismas, en virtud de las exigencias propias del Estado constitucional. En este sentido, es importante recordar que la criminología ortodoxa tiene varios inconvenientes metodológicos que generan limitaciones prácticas al momento de justificar los parámetros necesarios para diseñar políticas públicas, entre estas limitaciones se encuentran la exclusión de la mujer como sujeto social de su análisis.

Una ciencia criminológica que no toma en cuenta a la mitad de la población que conforma una sociedad, ni tampoco a uno de los fenómenos que mayores estragos causa en la región, la violencia de género, no

es un buen insumo para proponer políticas públicas en materia de prevención, persecución y sanción del delito. Frente a esto, la criminología con enfoque feminista permite tener una mejor idea del fenómeno respecto a las condiciones materiales y sociales en que subsisten las sociedades de la región. Así, este punto de partida permite generar una política criminal no ensañada con el castigo y la venganza, sino que comprenda la génesis criminal de los diversos mecanismos delictivos y ofrezca respuestas acordes (Bunge 2008).

Con estos insumos es posible diseñar un conjunto de medidas político-criminales no enfocadas exclusivamente en la sanción del delito como forma de expiación (Girard 1982), sino en el desarrollo social democrático, que propenda a la igualdad y a una vida civil más humana (Baratta 2004). El sistema jurídico penal es una herramienta estatal que debe ser utilizada en virtud de los grandes objetivos sociales y enfocado en los fines propios del Estado constitucional, los cuales son, en gran medida, construir una sociedad segura y pacífica, en donde imperen los derechos fundamentales. En este sentido, la criminología con enfoque feminista, al contar con una orientación más amplia que la criminología ortodoxa, permite desarrollar mejores estrategias de política pública y más cercanas a la realidad ecuatoriana, lo que, a su vez, dotaría al sistema de mayor racionalidad.

CONSIDERACIONES FINALES

La investigación académica es un proceso dinámico que no está exento de sesgos, suposiciones y juicios de valor. No obstante, la búsqueda permanente de un marco conceptual que se ajuste a una realidad social cambiante exige que estos supuestos se revelen y se reconozcan. En tal sentido, al igual que otras disciplinas, la criminología existe dentro de un entorno social complejo en el que los criminólogos incorporan —consciente e inconscientemente— prejuicios, suposiciones e intereses. En respuesta, la criminología con enfoque feminista, critica la predisposición androcéntrica de la criminología tradicional; es decir, su privilegio de las experiencias y perspectivas de los

hombres en relación con el conocimiento teórico y empírico producido sobre el crimen (Cook 2016).

La perspectiva criminológica feminista ha impulsado a la academia a articular y revelar estas dinámicas ortodoxas; sobre todo, en la medida en que afectan el carácter integral de las investigaciones, y son insuficientes para explicar el fenómeno criminal. La teoría criminológica con enfoque feminista se ha posicionado como un importante y duradero paradigma dentro de la criminología, cuyo objetivo no se reduce a una mejor gestión de los grupos criminales, sino que permite, además, criticar las realidades de justicia penal y

social e intentar ampliar los límites de la posibilidad y el pensamiento (Hogeveen y Woolford 2006).

Ciertamente, como ya se expuso, el género y la sexualidad afectan profundamente la multidimensionalidad de las prácticas humanas. Comprender la complejidad del género en las realidades cotidianas de las experiencias delictivas dentro de diversos entornos es tan complicado como esencial. En este sentido, la perspectiva feminista ha buscado incorporar dentro de la investigación criminológica las implicaciones teóricas y materiales que se configuran a partir de la interconexión entre distintos factores sociales que se experimentan fenomenológicamente. De este modo, ha demostrado que la delincuencia y la victimización tienen género, etnia, clase socioeconómica y están condicionadas por la heterogeneidad de las normas. Todo ello ha determinado contribuciones indelebles a la comprensión de la delincuencia y sus mecanismos de control, y ha generado insumos que permitan generar políticas públicas con un enfoque mucho más cercano a la realidad y a las necesidades sociales específicas de cada nación.

No obstante, la criminología con enfoque feminista no es solo un marco teórico, sino, además, es un movimiento social. Ignorar que las experiencias personales también son políticas implicaría suprimir una parte significativa de la capacidad analítica, una separación engañosa que no sería adecuada de demostrar. De este modo, junto con los avances teóricos y metodológicos, la investigación asociada a la criminología de enfoque feminista debe influir en las políticas y prácticas de un

sistema de justicia penal que, con frecuencia, silencia la diferencia y enfatiza la igualdad.

Este enfoque convergente, en el que la teoría está vinculada al diseño e implementación de políticas públicas de manera coherente, es congruente con el compromiso de la criminología con enfoque feminista con la investigación impulsada por un propósito, es decir, investigación que produce conocimiento que puede ser utilizado para el desarrollo de instituciones, diseño de políticas públicas y la construcción relaciones sociales más justas y equitativas. No se puede limitar el trabajo únicamente a publicar los resultados de los estudios, esperando que el diseño de políticas recaiga en manos, probablemente, ajenas a toda consideración teórica y práctica sobre los temas investigados.

En tal sentido, la criminología con enfoque feminista tiene un largo legado de defensa del cambio social, análogo a la arista política que, actualmente, busca eliminar la desigualdad de género, promover la equidad y racionalizar los sistemas de justicia. Sin duda, la inclusión de una perspectiva feminista puede ayudar a construir un mundo menos violento y más justo, así como una institucional judicial más racional. Sin embargo, de cierta manera, generar cambios no es difícil, lo complicado es materializar un cambio que sea importante para las personas marginadas y excluidas, un cambio que proporcione herramientas que puedan usarse para, a través de la institucionalidad pública, disminuir la opresión, desafiar las represiones y cambiar las relaciones de poder.

BIBLIOGRAFÍA

- Barnett, Hilaire. 1998. "The evolution and scope of feminist jurisprudence and feminist legal methods". En: *Introduction to Feminist Jurisprudence*, 3-27. Londres: Cavendish Publishing.
- Baratta, Alessandro. 2004. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. México: Siglo XXI.
- Beirne, Piers. 1993. *Inventing criminology: Essays on the rise of "Homo Criminalis."* Albany: State University of New York Press.
- Belknap, Joanne y Kristi Holsinger. 2006. "The gendered nature of risk factors for delinquency". *Feminist Criminology*, 1(1): 48-71. DOI: 10.1177/1557085105282897
- Bourdieu, Pierre. 1987. "Los tres estados del capital cultural". *Sociológica*, 2(5), 11-17. UAM-Azcapotzalco, México, núm 5: 11-17. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://sociologiac.net/biblio/Bourdieu-LosTresEstadosdelCapitalCultural.pdf>
- Brennan, Tim; Breitenbach, Markus; Dieterich, William; Emily Salisbury y Patricia Van Voorhis. 2012. "Women's pathways to serious and habitual crime: A person-centered analysis incorporating gender responsive factors". *Criminal Justice and Behavior*, 39(11): 1481-1508. DOI: 10.1177/0093854812456777
- Bunge, Mario. 2008. *Filosofía y sociedad*. México: Siglo XXI.
- Cain, Maureen. 1990. "Towards transgression: New directions in feminist criminology". *International Journal of the Sociology of Law*, 19(1): 1-8. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/towards-transgression-new-directions-feminist-criminology>
- Caringella, Susan. 2008. *Addressing Rape Reform in Law and Practice*. New York: Columbia University Press.
- Chesney-Lind, Meda. 1989. "Girls' crime and a woman's place: Toward a feminist model of female delinquency". *Crime & Delinquency*, 35(1): 5-29. DOI: 10.1177/0011128789035001002.
- Chesney-Lind, Meda y Randall Shelden. 2004. *Girls, delinquency, and juvenile justice*. Belmont: Wadsworth.
- Cook, Kimberly. 2016. "Has Criminology Awakened from its 'Androcentric Slumber'?" *Feminist Criminology*, 11(4): 334-353. DOI: 10.1177/1557085116660437
- Daly, Kathleen. 1989. "Gender and varieties of white-collar crime". *Criminology*, 27(4): 769-794. DOI: 10.1111/j.1745-9125.1989.tb01054.x
- Daly, Kathleen y Meda Chesney-Lind. 1988. "Feminism and criminology". *Justice Quarterly*, 5(4): 497-535.
- Daly, Kathleen y Julie Stubbs. 2006. "Feminist engagement with restorative justice". *Theoretical Criminology*, 10(1): 9-28. DOI: 10.1177/1362480606059980
- De Beauvoir, Simone. 2015. *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra.
- Flavin, Jeanne. 2001. "Feminism for the mainstream criminologist: An invitation". *Journal of Criminal Justice*, 29(4): 271-285. DOI: 10.1016/S0047-2352(01)00093-9
- Ferrell, Jeff, Keith Hayward, y Jock Young. 2015. *Cultural criminology: An invitation*. Los Angeles: SAGE Publications.
- Fontaine, Guillaume. 2015. *El análisis de políticas públicas: Conceptos, teorías y métodos*. Barcelona: Antropos.

- Garland, David. 1990. *Punishment and modern society: A study in social theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Gelsthorpe, Loraine y Allison Morris. 1990. *Feminist perspectives in criminology*. Buckingham: Open University Press.
- Gelsthorpe, Loraine y Allison Morris. 1988. "Feminism and criminology in Britain". *British Journal of Criminology*, 28(2): 93-110.
- Girard, René. *El chivo expiatorio*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Hague, Gill y Ellen Malos. 1993. *Domestic Violence: Action for Change*. Cheltenham: New Clarion Press.
- Hayward, Keith y Jock Young. 2004. "Cultural criminology. Some notes on the script". *Theoretical Criminology*, 8(3): 259-273. Acceso el 23 de junio de 2024. DOI: <http://dx.doi.org/10.1177/1362480604044608>
- Heidensohn, Frances. 2012. "The future of feminist criminology". *Crime Media Culture*, 8(2): 123-134. DOI: 10.1177/1741659012444431
- Henne, Kathryn y Rita Shah. 2016. "Feminist Criminology and the Visual". *Criminology and criminal justice*: 1-28. DOI: 10.1093/acrefore/9780190264079.013.56
- Hillis, Susan; Anda, Robert; Vincent Felitti y Polly Marchbanks. 2001. "Adverse childhood experiences and sexual risk behaviors in women: A retrospective cohort study". *Family Planning Perspectives*, 33(5): 206-211. DOI: 10.2307/2673783
- Hogeveen, Bryan y Andrew Woolford. 2006. "Critical Criminology and Possibility in the Neoliberal Ethos". *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 48(5): 681-701.
- Holtfreter, Kristy; Michael Reisig y Merry Morash. 2004. "Poverty, state capital, and recidivism among women offenders". *Criminology & Public Policy*, 3(2): 185-208.
- Hudson, Barbara. 2003. *Justice in the Risk Society*. London: Sage Publications.
- Kelly, Liz. 1988. *Surviving Sexual Violence*. London: Polity.
- Klein, Dorie y June Kress. 1976. "Any woman's blues: A critical overview of women, crime, and the criminal justice system". *Crime and Social Justice*, 5(Spring/Summer): 34-49.
- Mears, Daniel; Matthew Ploeger y Mark Warr. 1998. "Explaining the gender gap in delinquency: Peer influence and moral evaluations of behavior". *Crime & Delinquency*, 35(3): 251-266. DOI: 10.1177/0022427898035003001
- Morash, Merry y Pamela Schram. 2002. *The prison experience: Special issues of women in prison*. Prospect Heights: Waveland Press.
- Naegler, Laura y Sarah Salman. 2016. "Cultural Criminology and Gender Consciousness: Moving Feminist Theory from Margin to Center". *Feminist Criminology*, 11(4): 1-21. DOI: 10.1177/1557085116660609
- Naffine, Ngaire. 1996. *Feminism and Criminology*. Philadelphia: Temple University Press.
- Newburn, Tim y Elizabeth Stanko. 1994. *Just Boys Doing Business*. London: Routledge.
- Potter, Hillary. 2013. "Intersectional Criminology: Interrogating Identity and Power in Criminological Research and Theory". *Critical Criminology*, 21(3): 305-318. DOI: 10.1007/s10612-013-9203-6

- Potter, Hillary. 2006. "An argument for black feminist criminology: Understanding African American women's experiences with intimate partner abuse using an integrated approach". *Feminist Criminology*, 1(2): 106-124. DOI: 10.1177/155708510628654
- Radford, Jill y Diana Russell. 1992. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Macmillan.
- Reisig, Michael; Kristy Holtfreter y Merry Morash. 2006. "Assessing recidivism risk across female pathways to crime". *Justice Quarterly*, 23(3): 384-405. DOI: 10.1080/07418820600869152
- Reisig, Michael; Kristy Holtfreter y Merry Morash. 2002. "Social capital among women offenders: Examining the distribution of social networks and resources". *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 18(2): 167-187. DOI: 10.1177/1043986202018002004
- Renzetti, Claire. 2016. "Critical realism and feminist criminology: Shall the twain ever meet?". *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 5(3): 41-52. DOI: 10.5204/ijcsd.v5i3.325
- Renzetti, Claire. 2013. *Feminist Criminology*. London: Routledge.
- Richie, Beth. 1996. *Compelled to crime: The gender entrapment of battered black women*. New York: Routledge.
- Rocha Sánchez, Tania Esmeralda. 2009. "Desarrollo de la identidad de género desde una perspectiva psico-socio-cultural: un recorrido conceptual". *Interamerican Journal of Psychology*, 43(2): 250-259.
- Roth, André-Noël. 2014. *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Salisbury, Emily y Patricia Van Voorhis. 2009. "Gendered pathways: A quantitative investigation of women probationers' paths to incarceration". *Criminal Justice and Behavior*, 36(6): 541-566.
- Shechory, Mally; Gali Perry y Moshe Addad. 2011. "Pathways to women's crime: Differences among women convicted of drug, violence and fraud offenses". *The Journal of Social Psychology*, 151(4): 399-416.
- Schechter, Susan. 1982. *Women and Male Violence: The Visions and Struggles of the Battered Women's Movement*. Massachusetts: South End Press.
- Simon, Rita. 1981. *Women and crime*. Lanham: Lexington Books.
- Sollund, Ragnhild. 2017. "Doing Green, Critical Criminology with an Auto-Ethnographic, Feminist Approach". *Critical Criminology*, 25(2): 245-260. DOI: 10.1007/s10612-017-9361-z
- Stanko, Elizabeth. 1981. *Intimate Intrusions*. London: Routledge.
- Sutherland, Edwin y Donald Cressey. 1974. *Criminology*. New York: Lippincott.
- Visher, Christy. 1983. "Gender, police arrest decisions, and notions of chivalry". *Criminology*, 21(1): 5-28. DOI: 10.1111/j.1745-9125.1983.tb00248.x
- Wattanaporn, Katelyn, y Kristy Holtfreter. 2014. "The Impact of Feminist Pathways Research on Gender-Responsive Policy and Practice". *Feminist Criminology*, 9(3): 191-207. DOI: 10.1177/1557085113519491

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

LEGAL CERTAINTY AND JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR

A SEGURANÇA JURÍDICA E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR

*Joyce Baus Villavicencio** y *Alejandro Borja Roldán***

Recibido: 12/III/2024

Aceptado: 31/V/2024

Resumen

El presente ensayo aborda la génesis de la seguridad jurídica desde Grecia hasta las sociedades contemporáneas. Posteriormente, delimita su concepto y elementos, y analiza de la dimensión y comprensión de la seguridad jurídica en el derecho comparado. Finalmente, se expone el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional del Ecuador desde el 2008 hasta el 2024, expandiendo su espectro como derecho, principio y garantía propia del Estado de derecho.

Palabras clave: Certeza jurídica; Axiología; Derecho; Principio; Garantía; Estado de derecho

Abstract

The present essay addresses the genesis of legal certainty from Greece to contemporary societies. Subsequently, its concept and elements are delineated. Additionally, it carries out a comparative analysis of the dimension and understanding of legal certainty in comparative law.

Finally, we expose the jurisprudential development that the Constitutional Court of Ecuador has undergone from 2008 to 2024, expanding its spectrum as a right, principle, and guarantee inherent to the Rule of Law.

Keywords: Legal certainty; Axiological; Right; Principle; Guarantee; Rule of law

Resumo

O presente ensaio aborda a gênese da segurança jurídica desde a Grécia até as sociedades contemporâneas. Posteriormente, delimita o seu conceito e elementos, e analisa a dimensão e compreensão da segurança jurídica no direito comparado. Finalmente, expõe-se o desenvolvimento jurisprudencial que teve a Corte Constitucional do Equador desde 2008 até 2024, expandindo o seu espectro como direito, princípio e garantia própria do Estado de direito.

Palavras-chave: Certeza jurídica; Axiologia; Direito; Princípio; Garantia; Estado de direito

* Es abogada por la Universidad de las Américas, Ecuador, y miembro del programa UDLA Honors. Ha realizado estudios en Historia y Antropología, en la Universidad Nacional de San Martín, Argentina. Líneas de investigación: Derecho constitucional, derechos humanos e historia. Correo electrónico: bausjoyce@gmail.com

** Es abogado y Magíster en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de las Américas, Ecuador. Líneas de investigación: Derecho constitucional, Derecho procesal, garantías jurisdiccionales. Correo electrónico: alejandrorolja12@hotmail.com

Cómo citar este artículo: Baus Villavicencio, Joyce y Alejandro Borja Roldán. 2024. "La seguridad jurídica y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador". Revista de estudios jurídicos Cálamo, núm. 21: 56-72.

INTRODUCCIÓN

¿Qué significa la seguridad jurídica en un mundo jurídico en constante evolución? Conscientes de la amplitud y complejidad que representa esta interrogante, en este ensayo realizaremos una aproximación teórica, complementada por una revisión jurisprudencial de las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana desde el 2008 hasta la actualidad. Para este fin, es importante partir de un análisis de su génesis en Grecia hasta el Estado constitucional contemporáneo. Después, procuraremos una serie de exposiciones conceptuales para desentrañar y comprender aquello que actualmente se entiende por “seguridad jurídica”. Luego, analizaremos algunos conceptos a la luz del Derecho comparado latinoamericano con énfasis en su aplicación y evolución en Ecuador.

Para empezar, la seguridad jurídica es un concepto histórico y social que se ha trasladado al mundo de lo jurídico. En Grecia, se destacó la importancia del respeto al Derecho positivo –formal–, a pesar de entrar en conflicto con el valor de la justicia –material–.

En Roma, la creación de las XII tablas y su difusión supuso un límite para el abuso de la clase patricia y permitió a los plebeyos acceder a la ley, para que tengan certeza en sus actuaciones y transacciones. En la Baja Edad Media se empezaron a analizar principios como el de legalidad, parte de la seguridad jurídica, además de garantías jurídicas y procesales; algunas de ellas asimilables al constitucionalismo moderno. En 1789, la Revolución Francesa puso fin a la inseguridad jurídica que representaba el régimen monárquico e introdujo un nuevo sistema legal basado en la voluntad soberana del pueblo. Con la llegada del Estado liberal, la justicia tomó un tinte formalista y procedimental, consolidándose el Estado constitucional y su final vinculación con los derechos fundamentales.

Solo entonces la seguridad jurídica se instituyó principalmente como un valor intrínseco del Derecho que interactúa con otras garantías como la legalidad, la juridicidad y el debido proceso, aplicables también al bloque de constitucionalidad, asegurando el respeto de los derechos conforme a la Constitución y los

instrumentos internacionales. En este sentido, es presupuesto necesario para su efectividad que la ley sea clara, estable y escrita. Más aún, es imperante que los actos del poder público sean razonables e inmutables, al igual que la protección a la cosa juzgada, evitando cambios sustanciales en la jurisprudencia.

Puede entonces entenderse la seguridad jurídica desde un punto de vista formal y otro material. El primero está vinculado con el derecho positivo sin exigir un contenido específico de las normas, pero que requiere una estructura regular de aplicación. El segundo enfoque, en cambio, se vincula con el valor de la justicia, además de las condiciones propias del Estado de derecho como la libertad y la igualdad. A pesar de que la doctrina pueda tratar ambos enfoques por separado, son parte indisoluble de su conjunto.

Aunque desde antaño la seguridad jurídica ha sido concebida meramente como un valor, debe entenderse según las percepciones de cada país, como derecho, principio o garantía. Por ejemplo, en Venezuela (1999) se estableció que es un derecho vinculado al fomento de la propiedad privada. Para Bolivia (2009), es un principio que debe ser observado por los jueces en sus decisiones judiciales. El Salvador (1983) la consagró como un valor previo a la formación del Estado. Y, en Ecuador (2008), el derecho a la seguridad jurídica se aborda en relación con el principio de legalidad y su aplicación por parte de la autoridad estatal.

Al respecto, desde el 2008 hasta la actualidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana ha concebido a la seguridad jurídica como derecho, principio y garantía; cuya vulneración, inicialmente, se asoció con la inobservancia de normas infraconstitucionales así como su correcta aplicación. Se vinculó con la vulneración a otros derechos, debido a su complejidad e inexactitud para abordarse como un derecho autónomo.

Finalmente, se ha verificado la afectación a la seguridad jurídica por la inobservancia de precedentes y la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales.

ORIGEN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Gregorio Peces Barba (1990) considera que la seguridad jurídica es, como la mayoría de “términos culturales”, un concepto histórico aplicable a la realidad contemporánea. Tiene un sentido más general y cercano a otros factores histórico-sociales distintos a lo estrictamente jurídico. Algunos autores la conciben desde el primer registro de obediencia a la ley y consideran a Sócrates como su precursor; esta idea surge del *Critón*. En este relato, el filósofo es renuente a fugarse de la prisión, puesto que la seguridad jurídica comprende la obediencia a las decisiones y al derecho positivo.

Por su parte, doctrinarios como Antonio Pérez Luño (2000) sostienen que su génesis se relaciona con el fin de la monarquía e inicios de la República en Roma (509 a. C.). Luego de la deposición de Tarquinio el Soberbio e instauración oficial de la República, la clase patricia se arrogó el control absoluto del Senado, restringiendo a los plebeyos el acceso al conocimiento del Derecho y su aplicación. En el 494 A.C. los plebeyos emprendieron un éxodo masivo de Roma e instauraron su propia forma de Estado. La respuesta de los patricios fue la promulgación de las XII Tablas, que implicó una frontera para los abusos de su hegemonía política y económica. Gracias a la promulgación y difusión de la ley, ambos grupos supieron qué efectos legales esperar de los actos propios y de los demás. Ello sirvió para limitar los abusos de poder de las clases dominantes.

En cambio, para Gregorio Peces Barba (1990), la seguridad jurídica parte de un monismo ideológico que solo fue posible en la Edad Media con un solo ordenamiento jurídico y religioso. Para el académico, el hombre se sintió seguro una vez que se estableció el régimen social de vasallaje, que trazaba la vida del pueblo con roles preestablecidos desde su nacimiento hasta su muerte. Una vez entrada la Baja Edad Media, existen algunos

precedentes; por ejemplo, las *Decretas de las Cortes de León*, celebradas por Alfonso IX de 1188. En este texto, se expresa por primera vez en un texto jurídico el principio de legalidad como parte de la seguridad jurídica. En este documento medieval pueden encontrarse garantías jurídicas y procesales (Spangenberg 2016), a simple vista, asimilables a las que son parte del constitucionalismo moderno.

Pese a su reconocimiento, la seguridad jurídica no era un concepto aplicable, debido al rol abusivo y controlador de la burguesía en el siglo XVIII. El descontento generalizado de la sociedad dio paso a la Revolución Francesa (1789). La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano conllevó al reconocimiento del ser humano como sujeto de derechos y a la ley como máxima expresión de la soberanía. Solo entonces los ciudadanos se convirtieron en los creadores de la ley, generalizando su estabilidad, continuidad y seguridad jurídica. Este antecedente permitió que los principios establecidos en la Declaración para garantizar la soberanía nacional perduren en la primera Constitución francesa de 1791, en el Código Civil Francés de 1804 o Código Napoleónico (López Oliva 2011), que sirvieron de referencia para los textos constitucionales contemporáneos.

La máxima expresión de la seguridad jurídica surgió junto a su garantía y exigibilidad mediante ley en el Estado liberal. Acorde con la concepción política de la mencionada corriente, el positivismo proporcionó a la seguridad jurídica un respaldo normativo, en cuanto procuró y definió la existencia de procedimientos que brinden certeza al sujeto como ente privado. En este punto, la justicia material quedó relegada frente a la justicia de tinte formalista y procedimental. Y la seguridad jurídica se convirtió en un componente clave del Estado de derecho.

DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Una vez que se ha realizado una aproximación a los antecedentes de la seguridad jurídica hasta la Modernidad, es imperioso definir de forma más precisa el concepto. La seguridad, en términos generales, es un concepto imprescindible para el surgimiento de las sociedades (Suárez Romero 2009); por ello, esta sección inicia con una aproximación a manera de presupuesto metodológico y se procura esbozar la definición de seguridad de forma general, para luego profundizar en su acepción jurídica.

La seguridad jurídica encarna el anhelo del hombre de un orden que lo aparte del estado de naturaleza e incertidumbre original, alienando una parte de su libertad al Estado (Pérez Luño 2000, 25). En forma general, está indiscutiblemente ligada a las ideas de “orientación, orden, previsibilidad y protección” (Squella 2007, 534). La seguridad jurídica, tratada como valor intrínseco del Derecho, debería guardar armonía con las garantías afines como la legalidad, la juridicidad y el debido proceso (Vargas Morales 2023). El autor Vargas Morales afirma que la seguridad jurídica es un fin del Derecho porque permite efectivizar garantías y bienes jurídicos. En otras palabras, es un concepto abstracto¹ que constituye un ideal de concurrencia de garantías jurídicas específicas que reflejan los valores intrínsecos de la seguridad. Esta “moralidad legal” puede ser compatible con el derecho positivo. Lo que formalmente conlleva a plantearse que el valor de la seguridad jurídica –o certeza del Derecho– se encuentra en la norma. Con intención de aclarar esta posición, Radbruch anotó: “[t]oda ley positiva lleva un valor en sí misma, independientemente de su contenido: es siempre mejor que la falta de ley, pues crea seguridad jurídica” (1999, 95). Para el autor, es una forma de justicia, bajo la idea de que una aplicación uniforme de la normativa conduce a alcanzar el ideal de igualdad en términos formales. De esta manera, justifica el derecho positivo y le atribuye condiciones y requisitos para su realización “como valor imperante y recurrente para la solución de antinomias” (Vargas

Morales 2023, 4). El autor Drucaroff Aguiar (2019), citado por Manili (2019), concuerda con lo expuesto y añade que es “una verdadera necesidad del Estado de derecho,” porque “exige certeza sobre la vigencia de las normas y su continuidad en el tiempo” (ibidem), vinculada con el interés general.

En esa misma línea, García Manrique manifiesta que solamente se puede cumplir con el fin de la seguridad jurídica cuando la norma tiene al menos las siguientes características: publicidad, generalidad, claridad, posibilidad de ejecución, estabilidad, irretroactividad y coherencia (García Manrique 2007). Estos elementos constituyen condiciones suficientes y necesarias para la existencia de la seguridad jurídica, la cual, además, requiere una actuación consistente y regular de los juzgadores cuando las aplican y plasman en sus consideraciones de las sentencias. Max Ernst Mayer sobre este punto expresa que: “[es] la garantía dada a todo individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán aseguradas su protección y reparación” (1937, 197). Es prudente señalar que la seguridad jurídica es un valor resguardado por el Estado que busca garantizar el correcto funcionamiento de la vida en sociedad y que posibilita recurrir a instituciones gubernamentales buscando amparo o reparación ante posibles agresiones e incumplimientos de terceros. En armonía con lo expuesto, Miguel Suárez Romero, quien parte de la definición de seguridad jurídica provista por Manuel Atienza², argumenta que constituye una bondad propia de los ordenamientos jurídicos como un conjunto de mandatos, prohibiciones y permisiones que son plenamente conocidas por sus destinatarios. De esta manera, se preserva la idea de la sujeción funcional a las reglas del juego preestablecidas (Carbonell 2003). En concreto, representa un límite al voluntarismo del gobierno de turno. En términos de Gregorio Peces Barba (2003), genera una idea de libertad y seguridad, a la vez que es un elemento esencial para

1 El autor indica que, al ser un medio para la realización de otras garantías, carece de valor autónomo.

2 Para Atienza: “la seguridad jurídica puede entenderse, en un sentido muy amplio, como la seguridad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta” (Atienza 1985, 116).

la cohesión de la ciudadanía con el sistema político y jurídico. De modo similar, Cassagne la define como “el marco de previsibilidad de las conductas de los agentes estatales” (2001)³ que puede analizarse estática y dinámicamente. Estáticamente, está vinculado con “el imperio de la ley, la división de poderes y el respeto a los contratos” (ibidem), mientras que el segundo busca que los agentes públicos no vulneren los derechos de las personas, por ser idóneos y no corruptos.

Por su parte, Alexy (2015) señala que la seguridad jurídica es un principio que exige que las normas de un sistema jurídico sean observadas en el mayor grado posible, convirtiéndose en un medio para la consecución de la eficacia social. De esta manera, la seguridad jurídica supone un fundamento de positividad que se mide en términos de emisión y eficacia. No obstante, parecería que existe conflicto con el “principio de corrección”, cuya exigencia es que el contenido de la norma se vincule con el valor moral de la justicia (Alexy 1997). Pero se debe considerar que el concepto de Derecho utilizado para esta conceptualización es el que se compone del valor de la justicia, la emisión autorizada de normas y la eficacia social. Esta línea argumentativa se distancia de una posición únicamente positivista e implica que la seguridad jurídica es una condición necesaria para alcanzar el valor de la justicia. Así, la seguridad jurídica es un principio formal que supone un compromiso con aquello emitido por la autoridad facultada para hacerlo y persigue la eficacia, mientras que el principio de corrección moral es material o sustantivo (Alexy 2008). Y, ninguno de los dos debe superponerse por completo al otro, a menos que exista un escenario de extrema injusticia o incorrección moral; único caso para el que Radbruch estima que la corrección sustantiva se debe superponer a lo formal y recaer en la invalidez (Alexy 2015).

Por su parte, Dworkin coincide en que la seguridad jurídica es un principio, ya que no establece una consecuencia jurídica específica y proporciona una razón para argumentar en una determinada dirección. Y, para los académicos Joseph Raz y Frederick Schauer, los principios son más flexibles e implican una amplia

gama de acciones; por lo cual, la seguridad jurídica encaja en este concepto (Dworkin 1967) y tiene una doble dimensión. La primera es objetiva y está vinculada a la certeza sobre el ordenamiento jurídico y los intereses jurídicamente tutelados. La segunda es subjetiva y tiene relación con la previsibilidad o expectativa de su aplicación por parte de los poderes públicos (Gaviláñez Villamarín et al. 2020).

Como se puede advertir, las definiciones expuestas coinciden en ciertos aspectos que conforman la seguridad jurídica, como “la confianza, estabilidad del sistema jurídico, la posibilidad de prever o pronosticar riesgos y la certidumbre” (Manili 2019, 285). A la vez, se menciona la obligación del Estado de garantizarla, abarcando así “la protección frente a violaciones de derechos, prohibición de arbitrariedad, justicia intrínseca o razonabilidad de normas” (ibidem). Con base en estos elementos, Manili elabora el siguiente concepto:

La garantía que el Estado debe brindar a las personas sujetas a su jurisdicción de que el sistema jurídico vigente protege y protegerá con leyes ciertas, escritas, estables, justas y razonables y con actos de aplicación de esas leyes también razonables y estables, los derechos humanos fundamentales, tal como están consagrados en las normas que integran el bloque de constitucionalidad, ante cualquier lesión o violación proveniente del Estado o de particulares. (2019, 286)

Este concepto, a nuestro criterio, comprende más integralmente el principio de la seguridad jurídica, porque precisa que el Estado es el ente obligado de proveerla a todas las personas, ciudadanos y extranjeros, que estén en su jurisdicción. El autor señala que la seguridad jurídica protege y continuará protegiendo los derechos de forma que estén consagrados normativamente y cuenten con las garantías y acciones necesarias para su resguardo, a través de “la existencia de garantías institucionales que impidan su violación” (ibidem).

Las leyes, para cumplir con este valor y principio, deben ser ciertas, escritas y estables. En otras palabras, deben

3 Ver. Cassagne, Juan. 2001. “La seguridad jurídica en las provincias”. LALEY-F. 1109. <https://cassagne.com.ar/wp-content/uploads/2023/10/La-seguridad-juridica-en-las-provincias.pdf>

estar bien redactadas, ser exactas y completas. Además, dado que están escritas, se impide que existan órdenes por fuera de la normativa aplicable como ocurre con aquellas de tipo consuetudinario. Todo ello busca prevenir cambios constantes en la ley (Barrales Arias 2010). Este punto, como se observa, hace referencia al principio de legalidad, que no es equivalente, pero está contenido por la seguridad jurídica (Zavala Egas 2010).

Por consiguiente, la seguridad jurídica se vincula con el principio de razonabilidad, cuyo fin último es preservar el valor de la justicia en toda actuación de un órgano de poder público y actos particulares (Barrales Arias 2010). En este sentido, tanto entes públicos como privados deben actuar bajo los criterios de razonabilidad y estabilidad.

Ahora bien, aplicando estos criterios a los actos administrativos y sentencias, la arbitrariedad está prohibida y, en cuanto a estabilidad, apunta a la protección de la cosa juzgada y evitar cambios en la jurisprudencia. En referencia al bloque de constitucionalidad, la seguridad jurídica resguarda que los derechos sean

respetados conforme haya consagrado el constituyente y los instrumentos internacionales. Esto requiere que su interpretación y aplicación no sea tergiversada, siguiendo los parámetros establecidos por la jurisprudencia internacional (Manili 2019).

Finalmente, se refiere a que las acciones u omisiones de públicos o privados pueden vulnerar el valor de la seguridad jurídica. En el caso de los privados, por ejemplo, podría ser el incumplimiento de un contrato, una quiebra fraudulenta o un despido intempestivo. Manili menciona que estos actos son tan lesivos para la seguridad jurídica como una “orden de arresto verbal, la anulación de un acto administrativo que generó derechos sustantivos o el dictado de una sentencia en contra de otra que se encontraba en firme” (2019, 287). Por su lado, el Estado tiene tres obligaciones: (i) delimitar el ámbito de su injerencia en asuntos particulares, “(ii) abstenerse de emitir actos legislativos, administrativos o judiciales que afecten a la seguridad jurídica”; y (iii) “proveer una legislación adecuada para prevenir, evitar y sancionar los actos de particulares que la vulneren” (ibidem).

SEGURIDAD JURÍDICA FORMAL Y MATERIAL

García Máynez cuestiona la vinculación de la efectividad en el ordenamiento jurídico con la existencia de la seguridad jurídica, porque para que exista seguridad jurídica, deben converger justicia, eficacia y vigencia de la legislación. En este punto, es posible analizarla desde el sentido formal y material. Formalmente, no se exige ningún contenido específico. Sin embargo, requiere una estructura regular de funcionamiento y de aplicación normativa, carente de arbitrariedad (Suárez Romero 2009), en observancia de una serie de valores y principios imperantes en el ordenamiento jurídico y que viabilizan la consecución de la seguridad jurídica como fin del Derecho (Bartolotti Henríquez 2011). Comprende, entonces, las relaciones sociales previstas y normadas “por un estatuto jurídico conocido y observado” (Vargas Morales 2023, 7) por agentes públicos o personas privadas, buscando tutelar determinados bienes jurídicos. Por otro lado, una acepción material está más cercana a la definición expuesta por el profesor

García Máynez, es decir: “un conjunto de prescripciones justas” (1994, 479), que requiere, asimismo, condiciones adicionales provenientes del Estado de derecho, como los valores de libertad e igualdad.

Puede entonces ser concebida en un sentido formal o material. Sin embargo, a nuestro criterio, si se separan, el concepto de seguridad jurídica perdería su fuerza como valor transversal al Estado de derecho. Coincidimos con el profesor Peces-Barba, para quien la evolución de la seguridad jurídica permite reconocerla como “justicia formal y justicia material, es libertad más igualdad o libertad igualitaria” (2000, 221). De esta manera, solamente es correcto comprenderla en sus dos espectros.

Suárez Romero afirma que esta forma de entender la seguridad jurídica es compatible con las posturas que procuran explicarla como un “derecho político

subjetivo oponible frente a cualquier acto de un órgano estatal” (Suárez Romero 2009, 316) como es el caso del Ecuador. Y cita a Ignacio Burgoa, que la entiende como “el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a las que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos” (2003, 504). Sin embargo, es una

visión que limita el concepto de la seguridad jurídica a las actuaciones del poder público que buscan afectar de modo válido a los gobernados. En contraposición, la mayor parte de la doctrina revisada, proveniente de fuentes anglosajonas o latinas, se decanta por entender la seguridad jurídica de forma amplia, de tal forma que no solamente envuelva actos provenientes de órganos del Estado, sino de cualquier conducta del individuo en sociedad.

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, se presenta un breve análisis del modo en que la seguridad jurídica es entendida en América Latina. Para este fin, seguimos la división realizada por el profesor Manili en su artículo Seguridad jurídica en el derecho constitucional comparado.

a) Régimen socioeconómico

La Constitución venezolana (1999) y la Constitución boliviana (2009) reconocen la existencia de la seguridad jurídica para el desarrollo del régimen socioeconómico vinculado con el fomento a la propiedad privada y desarrollo del pueblo. Por un lado, en Venezuela, el artículo 299 de la Carta Magna la consagra como un derecho que el Estado garantiza en relación con el fomento de la economía nacional. Por otro lado, Bolivia le dota de una doble dimensión de principio (art. 306) y derecho relacionado con el respeto a la iniciativa empresarial (art. 311). En un sentido similar se pronuncia la Constitución nicaragüense, en su capítulo Economía Nacional, Reforma Agraria y Finanzas Públicas.

b) Administración de justicia

En Bolivia, la seguridad jurídica es uno de los principios reguladores que la administración de justicia debe observar previo a emitir sus decisiones (art. 178). Igualmente, en México es un principio pensado para la prosecución de la denominada “justicia agraria”,

fin constitucional de la defensa de los derechos de los campesinos mexicanos (Gobierno de México 2020).⁴

c) Valor previo a la existencia del Estado

La Carta Magna de El Salvador (art. 1) señala que la seguridad jurídica es un valor previo a la conformación del Estado y cuya consecución es parte de su existencia.

d) Principio de legalidad

La Constitución ecuatoriana reconoce que dentro de los derechos de protección se encuentra la seguridad jurídica, basada en “respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (artículo 82). Puede decirse que el constituyente ecuatoriano consideró, en un primer momento, a la seguridad jurídica desde una perspectiva formal y no material, a manera de sustituto del principio de legalidad. Al respecto, Manili observa que:

es de destacar que no se menciona a la ley en sentido estricto como fuente de legalidad, sino simplemente a las “normas jurídicas”, lo cual ostenta una vaguedad tal que admitiría que por medio de un decreto se afectarían derechos, por ejemplo, tipificando delitos, estableciendo penas, aplicando sanciones, etc. Tampoco se menciona

⁴ Ver. Gobierno de México.2020. “La justicia agraria es una condición constitucional que garantiza la defensa de los derechos agrarios de la población campesina.” Blog Procuraduría Agraria. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://www.gob.mx/pa/articulos/la-justicia-agraria-es-una-condicion-constitucional-que-garantiza-la-defensa-de-los-derechos-agrarios-de-la-poblacion-campesina#:~:text=La%20justicia%20agraria%20es%20una,Agraria%20%7C%20Gobierno%20%7C%20gob.mx>

que las leyes deben ser razonables o justas. Hasta podría pensarse que el “derecho a la seguridad jurídica” se utilizó como una estrategia para que la norma simule decir algo que no dice, es decir: no se consagra en ella ni el principio de legalidad ni el de razonabilidad, y es evidente que sin esos principios no puede haber seguridad jurídica. (2019, 291)

Para el Ecuador, la seguridad jurídica puede entenderse, *prima facie*, como un derecho, principio y valor. A pesar de la redacción vaga y confusa del constituyente,

la Corte Constitucional amplía su ámbito de acción e interpretación, como se verá en la siguiente sección. Así mismo, el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial reconoce que la seguridad jurídica es un principio que obliga a los jueces a “velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas” (COFJ, artículo 25). Así, en Ecuador, los primeros llamados a resguardar este principio-derecho y valor del ordenamiento jurídico son los jueces.

COMPARACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LAS CONFORMACIONES DEL 2008 AL 2019 Y DEL 2019 AL 2024

En este apartado se expondrán los planteamientos jurisprudenciales, divididos en: conceptualización, procesos ordinarios y procesos constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la seguridad jurídica, desde el 2008 hasta la actualidad.

Metodología aplicada para la selección de sentencias

Se han seleccionado aquellas sentencias relevantes cuya decisión influyen directamente en el desarrollo de la seguridad jurídica, las cuales han sido emitidas por las anteriores conformaciones de la Corte Constitucional (2008-2019) y de la conformación del 2019, luego de la

renovación realizada por el Consejo de Participación Transitoria, hasta la actualidad.

Se presentan los fragmentos que consideramos que son más importantes para comprender la conceptualización de la seguridad jurídica en ambos periodos. En algunos casos, está planteada como derecho y, en otros, como principio. También se presentan algunas secciones de sentencias vinculadas con garantías del debido proceso y principios constitucionales. Luego realizaremos el análisis y expondremos los criterios desarrollados por la Corte Constitucional al examinar la seguridad jurídica en el contexto de los procesos de justicia ordinaria y de justicia constitucional.

Aspectos a considerar

Conceptualización	
Conformaciones 2008-2019	Conformación 2019-2024
<p>En relación con otros principios</p> <p>La Corte definió que la seguridad jurídica “es una garantía de certeza que funciona en conjunto con otros principios y derechos en el ordenamiento jurídico” (sentencia 072-13-SEP-CC, p. 13).</p> <p>La seguridad jurídica “se traduce en la certeza del derecho de conocer lo que está permitido, lo que está prohibido y lo que se manda cumplir”, y, además, la Corte estableció</p>	<p>Para analizar eventuales vulneraciones a la seguridad jurídica, la actual conformación de la Corte sostiene que es necesario que las transgresiones normativas tengan una trascendencia constitucional consistente, sobre todo, en una afectación a uno o varios derechos constitucionales del accionante distintos a la seguridad jurídica, afectación que, el caso de los individuos humanos, han de suponer una merma significativa de su autonomía personal (sentencia 1763-12-EP/20, 14.5).</p>

Aspectos a considerar

Conceptualización	
Conformaciones 2008-2019	Conformación 2019-2024
<p>En relación con otros principios</p> <p>una estrecha relación con el artículo 11.9 de la Constitución respecto a que es deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos (sentencia 052-13-SEP-CC pp. 10-13).</p> <p>La Corte, durante la sustanciación de una acción extraordinaria de protección, consideró que la seguridad jurídica es un principio que tiene relación con el artículo 226 de la Constitución que contiene el principio de legalidad (sentencia 051-13-SEP-CC, p. 17).</p> <p>En otro caso, la Corte relacionó la seguridad jurídica con el principio de igualdad, ya que consiste en “la observancia por parte de todos los ciudadanos y de las autoridades públicas a las normas preexistentes, ideal que va encaminado a la consecución del principio de igualdad; es decir que dichas normas impongan los mismos derechos y oportunidades a todas las personas que se encuentran en la misma situación, asegurando efectivamente la vigencia de estos derechos constitucionales” (sentencia 070-13-SEP-CC, p. 7).</p> <p>En relación con garantías</p> <p>En otro caso, la Corte vinculó el derecho a la seguridad jurídica con el cumplimiento de las normas para salvaguardar la supremacía de la Constitución (sentencia 054-13-SEP-CC, p. 14).</p> <p>La Corte determinó que “el principio a la seguridad jurídica encuentra su fundamento en el respeto a la Constitución” (sentencia 045-12-SEP-CC, 10). Por otra parte, en la sentencia 020-13-SEP-CC, la Corte indicó que “la seguridad jurídica y la garantía del debido proceso relacionada con el cumplimiento de normas y derechos de las partes [...] ambas garantías bajo estudio constituyen principios de carácter bidimensional” (Corte Constitucional del Ecuador 2013, 13).</p> <p>Otras definiciones</p> <p>La Corte determinó que el derecho a la seguridad jurídica parte de la necesidad social de contar y garantizar “claros y precisos modelos normativos de conducta, para dotar de seguridad y viabilidad a las previsiones normativas”. De igual modo, la Corte señaló que la seguridad jurídica “se convierte en el derecho que tienen todos los justiciables a</p>	<p>Durante este periodo la Corte ha delimitado que la seguridad jurídica es un derecho transversal presente en todo el ordenamiento jurídico. La Carta Magna ecuatoriana, en su artículo 82, señala que: “[e]l derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución del Ecuador, art. 82).</p> <p>La Corte también indica que el derecho a la seguridad jurídica implica: “(i) la preexistencia de normas previas, claras y públicas, y (ii) la aplicación de normas vigentes, tornando predecible al ordenamiento jurídico” (sentencia 17-14-IN/20, 20). De modo que la seguridad jurídica es el derecho a contar con un ordenamiento jurídico “previsible, claro, determinado, estable y coherente” (sentencia 1091-13-EP/20, 34) para que las personas conozcan las “reglas del juego” a las que están sujetas dentro del Ecuador. Además, este derecho debe considerarse rigurosamente por los poderes públicos para brindar seguridad a los individuos de que su situación jurídica no podrá modificarse más allá de lo previsto por los procedimientos regulares establecidos por autoridad competente (989-11-EP/20, 20).</p> <p>En adición, la Corte ha definido que la seguridad jurídica está conformada por la confiabilidad, la certeza y la no arbitrariedad (sentencia 1357-13-EP/20, 52). Con respecto a la confiabilidad, se hace efectiva mediante el principio de legalidad a través del proceso de generación de normas. En lo relativo a la certeza, las personas –naturales y jurídicas– tienen la confianza de que el ordenamiento jurídico es estable y coherente, de manera que se hagan efectivos sus derechos. Y los órganos administrativos y judiciales deben evitar aplicar arbitrariamente la normativa, misma que debe estar vigente en el momento de la reclamación (sentencia 1127-16-EP/21, 21).</p> <p>La Corte señala que la seguridad jurídica no puede entenderse simplemente como un mecanismo para proteger la vigencia de las reglas, sino como un principio pensado para salvaguardar otros que rigen el desarrollo y aplicación de los derechos (sentencia 1889-15-EP/20, 27), por ejemplo: la legalidad, publicidad, irretroactividad, generalidad, previsibilidad, que se encuentran contenidos mayoritariamente en el artículo 11 de la Constitución.</p>

Aspectos a considerar

Conceptualización	
Conformaciones 2008-2019	Conformación 2019-2024
<p>Otras definiciones</p> <p>conocer con certeza y anterioridad la normativa pertinente a la que todos deben sujetarse” (sentencia 049-13-SEP-CC, p.10).</p> <p>La Corte considera que la seguridad jurídica es un principio “que consiste en el acatamiento de las normas constitucionales e infra constitucionales, con el objeto de tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde a la Constitución” (sentencia 029-13-SEP-CC, p.11).⁵</p> <p>La Corte precisa que la seguridad jurídica es un principio que propende el cumplimiento de normas constitucionales y, en consecuencia, tutela la supremacía material de la Constitución. En virtud del principio de seguridad jurídica, la Corte sostiene que las normas deben ser claras y públicas generando así certeza en la ciudadanía e imponiendo la obligación a las autoridades competentes de observar este tipo de normas (sentencia 023-13-SEP-CC, p. 12 -11).⁶</p>	<p>Así, cuando se alega afectación a la seguridad jurídica, la Corte no se pronunciará sobre la correcta o incorrecta aplicación ni sobre su interpretación (sentencia 2034-13-EP/19, 22) y tampoco considerará como una afectación a la inobservancia normativa de los juzgadores (sentencia 874-15-EP/21, 36). Sin embargo, a la Corte le corresponde verificar que la inobservancia del ordenamiento jurídico de autoridades judiciales acarree la vulneración de preceptos constitucionales (sentencia 1593-14-EP/20, 19). De esta manera, se evita que la jurisdicción constitucional se confunda con la jurisdicción ordinaria y se garantice que cualquier vulneración al derecho a la seguridad jurídica tenga una trascendencia constitucional.</p>

Las anteriores conformaciones de la Corte relacionaron la seguridad jurídica con otros principios como el de legalidad, igualdad, así como con el deber estatal de cumplir y hacer cumplir los derechos. Además, se vinculó la seguridad jurídica con la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes, y como un medio para alcanzar la supremacía material de la Constitución. Finalmente, se estableció que la seguridad jurídica es un elemento para la convivencia social y guía de conducta, además de ser un derecho de las personas respecto a la previsibilidad y certeza de las normas y, obligación en cuanto a su acatamiento.

Del análisis del periodo 2019-2024cse puede concluir que una vulneración a la seguridad jurídica no obedece a una eventual errónea aplicación e interpretación

de normas. Al contrario, la Corte sostiene que la vulneración de la seguridad jurídica debe atarse a la afectación de uno o varios derechos distintos. Por otra parte, este organismo considera a la seguridad jurídica como un derecho es transversal a todo el ordenamiento jurídico. Se mantienen los criterios de previsibilidad coherencia y certeza de las normas. Además, la Corte señala que la seguridad jurídica es un principio pensado para salvaguardar otros que rigen el desarrollo y aplicación de los derechos.

Finalmente, la Corte considera que la seguridad jurídica impone una obligación a los poderes públicos con potestad normativa de modificar normas siguiendo los procedimientos establecidos en la ley, así como a los operadores de justicia la aplicación de normas vigentes.

⁵ Esta acción se negó porque cuestionaba la interpretación de la normativa infraconstitucional.

⁶ En el caso citado, la Corte negó la acción extraordinaria de protección, por cuanto el accionante solicitaba que se pronuncie sobre la presunta errónea aplicación de la ley.

Procesos ordinarios	
Conformaciones 2008-2019	Conformación 2019-2024
<p>La Corte Constitucional, al conocer una acción extraordinaria de protección, cuyo contexto provenía de un proceso penal por el delito de defraudación aduanera, declaró la vulneración del derecho a la seguridad jurídica del accionante. La Corte identificó que los jueces accionados infririeron que la conducta tipificada en la Ley Orgánica de Aduanas fue despenalizada por haberse promulgado el Código de Producción, Comercio e Inversiones. Al respecto, la Corte señaló que esta interpretación de los jueces dejó en incertidumbre a las partes procesales (sentencia 038-13-SEP-CC, p. 14).</p> <p>En esta sentencia, la Corte aborda la seguridad jurídica y la relaciona con el derecho a la propiedad. La Corte señala que “seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación” (sentencia 067-13-SEP-CC, p. 14).</p>	<p>Respecto de la casación en materia penal, la Corte estableció que la seguridad jurídica se cumple cuando los jueces de la Corte Nacional procuran “no alterar el relato fáctico que consta en la decisión recurrida” (sentencia 2170-18-EP/20, 44). Sin embargo, la Corte anota que, en estos casos, un Tribunal de Casación está en la obligación de corregir errores en cuanto a la aplicación del Derecho.</p> <p>En adición al criterio referido, la Corte señaló que la inobservancia de un fallo de triple reiteración “por parte de las y los operadores de justicia constituye en sí misma una afectación a preceptos constitucionales susceptible de ser examinada a la luz del derecho a la seguridad jurídica” (sentencia 1797-18-EP/20, 45). En definitiva, en este tipo de casos, la Corte no deberá verificar que, además de la seguridad jurídica, exista una afectación a otros preceptos constitucionales o relación con otros derechos. De esta manera, se constituye una excepción a la regla de constatar transgresiones a otros derechos.</p> <p>Así mismo, la Corte declaró que en este caso la seguridad jurídica se vulneró “al aplicar una norma que no estaba vigente al momento en que el accionante accedió a su jubilación patronal” (sentencia 86-18-EP/23, 40). Este caso guarda estrecha relación con los elementos de previsibilidad y certeza por parte del poder público hacia los individuos. Además, se puede observar que la Corte relaciona la seguridad jurídica con la protección del principio de irretroactividad.</p> <p>Por otra parte, al resolver una acción extraordinaria de protección cuyo origen era un juicio de cobro de honorarios profesionales, se declaró la vulneración a la seguridad jurídica, porque la judicatura accionada “inobservó la norma clara, previa, pública y vigente a la época, que era aplicable al caso concreto (artículo 847 del Código de Procedimiento Civil); (ii) aplicó un precedente jurisprudencial que fue revertido implícitamente y, paralelamente, inobservó un precedente jurisprudencial vigente en cuanto a la inexistencia del recurso de apelación en el marco de juicios de honorarios profesionales; y, (iii) alegó la existencia de precedentes auto-vinculantes de forma abstracta, sin justificar que estas decisiones habían sido dictadas por los mismos jueces que conformaron el tribunal de la Sala Provincial que emitió la decisión judicial [...]” (sentencia 784-17-EP/23, 35). La Corte constató que los jueces de la Sala de Apelación inobservaron la normativa procesal aplicable que prohibía conceder un recurso de apelación, alegando un precedente de la Corte que fue revertido implícitamente. La Corte, en este caso, amplía el criterio de normativa clara, previa pública y vigente a la época, no solo a normas adjetivas, sino a precedentes de la Corte. Aunque también se cuestiona la categoría de reversión implícita.</p>

En la primera causa analizada, la antigua conformación declaró la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, toda vez que se verificó que la apreciación de los jueces llevó a inferir que una conducta punible relativa a un delito de defraudación aduanera había sido despenalizada. En otro proceso, la Corte hace especial énfasis en que la seguridad jurídica se relaciona con el derecho a la propiedad, así como el elemento de previsibilidad y certeza del ordenamiento jurídico infraconstitucional.

La conformación actual destaca la importancia de aplicar la normativa vigente. El incumplimiento de las normas legales puede generar incertidumbre, afectar los derechos de las personas y debilitar la confianza en el sistema legal. La Corte, en procesos

ordinarios, desarrolla los criterios de previsibilidad y certeza. Además, con los casos citados, pone en evidencia que la seguridad jurídica protege también la irretroactividad normativa. Este organismo fija el criterio de trascendencia constitucional en procesos ordinarios; es decir que cualquier inobservancia a una norma constitucional debe implicar la vulneración a otros derechos diferentes a la seguridad jurídica. Esto refuerza la tesis de que la Corte aborda en procesos ordinarios la seguridad jurídica como principio. Pero esta vez, su alcance rebasa los derechos de protección a otros tipos de derechos, como los de atención prioritaria. Finalmente, la Corte ha declarado la vulneración a la seguridad jurídica por la sola inobservancia de precedentes (aunque revertidos implícitamente), sin requerir una vulneración a un derecho adicional.

Procesos constitucionales	
Conformaciones 2008-2019	Conformación 2019-2024
<p>La Corte, en una acción extraordinaria de protección, analizó una sentencia de una acción de protección. La Corte verificó que la judicatura accionada aplicó correctamente el artículo 16 de la LOGJCC, referente al ámbito probatorio en garantías jurisdiccionales. De modo que resolvió negar la acción propuesta (sentencia 035-13-SEP-CC, p. 11).</p> <p>En esta sentencia, la Corte aborda la seguridad jurídica como un derecho y, a su vez, define que la seguridad jurídica es una garantía de credibilidad respecto de que las normas aplicadas por autoridades competentes guarden armonía con la Constitución y las normas infraconstitucionales (sentencia 033-13-SEP-CC, p. 8). Para negar la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional en lo principal manifestó que las judicaturas accionadas “aplicaron motivadamente disposiciones constitucionales e infra constitucionales” (sentencia 033-13-SEP-CC, p. 12).</p> <p>En esta sentencia, la Corte, además de concebir la seguridad jurídica como un principio, expone que aquella se satisface aplicando uniformemente normas en los casos (sentencia 227-12-SEP-CC, p. 8).</p>	<p>La Corte Constitucional respecto de la seguridad jurídica en garantías jurisdiccionales ha precisado los siguientes criterios. El primero impone a los jueces la obligación de “velar que las garantías jurisdiccionales no se desnaturalicen para que estas cumplan su propósito de proteger derechos, de otra manera, las autoridades judiciales no garantizarían el respeto a la Constitución, violando la seguridad jurídica” (sentencia 621-12-EP/20, 22). Además, si los operadores de justicia no actúan en el marco de sus competencias “e invaden arbitrariamente las atribuciones de la justicia ordinaria, desnaturalizan las garantías jurisdiccionales e incurrir en una vulneración del derecho a la seguridad jurídica” (sentencia 698-15-EP/21, 25).</p> <p>También, en un proceso originado de la garantía de <i>habeas data</i>, la Corte declaró la vulneración al derecho a la seguridad jurídica por parte de la Corte Provincial, pues el órgano jurisdiccional “desconoció las normas previstas en la CRE y en LOGJCC –referentes al objeto de la acción de <i>habeas data</i> y a la tramitación de las garantías jurisdiccionales–exigió un requisito inexistente en el ordenamiento jurídico vigente” (sentencia 734-14-EP/20, 43). En este caso, la Corte no abordó al derecho a la seguridad jurídica de forma aislada, sino que observó la aplicación de un requisito no previsto en el ordenamiento que conculca a su vez un derecho diferente, en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva.</p>

Procesos constitucionales	
Conformaciones 2008-2019	Conformación 2019-2024
	<p>En relación con lo anterior, la Corte determinó el criterio para alegar la vulneración del derecho a la seguridad jurídica ante una presunta inobservancia de precedentes constitucionales. El accionante de una demanda de acción extraordinaria de protección, para satisfacer el requisito contenido en el artículo 62 numeral 1 de la LOGJCC (argumento claro), deberá enunciar una tesis, una base fáctica y, dentro de la justificación jurídica, deberá incluirse lo siguiente “(i) identificación de la regla de precedente y (ii) la exposición de por qué la regla del precedente es aplicable al caso” (sentencia 1943-15-EP/21, 42).</p> <p>En consonancia con lo anterior, en el contexto de un proceso de <i>habeas corpus</i>, la Corte concluyó que se transgredió la seguridad jurídica porque los jueces de la Sala de Apelación “inobservaron el contenido de los artículos 8 de la Constitución y 43 de la LOGJCC y, en consecuencia, desconocieron el objeto, los límites y la naturaleza de esta garantía” (sentencia 2701-21-EP/23, 83). En el citado caso, existió una desnaturalización de la garantía de <i>habeas corpus</i>, toda vez que fue empleada para modificar una orden de régimen de visitas dictada por autoridad competente. En tal virtud, la Corte verificó que los jueces accionados, además de desnaturalizar el objeto de la garantía, interfirieron en las competencias de los jueces de familia.</p> <p>En la sentencia 121-20-EP/24, la Corte analizó un auto resolutivo que cuantificó un monto de reparación económica proveniente de un proceso de garantías jurisdiccionales, y determinó que se conculcó la seguridad jurídica porque existió “una inobservancia del punto b.8 de la sentencia 011-16-SIS-CC en cuanto la explicación que se dio para intentar deslegitimar los informes periciales fue inoportuna” (Corte Constitucional, 2024, párr. 54).</p>

De la revisión de los procesos de garantías jurisdiccionales sometidos a control, se pudo constar que, para examinar una eventual vulneración a la seguridad jurídica, la Corte anterior se refirió a la correcta aplicación de normas. De igual modo, se pudo verificar que la Corte verificaba presuntas violaciones a la seguridad jurídica relacionándolas con la debida motivación en cuanto a la aplicación de normas constitucionales e infraconstitucionales. Finalmente, la Corte también

señaló que la seguridad jurídica se satisface cuando en procesos análogos se aplican de manera uniforme las normas, cumpliendo con el criterio de previsibilidad.

Mediante jurisprudencia, la Corte actual amplió los criterios anteriormente sostenidos respecto de la seguridad jurídica. Al analizar eventuales desnaturalizaciones de garantías jurisdiccionales impuso a sus juzgadores la obligación de asegurar que las mismas

cumplan con su finalidad. Además, estableció que toda desnaturalización implica por sí mismo una vulneración del derecho a la seguridad jurídica. En definitiva, para analizar la violación a la seguridad jurídica de procesos que provienen de garantías se requiere su

vinculación con otros derechos. esto denota que, a pesar de considerarse un “derecho”, en garantías suele ser utilizada a modo de principio, debido a su complejidad y amplitud conceptual.

CONCLUSIONES

La seguridad jurídica es un valor presente desde la Grecia antigua hasta la edad contemporánea. Sin embargo, solamente se perfeccionó y consolidó como principio, y en algunos países, como derecho en el Estado constitucional. La misma puede entenderse de forma tanto objetiva como subjetiva. Objetivamente, se relaciona con los procesos de producción normativa, así como con la aplicación e interpretación de las normas. Mientras que subjetivamente se relaciona con la previsibilidad, certidumbre sobre qué esperar del Estado y los particulares.

En la región, los regímenes jurídicos varían en la forma en que conciben la seguridad jurídica. Algunos la entienden y aplican como si se tratara de un principio, norma o valor. De esta manera, se menciona dentro del régimen socioeconómico y administración de justicia. En el caso específico del Ecuador, debido a su formulación en el texto constitucional, se podría confundir con el principio de legalidad. Sin embargo, con base en la jurisprudencia del caso concreto ecuatoriano, nos decantamos por la idea de que es concebida como valor, principio y derecho a la vez.

Las anteriores conformaciones de la Corte Constitucional relacionaron la seguridad jurídica con otros principios constitucionales, garantías del debido proceso y como medio para garantizar la supremacía de la Constitución. De igual modo, la seguridad jurídica

guía la conducta de los ciudadanos reforzando los criterios de previsibilidad y certeza.

La actual conformación de la Corte sostiene que, en el ámbito de lo constitucional, la vulneración de la seguridad jurídica debe tener estrecha relación con la transgresión de otros derechos constitucionales, obviando la errónea interpretación y aplicación de la ley. Además, la seguridad jurídica obliga a los órganos con potestad normativa y a los operadores de justicia. De la revisión de las causas correspondientes a procesos ordinarios y constitucionales, las anteriores conformaciones de la Corte Constitucional relacionaban la seguridad jurídica con el debido proceso en la garantía de la motivación, la corrección en la aplicación de la norma y la uniformidad de criterios en casos análogos.

Durante el análisis procesos de garantías jurisdiccionales, la actual conformación de la Corte Constitucional ha enfatizado que los jueces, en virtud de la seguridad jurídica, son garantes del cumplimiento de los distintos objetos de las garantías jurisdiccionales, evitando así su desnaturalización. Además, se enfatiza que tanto en procesos que provengan de garantías jurisdiccionales como de casos ordinarios, las transgresiones normativas deben afectar a otros derechos constitucionales del accionante, inobservar precedentes o desnaturalizar las garantías jurisdiccionales para que se configure una vulneración a la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 2015. "Seguridad jurídica y corrección". *Ratio Juris*, Vol. 28, núm. 4: 441-451. DOI: <https://doi.org/10.1111/raju.12096>
- Alexy, Robert. 2008. "A Defence of Radbruch's Formula". En *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, editado por M. D. A. Freeman, 426-443. Londres: Sweet & Maxwell/Thomson Reuter.
- Alexy, Robert. 1997. "Justicia como corrección". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26: 161-171. DOI: <https://doi.org/10.14198/>
- Atienza, Manuel. 1985. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Barrales Arias, José. 2010. "Argumentación y seguridad jurídica". *Revista Electrónica de Posgrados en Derecho de la Universidad Iberoamericana de Puebla*: 1-32. Acceso el 20 de junio 2024. <https://repositorio.iberopuebla.mx/bitstream/20.500.11777/1145/1/ArgumentacionySeguridadjuridicas.pdf>
- Bartolotti Henríquez, Laura. 2011. "Relaciones de justicia y seguridad jurídica en la filosofía de Jorge Millas". Tesis doctoral presentada para obtener el título de Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales. Universidad de Valdivia. Acceso el 20 de junio 2024. https://www.researchgate.net/publication/294427205_RELACIONES_de_JUSTICIA_y_SEGURIDAD_JURIDICA_en_la_FILOSOFIA_de_JORGE_MILLAS
- Burgoa, Ignacio. 2003. *Las garantías individuales*. México D.F.: Porrúa.
- Carbonell, Miguel. 2003. 16 de febrero 2021. "¿Qué es la seguridad jurídica?". Centro de Estudios Carbonell. Acceso el 20 de junio de 2024. <https://miguelcarbonell.me/2021/02/16/que-es-la-seguridad-juridica/>
- Castro Ortega, Edher. 2018. "La justicia, el orden social y la seguridad jurídica". *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, núm.14: 55-76. Acceso el 20 de junio de 2024. <https://revistametodhos.cdhcm.org.mx/index.php/numero14-2018/la-justicia-el-orden-social-y-la-seguridad-juridica>
- Dworkin, Ronald. 1967. "The Model of Rules". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35: 14-56. Acceso el 23 de junio de 2023. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/3028/The_Model_of_Rules.pdf?sequence=2
- García Manrique, Ricardo. 2007. *El valor de la seguridad jurídica*. México: Fontamara S.A.
- García Máynez, Eduardo. 1994. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa.
- Gavilánez Villamarín, Silvia; Nevárez, Juan Carlos y Aurelia Cleonares. 2020. "La seguridad jurídica y los paradigmas del estado constitucional de derechos." *Revista Universidad y Sociedad*, 12(S1): 346-355. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1798>
- Lauroba Lacasa, María Elena. 2003. "El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho". *Luisiana Law Review*, Vol. 63, núm. 4: 1254-1275. Acceso el 20 de junio de 2024. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/18>
- Lifante Vidal, Isabel. 2013. "Seguridad jurídica y previsibilidad". *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm. 36: 85-105. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04>
- López Oliva, José. 2011. "La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789". *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XIV, núm. 28: 121-134. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87622536008>

- Manili, Pablo. 2019. “Seguridad jurídica en el derecho constitucional comparado”. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, núm. 17(24): 277-294. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1820/1956>
- Mayer, Max Ernst. 1937. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Labor.
- Pérez Luño, Antonio. 2000. “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia”. *Boletín de la facultad de Derecho*, núm. 15: 1-14. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2606/eserv.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Peces Barba, Gregorio. 1990. “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho”. *Anuario de derechos humanos*, núm. 6: 215-229. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/f3a2acf3-fded-4d9d-a09e-809a771437ef>
- Spangenberg, Bolívar. 2016. “La garantía de seguridad jurídica y el principio de legalidad penal en el período bajomedieval español. Análisis de las Cortes de León de 1188 de Alfonso IX”. *Prudentia iuris*, núm. 81: 105-124. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2978/1/garantia-seguridad-juridica-legalidad.pdf>
- Squella, Agustín. 2007. *Introducción al Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Suárez Romero, Miguel Ángel. 2009. “La seguridad jurídica a la luz del ordenamiento jurídico mexicano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 59(252): 311-332. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60898>
- Vargas Morales, Ricardo. 2023. “Seguridad jurídica como fin del Derecho”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga*. DOI: <https://doi.org/10.22235/rd27.3075>
- Zavala Egas, Jorge. 2012. “Teoría de la seguridad jurídica”. *Iuris Dictio*, vol. 14: 1-14. Acceso el 20 de junio de 2024. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictionio/article/download/709/781/1134>

Normativa y jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 045-12-SEP-CC, juez ponente Edgar Zárate Zárate, 20 de marzo de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 227-12-SEP-CC, juez ponente Patricio Herrera Betancourt, 6 de febrero de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 020-13-SEP-CC, juez ponente Manuel Viteri Olvera, 7 de junio de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 023-13-SEP-CC, juez ponente Alfonso Luz Yunes, 19 de junio de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 033-13-SEP-CC, juez ponente Patricio Pazmiño Freire, 17 de julio de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 035-13-SEP-CC, juez ponente Patricio Pazmiño Freire, 24 de julio de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 038-13-SEP-CC, juez ponente Patricio Pazmiño Freire, 29 de agosto de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 049-13-SEP-CC, juez ponente Alfredo Ruiz Guzmán, 13 de agosto de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 029-13-SEP-CC, juez ponente Alfredo Ruiz Guzmán, 19 de agosto de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 051-13-SEP-CC, juez ponente Manuel Viteri Olvera, 3 de septiembre de 2013.

- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 052-13-SEP-CC, juez ponente Alfonso Luz Yunes, 5 de septiembre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 072-13-SEP-CC, juez ponente Alfonso Luz Yunes, 4 de septiembre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 067-13-SEP-CC, juez ponente Alfredo Ruiz Guzmán, 13 de septiembre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 070-13-SEP-CC, juez ponente Ruth Seni Pinoargote, 13 de septiembre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 989-11-EP/20, juez ponente Karla Andrade Quevedo, 16 de septiembre de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2034-13-EP/19, juez ponente Karla Andrade Quevedo, 18 de diciembre de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1357-13-EP/20, juez ponente Daniela Salazar Marín, 8 de enero de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1593-14-EP/20, juez ponente Karla Andrade Quevedo, 12 de febrero de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1091-13-EP/20, juez ponente Carmen Corral Ponce, 18 de mayo de 2020.
- Corte Constitucional. Sentencia 621-12-EP/20, juez ponente Enrique Herrería Bonnet, 24 de junio de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 17-14-IN/20, juez ponente Ramiro Ávila Santamaría, 10 de julio de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1763-12-EP/20, juez ponente Alí Lozada Prado, 4 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2170-18-EP/20, juez ponente Hernán Salgado Pesantes, 25 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 734-14-EP/20, juez ponente Karla Andrade Quevedo, 7 de octubre de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1797-18-EP/20, juez ponente Daniela Salazar Marín, 23 de diciembre de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1889-15-EP/20, juez ponente Teresa Nuques Martínez, 11 de diciembre de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1943-15-EP/21, juez ponente Agustín Grijalva Jiménez, 1 de marzo de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 874-15-EP/21, juez ponente Enrique Herrería Bonnet, 20 de enero de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1127-16-EP/21, juez ponente Teresa Nuques Martínez, 29 de junio de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 698-15-EP/21, juez ponente Hernán Salgado Pesantes, 24 de noviembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 784-17-EP/23, juez ponente Karla Andrade Quevedo, 19 de julio de 2023.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 054-13-SEP-CC, juez ponente Edgar Zárate Zárate, 3 de septiembre de 2023.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 86-18-EP/23, juez ponente Karla Andrade Quevedo, 20 de septiembre de 2023.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2701-21-EP/23, juez ponente Alejandra Cárdenas Reyes, 15 de noviembre de 2023.

APORTES PARA UNA MIRADA SENSIBLE DE LA MIGRACIÓN

CONTRIBUTIONS FOR A SENSITIVE VIEW OF MIGRATION

CONTRIBUIÇÕES PARA UMA VISÃO SENSÍVEL DA MIGRAÇÃO

*Eufemia Sánchez Borja**

Recibido: 18/VIII/2023

Aceptado: 02/V/2024

Resumen

Este ensayo plantea una reflexión sobre la construcción del principio de igualdad y no discriminación, visto desde la fotografía. Propone un vínculo entre arte y derechos humanos que analiza cómo la imagen es un soporte que aporta en la construcción de conceptos y prejuicios sobre la movilidad humana. A partir de nociones sobre estética, política y fotografía propuestas por autores como Jaques Rancière y Susan Sontag, se presenta una imagen con la que en el mundo contemporáneo inauguró un álbum fotográfico sobre la migración y sus condiciones. A partir de allí se acerca a otras fotografías que entran en debate con los principios y derechos de las personas en movilidad humana reconocidos en la Constitución del Ecuador. De esta forma, el texto pretende propiciar un diálogo reflexivo que, en el marco de los derechos humanos, se acerque a la obra fotográfica y a su mirada sobre los procesos migratorios actuales, la construcción de imaginarios colectivos y la construcción de política pública.

Palabras clave: Migración; Movilidad humana; Fotografía; Arte; Derechos Humanos; Estética; Ética; Igualdad; No discriminación

Abstract

This essay raises a reflection on the construction of the principle of equality and non-discrimination, seen from photography. It proposes a link between art and human rights that analyzes how the image is a support that contributes to the construction of concepts and prejudices

about human mobility. Based on notions about aesthetics, politics and photography proposed by authors such as Jaques Rancière and Susan Sontag, an image is presented with which in the contemporary world inaugurated a photographic album about migration and its conditions. From there he approaches other photographs that enter into debate with the principles and rights of people in human mobility recognized in the Constitution of Ecuador. In this way, the text aims to promote a reflective dialogue that, within the framework of human rights, approaches the photographic work and its view on current migration processes, the construction of collective imaginaries and the construction of public policy.

Keywords: Migration; Human Mobility; Photography; Art; Human Rights; Aesthetics; Ethics; Equality; Non-discrimination

Resumo

Este ensaio suscita uma reflexão sobre a construção do princípio da igualdade e da não discriminação, visto a partir da fotografia. Propõe uma ligação entre arte e direitos humanos que analisa como a imagem é um suporte que contribui para a construção de conceitos e preconceitos sobre a mobilidade humana. A partir de noções de estética, política e fotografia propostas por autores como Jaques Rancière e Susan Sontag, apresenta-se uma imagem que inaugurou no mundo contemporâneo um álbum fotográfico sobre a migração e as suas condições. A partir daí aborda

* Es doctora en Estudios de las Mujeres, Prácticas y Discursos de Género, y experta en gestión de la paz, por la Universidad de Granada-España. También tiene un magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Es abogada y comunicadora dedicada a la investigación y docencia en la Universidad Técnica Equinoccial de Ecuador (UTE) y en la Universidad San Francisco Xavier, en Bolivia. Es consultora internacional de organismos como la Cooperación Técnica Alemana-GIZ y agencias de Naciones Unidas en temas relativos a género y migración. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9306-0103>. Correo electrónico: eufitha@gmail.com

Cómo citar este artículo: Sánchez Borja, Eufemia. 2024. "Aportes para una mirada sensible de la migración". Revista de estudios jurídicos, núm. 21: 73-88.

outras fotografias que entram em debate com os princípios e direitos das pessoas em mobilidade humana reconhecidos na Constituição do Equador. Desta forma, o texto pretende promover um diálogo reflexivo que, no âmbito dos direitos humanos, aborde o trabalho fotográfico e a sua visão

sobre os processos migratórios atuais, a construção de imaginários coletivos e a construção de políticas públicas.

Palavras-chave: Migração; Mobilidade humana; Fotografia; Arte; Direitos humanos; Estético; Ética; Igualdade; Não discriminação

Todo empezó con un ensayo sobre algunos problemas estéticos y morales que plantea la omnipresencia de imágenes fotografiadas, pero cuanto más reflexionaba en lo que son las fotografías, se tornaban más complejas y sugestivas.

Susan Sontag

El anecdotario de la crueldad en las fronteras o debido a ellas es interminable, y para nuestra vergüenza se alimenta día a día con una nueva tragedia

Miguel Carbonell

INTRODUCCIÓN

Existen formas muy presentes del arte en la vida cotidiana que desde lo estético ingresan a nuestras mentes y configuran ideas y conceptos políticos, a la vez que construyen posiciones sobre diversos asuntos. Ese es el caso de lo que Susan Sontag llama “fotografías omnipresentes” y que, en el caso de este manuscrito, se acercan a cuadros estáticos sobre la migración. Son imágenes contemporáneas que, desde el fotoperiodismo, como destacaba El Mundo de España, llegaron para estremecer las fibras más sensibles de la sociedad.

“En plena era de virales y memes, cuando algunos gurús predicaban que la fotografía había muerto asesinada por el vídeo, llegó la imagen de Aylan Kurdi, de tres años, inmortalizado a su pesar por la reportera Nilufer Demir”¹.

En septiembre de 2015, en la escalada de la migración siria a Europa, “las agencias escupieron su foto [...] y se expandió por internet como sólo saben expandirse las malas noticias”². Esa fotografía, que paralizó temporalmente a Europa y al mundo, se convirtió en la metáfora más contemporánea del rechazo al otro. La

información contada por la prensa indica que la fotografía tomada por Nilüfer Demir se convirtió “en un ícono de la crisis de refugiados en Europa”³.

La Fotografía 1 es solo un pretexto para inaugurar este ensayo con el fin de propiciar un diálogo reflexivo en torno al arte y los derechos, abordando la obra fotográfica y su mirada sobre los procesos migratorios actuales, así como la protección de la igualdad y no discriminación desde el Derecho y los imaginarios a partir de la captura de momentos congelados que muestran realidades despojadas de humanidad.

A partir de esa fotografía, la mirada teórica del presente ensayo se asienta en el enfoque basado en los derechos humanos, que se utiliza como marco conceptual “para el estudio de la movilidad humana a través de las fronteras internacionales y el trato brindado a los migrantes en los países de acogida” (Terminiello 2012, 46). Este enfoque se basa en las normas internacionales de derechos humanos, y “está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes” (ibidem)

1 Alberto Rojas. 21 de agosto de 2016. “Aylán, la foto que no sirvió de nada”. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.elmundo.es/cultura/2016/08/21/57b88ff22601dfd7d8b4661.html>

2 Ibidem.

3 El Diario. 2015. La fotógrafa, en ese momento relataba “que se dio cuenta de que otro niño, hermano de Aylan, yacía también en la arena. Ni ellos ni el resto de cuerpo tenían chalecos salvavidas ni cualquier cosa que les permitiera mantenerse a flote”. Acceso el 22 de junio de 2024. https://www.eldiario.es/desalambre/fotografa-retrato-nino-sirio-aylan_1_4265901.html

Fotografía 1: Aylan Kurdi, ahogado en la playa de Ali Hoca Burnu



Autor: Nilufer Demir, Reuters 2015⁴

En el caso particular, su enfoque se orienta a la forma en que se fotografía a las personas en movilidad humana, la difusión de dichas imágenes y su repercusión en cuanto a toma de decisiones y diseño de política pública. Desde dicho enfoque conceptual, se puede afirmar que, si bien es posible que la mirada detrás del lente que capta las fotografías no tenga intención deshumanizadora, y por lo tanto no pretenda violar sus derechos, no es menos cierto que, en la vorágine de consumo actual de noticias e imágenes sobre la realidad migratoria, éstas dejan de estremecer, cuestionar e indignar, y pasan a configurar una muestra más de la decadencia y el discurso vacío de la igualdad; cuando más bien lo que se pretende defender como hipótesis es que, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, el arte, y particularmente la fotografía, juega un papel crucial en el abordaje de la migración, pues, puede servir como una herramienta para sensibilizar a la sociedad y a los tomadores de decisión sobre las experiencias y desafíos para la protección de las personas migrantes.

En ese sentido, la fotografía, entre otras expresiones artísticas, es un soporte para contar historias, visibilizar injusticias, promover la empatía y fomentar un diálogo más compasivo y comprensivo sobre la migración, igual que puede ser una herramienta

valiosa para promover la inclusión de las personas migrantes. Esa es la invitación a la que apuntan estas páginas.

Para reflexionar en torno a la hipótesis planteada, por lo tanto, resulta necesario abordar la igualdad como principio y derecho, en tanto que categoría marco en el que navegan estas páginas, donde se cruzan otros conceptos necesarios como movilidad humana, ciudadanía universal, migrante, refugiado.

Así, estos términos nos permiten cruzar las fronteras conceptuales y llegar a la reflexión de Terminiello, quien aborda las fronteras en términos objetivos y manifiesta que “han devenido en zonas de especial riesgo para la vigencia y respeto de los derechos humanos” (2012, 42). Se añade que también las fronteras visuales entre lo que vemos y no, se convierten en fuentes de riesgo desde la ética y la estética, por la forma/intención con la que se fotografían determinados hechos y, en consecuencia, con la posición política individual y colectiva con la que se leen las imágenes y los resultados que producen a nivel de normas y políticas.

En el mismo sentido, se puede pensar en los peligros que enfrentan los migrantes frente a diversos riesgos naturales, climáticos y estructurales. Estos retos, entre

⁴ Publicado en el diario El Mundo. Acceso el 20 de junio de 2024. <https://www.elmundo.es/cultura/2016/08/21/57b88fff22601dfd7d8b4661.html>

otros varios, renuevan y proponen, en consecuencia, miradas sensibles desde las que se analiza la igualdad y no discriminación para las personas en movilidad humana.

Por ello, el texto recurre a preceptos filosóficos y presenta una primera fotografía como parte del discurso y las formas en que modela o puede modelar el imaginario frente a la migración en las actuales circunstancias traspoladas a la realidad ecuatoriana. En

ese sentido, pretende evidenciar la deshumanización y la falta de empatía con la que se miran las imágenes y cómo hemos perdido sensibilidad frente a la tragedia humana.

El ensayo concluye con algunos aportes para comprender la noción del “reparto de lo sensible”, propuesto por Rancière, que evidencian una crítica y un posición individual para re-pensar justamente miradas más sensibles frente a la migración.

CONCEPTOS SOBRE LOS QUE SE ENSAYA UNA ESTRUCTURA DE ANÁLISIS

La estructura que propone esta reflexión parte de algunas premisas que, desde el Derecho, invitan a reflexionar sobre principios jurídicos como la igualdad y no discriminación, y que resultan relevantes para tener un análisis crítico entre fotografía y migración. Así, dialogan con conceptos que ayudan a fundamentar y contextualizar a las personas migrantes y refugiadas entendidas desde un concepto más amplio e integral que es la movilidad humana.

Los derechos de las personas en movilidad humana se analizan a partir de fotografías que conducen la mirada hacia el arte, la estética y la política apoyadas en lecturas filosóficas de Jacques Rancière y Susan Sontag. Autores cuyas ideas sostienen el entramado del presente análisis. Para ello, se dirá que si bien el concepto de migrante no cuenta con una definición universalmente aceptada, aquí se toma la propuesta realizada por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) que entiende migrante como:

término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a

través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones.⁵

Por su parte, para abordar a las personas refugiadas se toma la definición más amplia que se ha propuesto hasta ahora en Derecho Internacional Humanitario, que incluye no solo la definición que contiene los elementos de la Convención de 1951⁶ y el Protocolo de 1967⁷, sino que:

considera también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (ACNUR 2005, Cuadro Nro.1).⁸

Ambos grupos de personas son parte de lo que constituye el complejo de la movilidad humana, que es un concepto relativamente reciente y se entiende como “la movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su derecho a la libre circulación” (OIM Perú 2012, 17). Se trata, por lo tanto, de un “proceso

5 Organización Internacional de las Migraciones. <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante> Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.

6 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, NNUU, 1951.

7 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, NNUU, 1967.

8 ACNUR. Cuadro Nro1. Acceso el 22 de junio de 2024. https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9183.pdf

complejo y motivado por diversas razones (voluntarias o forzadas), que se realiza con la intencionalidad de permanecer en el lugar de destino por períodos cortos o largos, o, incluso, para desarrollar una movilidad circular” (ibidem).

En el caso de la migración internacional que es el aspecto que compete a estas páginas, dicho proceso implica el cruce de los límites geográficos y políticos de un Estado a otro. Ahora bien, la fotografía como soporte y arte puede documentar momentos, historias o sucesos relevantes como el caso de Aylan. En ese sentido, en estas páginas se piensa en la fotografía como herramienta de construcción de discursos individuales y colectivos que afectan la comprensión y aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

La igualdad o no discriminación “es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [Aunque] la norma no está contemplada en la totalidad de las diversas fuentes del derecho internacional de manera única y unificada” (Bayefski 1990, 2), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) da luces sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación con carácter de *jus cogens* en la Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, en la cual señala que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (3)

En ese sentido, proponer una lectura reflexiva sobre este principio que aquí se analiza desde un recurso fotográfico, dialoga con la comprensión de la Corte IDH cuando afirma que “La no discriminación, junto con la igualdad

ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019, 6). Sin embargo, la muestra con la que se inaugura este ensayo permite afirmar que las miradas estéticas que proponen algunas fotografías pueden resultar discriminatorias y crear imaginarios individuales y colectivos que a la postre generan políticas restrictivas de los derechos humanos de las personas. Afirmación que abona la hipótesis de este ensayo, pues se ve que la fotografía juega un papel crucial en el abordaje de la migración y puede servir tanto como herramienta para sensibilizar o para dar origen a políticas restrictivas que resultan discriminatorias.

En esa dirección, la Corte IDH señala que “el elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación [...] y este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. [Por lo tanto], en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019, 6).

Desde las nociones de ética, estética y política se invita al debate con las normas constitucionales ecuatorianas que se tejen con otras imágenes que flotan en los medios y permiten reflexionar sobre los cuadros actuales de la migración. De esa manera se hila una propuesta sensibilizadora sobre la relación entre el arte y la construcción de los derechos.

Este análisis se da en tiempos en los que todavía se discute si las teorías producen transformaciones o si solo las prácticas generan nuevos sentidos (prácticos, estéticos y políticos). Por lo tanto, esta formulación “propone al pensamiento como espacio político de transformación disensual, no como abstracción –alejándose de la vida común y cotidiana– sino como alteración, mezclándose con ella” (Rancière 2014, 8).

Entonces se puede decir que de manera colectiva construimos una mirada indiferente sobre la igualdad. Lo que en Derecho representa una violación al principio de igualdad y no discriminación que “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos

humanos tanto en el derecho internacional como en el interno” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019, 6). O dicho en otras palabras, “Esta igualdad de indiferencia es la consecuencia de una toma de partido poético: la igualdad de todos los sujetos es la negación

de toda relación de necesidad entre una forma y un contenido determinado” (Rancière 2014, 22). En este caso, la imagen en análisis cuyo contenido puede ser estéticamente bello y resultar social y jurídicamente discriminatorio.

PREMISAS Y DEBATE

La idea central que mueve esta reflexión se funda en una lectura transversal, que partiendo de la imagen que la motiva, se afina en dos autores: Jacques Rancière y Susan Sontag. La elección de los textos se basa en la propuesta de ambos abordajes críticos y sensibles de la mirada estética frente a la configuración de decisiones políticas que pretenden conducirnos hacia un ideal de igualdad, el cual se quiere interpelar en tanto que principio esencial de los derechos humanos. Estos acercamientos dan cuerpo al diálogo que se propone, en términos de Derecho, sobre una expresión jurídica de la igualdad, que es el principio de no discriminación, entendido desde la realidad ecuatoriana actual. El acercamiento a la construcción de los imaginarios y sus repercusiones desde las imágenes permiten analizar el alcance y garantía de los derechos de las personas en movilidad humana reconocidos en Ecuador. Para apoyar las reflexiones de lo político y lo estético se acude a enfoques críticos de la securitización de las políticas migratorias, de la mano de autores reconocidos en la región como Eduardo Domenech.

Todos estos elementos tejen el debate con noticias actuales y enfoques fotográficos que han ido fortaleciendo discursos y prácticas, las cuales se alejan del principio de no discriminación.

Así, esta mirada se acerca al caso ecuatoriano también desde fotografías que se publicaron dentro y fuera del territorio nacional. Valga el caso del titular de El

Universo: “Ecuador declara emergencia migratoria, por llegada de 4.200 venezolanos al día”⁹; o el anuncio de El País de España que publicaba que “Ecuador restringirá la entrada de venezolanos por la llegada de 4.000 al día”¹⁰, noticia que llegó como un misil dirigido a los migrantes –particularmente venezolanos– en agosto de 2018.

De esta forma, en el nivel teórico, estas páginas se fundan en El reparto de lo sensible, de Jacques Rancière (2014), quien aborda la estética y la política, planteando dimensiones de la igualdad –que vistas desde la filosofía– que invitan al debate con la concepción de los principios de igualdad y no discriminación entendidos desde el Derecho; nociones que se acercan a la fotografía, cuyo significado se extrae de las ideas planteadas por Susan Sontag, quien establece que la imagen fotográfica ingresa al mundo por medio de “una relación determinada que parece conocimiento, y por lo tanto poder” (2006, 16).

Desde esa mirada del poder y, sobre todo, desde la capacidad de empoderar que tienen las imágenes en la construcción de conceptos, preceptos y actitudes, se invita al lector a miradas críticas sobre los principios de los derechos humanos, que reconocidos en el marco internacional y en el marco constitucional del Ecuador, pretenden generar una conciencia un poco más reflexiva sobre las imágenes que tenemos, guardamos y compartimos de la migración.

⁹ “Ecuador declara emergencia migratoria”, artículo publicado en el diario El Universo, el 8 de agosto de 2018. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/08/08/nota/6897749/ecuador-declara-emergencia-migratoria-llegada-4200-venezolanos-dia/>

¹⁰ “Ecuador restringirá la entrada de venezolanos por la llegada de 4000 al día”, artículo publicado en el diario El País, el 18 de agosto de 2018. Acceso el 22 de junio de 2024. https://elpais.com/internacional/2018/08/17/actualidad/1534500798_245140.html

Fotografía 2: Ecuador declara emergencia migratoria por llegada de 4.200 venezolanos al día



Fuente: El Universo, 2018¹¹

Fotografía 3: Venezolanos en el puente de Rumichaca, paso entre Colombia y Ecuador



Autor: Juan Carlos Zapata, Reuters¹²

11 Publicado en el diario El Universo. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/08/08/nota/6897749/ecuador-declara-emergencia-migratoria-llegada-4200-venezolanos-dia/>

12 Publicado en el diario El País. Acceso el 20 de junio de 2024. https://elpais.com/internacional/2018/08/17/actualidad/1534500798_245140.html

Por consiguiente, el escenario teórico-crítico se hila sobre los derechos humanos de las personas en movilidad humana en un tiempo que abarca el inicio de la crisis migratoria en Europa y que se sostiene desde 2015, cuando la llegada de refugiados e inmigrantes a dicho continente alcanzó niveles asombrosos¹³.

Este escenario histórico reciente –que ha puesto en las pantallas y en las primeras páginas nuevas configuraciones sociales y políticas–, trajo consigo el endurecimiento de políticas migratorias, mientras circulan discursos de igualdad, no discriminación y protección a los migrantes en todo el mundo¹⁴.

Como es evidente, el marco histórico que se presenta –que no ha perdido actualidad– es un período que, de acuerdo con la imagen que detona el análisis, se inicia en Europa; pero también toca las fibras de América Latina, en especial desde la oleada migratoria de Venezuela (agravada a partir de 2018) y la forma en que fue tratada por la política pública ecuatoriana. Análisis al que se llega a través de la mirada a la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMHU). Ese campo es el que permite dialogar entre las imágenes y lo que sucede en la política pública ecuatoriana respecto a los migrantes.

En esa línea, desde la perspectiva del análisis fotográfico, y siguiendo a Sontag, se sabe que “[u]na primera y hoy célebre caída en la alienación, la cual habituó a la gente a abstraer el mundo en palabras impresas, se supone que engendró ese excedente de energía fáustica y deterioro psíquico necesarios para construir las modernas sociedades inorgánicas” (2006, 16). Se trata de sociedades atravesadas por la falta de empatía y la ignorancia. Así, Sontag (2006) afirma que son las imágenes las que hoy suministran “la mayoría de los conocimientos que la gente exhibe sobre la apariencia del pasado y el alcance del presente”. Y es en esa dirección, desde la imagen del niño kurdo, que han pasado por las páginas de diarios y links de la *web*, innumerables fotografías

de migrantes de todas las edades y condiciones que han dejado de producir indignación en la audiencia.

Las premisas centrales que conducen a reflexionar sobre el papel de la fotografía, en tanto arte, y la construcción de los imaginarios sobre la migración, plantean los desafíos para construir mundos más humanos, en los que la mirada del artista, materializada en una fotografía, permita transmitir emociones que generen empatía y permitan reconocer la dignidad del otro, el fotografiado, y, consecuentemente, que nos movilice para hacer alcanzables sus derechos en condiciones de igualdad.

Desde otro ámbito, esta reflexión pretende aportar a un necesario impulso de descenso de las mesas de debate internacional y de política de buró, a prácticas cotidianas que nos acerquen como ciudadanos –desde una perspectiva sensible– a las realidades retratadas; lo que nos conduciría a entender la incompatibilidad entre fotografía y acción, expresado en otras palabras por Vásquez cuando señala “la divergencia entre palabra y acto puede conducirnos a ciertos automatismos en los que nuestra existencia acabe por no dar cuenta de nuestros pensamientos y en donde el concepto, poco a poco, se vaya desentendiendo de nuestra sensibilidad (2014, 751) .

Es decir, que estas fotografías se tornen en espejos que nos permitan encontrar nuestro propio reflejo y sean capaces, por lo tanto, de interpelar y sensibilizar [nos], construyendo igualdad formal y real para las personas en movilidad humana.

Por lo tanto, se propone una mirada que conjugue el arte, el fotoperiodismo y la responsabilidad ética, en cuanto soportes de reflexión y sensibilización, para coadyuvar a construir y alcanzar los derechos humanos y asegurar la tan manoseada ‘política de igualdad’ entre las personas. Extiende, del mismo modo, una invitación para que, a través de una experiencia

13 Hasta el 7 de diciembre de 2015, más de 911.000 refugiados e inmigrantes han llegado a las costas europeas desde que comenzó el año y unas 3.550 personas han perdido la vida durante el viaje. Más del 75% de quienes llegan a Europa han huido de la persecución y los conflictos en Siria, Afganistán o Irak. (ACNUR 2015). Así, ACNUR informaba que los trágicos accidentes de las personas que intentaban llegar a Europa, como el caso del niño kurdo que tenemos como telón de fondo coparon “titulares y provocaron turbulentos debates políticos” (ACNUR 2015). Esas discusiones no pierden vigencia y aún no han logrado –muy a pesar de los datos– modificar ni la gestión de la migración y menos humanizar los imaginarios que se construyen alrededor de ella.

14 Al respecto, se puede señalar que la atención que organismos internacionales han dado a la búsqueda de soluciones y alternativas no es menor. Sin embargo, son iniciativas que, a pesar de sus intenciones y objetivos, no han logrado aportar significativamente a la gestión de derechos de los migrantes, tal como criticaba el primer titular: Aylán, la foto que no sirvió de nada.

sensible, la contemplación de una imagen abone a ver a la persona retratada como un igual en derechos y dignidad. Con ello se quiere mover la conciencia de consumidores informativos y de los decisores de

política pública a interiorizar los conceptos y dejar de instrumentalizarlos solamente en discursos grandilocuentes y documentos que yacen inertes igual que lo hiciera Aylan Kurdi.

LA FOTOGRAFÍA COMO PARTE DE LA CONSTRUCCIÓN DE DISCURSOS

Fotografiar es apropiarse de lo fotografiado, asegura Sontag. Y esta afirmación no es solo para la lente que detiene un momento en una imagen, sino para los que, consciente o inconscientemente, hacemos propias las imágenes, sea para rechazar determinadas violaciones de derechos o bien para justificar discursos de odio y actos xenofóbicos.

En el marco de este análisis, diremos que la fotografía es un testimonio en sí mismo. Un momento congelado que mueve las ideas del senti-pensante, y moldea su criterio, su juicio y sus pre-juicios. Al respecto, y en conexión con lo que hace, traduce y representa una imagen, Rancière proponía que: “El filósofo testimonia lo que escribe con una práctica estética de la igualdad, una práctica de la extrañeza igualitaria que pone en riesgo el orden de lo social o representativo de la sociedad con el sello de la desigualdad” (2014, 7). Pero, para el autor, esa forma de testimoniar significa crear cuadros, cercos; y así afirma que “[l]a cuestión no es revelar, es cercar’ y las miradas –artísticas y políticas– cercan, reconfigurando lo representado, deshacen su confusión a cambio de crear otras confusiones a partir de cuerpos y voces que se convierten o se transforman en el sentido de la igualdad [extranjero]” (Ibidem).

Así se puede dar testimonio de que este cerco estético tiene la capacidad de generar políticas individuales y públicas –en lógicas desiguales y discriminatorias que asumimos como naturales. Actitudes y prácticas que

luego se transforman en prejuicios y discursos generalizados– en el caso de análisis en contra de los derechos de los migrantes, refugiados y solicitantes de esta condición. Dicha afirmación encuentra su correlato en lo que afirmaba Domenech como la idea de securitización de las políticas migratorias¹⁵, cuando sostiene que no se puede negar que “en un contexto de reconfiguración del orden mundial y expansión de la globalización neoliberal, tuvieron lugar procesos y acontecimientos de diversa índole que incitaron a modificar los esquemas de regulación de las migraciones internacionales”. Es por esa razón que “los gobiernos en distintas partes del mundo¹⁶ empezaron a considerar a la migración entre los asuntos más importantes de la política internacional” (Domenech 2017, 22).

Acerca de la securitización de la migración en el caso ecuatoriano, se propusieron dos imágenes que, como muestra, ayudan a dar cuerpo al debate que se suscita entre el principio de igualdad y la gestión de la migración en el Ecuador de los últimos años. El debate surge porque Ecuador, desde la Constitución de 1998, reconoce el principio fundamental de la igualdad. Y la más reciente Constitución de la República de 2008, no solo reconoce los principios de igualdad y no discriminación en su artículo 11.2, la igualdad de derechos y obligaciones para nacionales y extranjeros (artículo 9), sino que incluye el derecho a migrar en el artículo 40¹⁷; los derechos de las personas refugiadas en el artículo 41¹⁸ y además prohíbe todo desplazamiento arbitrario, según el artículo 42. A este marco de protección de

15 Aquí cabe señalar, además, que está claro que esas políticas no desincentivan la migración, sino que, solamente, la convierten en una actividad aún más riesgosa.

16 Lo que ahora mismo está en debate en América del Sur por el alto índice de movilidad venezolana y en Europa a raíz de la crisis desatada nuevamente en 2023, esta vez por la Guerra en Ucrania

17 Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.

18 Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos.

derechos, se suma el reconocimiento constitucional de la ciudadanía universal expuesto en el artículo 416.6¹⁹.

Este marco jurídico, recogido en una Constitución de avanzada, es una expresión del reconocimiento; justamente desde una imagen política y colectiva que, en su momento planteó, una mirada positiva del aporte de los migrantes que por décadas salieron del país. Se entiende que las decisiones políticas de reconocer “a las personas el derecho a migrar, así como señalar expresamente que “No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria” (Artículo 40, CRE), asumieron en su día, los rostros fotografiados y expresados en las remesas, como el aporte de sus connacionales en el exterior²⁰.

Ahora bien, pese al marco constitucional y dado que en los últimos años, la ola de inmigrantes hacia el Ecuador ha sobrepasado cualquier proyección migratoria²¹. En consecuencia, existen nuevas lentes para ver las imágenes contemporáneas y, por lo tanto, para interpretar las normas. Esto ha significado un reemplazo de las fotografías de ecuatorianos en el exterior (que tratan de promover sus derechos en condiciones de igualdad), por las de extranjeros en el país (a quienes se coarta en la posibilidad de ejercer sus derechos).

Si bien la Constitución de Ecuador de 2008, sobre la igualdad, distingue dos manifestaciones principales: el Principio de igualdad, como equiparación (igualdad formal) y el Principio de igualdad como diferenciación (igualdad material); se hace evidente que estos principios no pueden ser garantizados en el contexto actual y con la modificación de la política migratoria. Se reflexiona, en el primer sentido, en la igualdad como equiparación que funciona como acto de valoración, en los sentidos legislativo, administrativo o jurisdiccional que, si han conjugado su existencia formal en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, han

sido deficientes en la puesta en práctica e implementación de este cuerpo normativo²².

Se corrobora así que, a pesar de que la Ley de Movilidad Humana (2017, modificada en 2021 y 2023) contiene el reconocimiento de garantías y protección de derechos de las personas en movilidad humana, en los últimos años, y a partir del incremento de los flujos migratorios hacia el país y el denominado “giro punitivo hacia la migración” en la región (Domenech 2017, 21), las políticas migratorias ecuatorianas experimentaron un marcado endurecimiento y notorios procesos de securitización (Ramírez, Linares y Useche 2019, 2-3). Por ello se puede afirmar que “algunos vacíos en el texto de 2017, así como algunas modificaciones introducidas en 2021 y 2023 dan cuenta de diferentes limitaciones al ejercicio de los derechos de las personas en movilidad humana” (Sánchez y Novoa 2023). Esto es consecuencia de no respetar la igualdad material ni la formal.

En diálogo con las fotografías que ilustran estas políticas puestas en vigencia en Ecuador desde 2018, se puede entender que éstas “han preparado el camino para la gradual inclinación de la fotografía seria hacia una investigación escéptica de sus propios poderes” (Sontag 2006, 171). Lo que desde la estética es “un lugar común de la práctica artística moderna” (ibidem) y desde el derecho viola los derechos y principios reconocidos en la Constitución del Ecuador.

Estos derechos no se pueden alcanzar por las disposiciones jurídicas que, de manera consciente o no, se apoyan en imágenes más o menos humanizadas, e influyen en decisores de política pública que resultan incapaces de responder desde la base constitucional, haciendo que sus decisiones vacíen de sentido el principio de igualdad reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

19 Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur.

20 Quizás cabe plantear que esta mirada normativa respondió a esa sensibilidad con el ecuatoriano emigrante, que sin duda también tuvo una intención política a la que no nos referimos porque no es parte de este análisis.

21 Lo mismo que sucedió en Europa a partir de 2015.

22 Se sugiere ver Sánchez, Eufemia y Patricio Benalcázar. (2022). “El despojo de los derechos en un Ecuador en reversa. Personas en movilidad humana 2017 – 2021. Aportes para evaluar una ley emblemática”. Nullius. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/4806>

En esa línea, Sánchez y Benalcázar ofrecen un ejemplo de lo anterior analizando lo sucedido en 2018 cuando “el gobierno de Lenin Moreno ordenó solicitar pasaporte vigente y certificado de antecedentes penales a ciudadanos venezolanos” (2022, 60). Esa decisión, evidentemente, “levantó rápidamente polémica por entrar en contradicción con la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMHU)” (ibidem), que fundada en los principios de igualdad y no discriminación y respeto a la ciudadanía sudamericana, en el texto de 2017 solamente exigía un documento nacional de identidad a los ciudadanos suramericanos que quieran ingresar, circular o salir de Ecuador²³.

Otro ejemplo se dio con el Decreto 826 (25 de julio del 2019) que estableció “un nuevo requisito para los ciudadanos de Venezuela que deseen ingresar a Ecuador: la visa humanitaria, así como iniciar un proceso de regularización para los ciudadanos que *no hubieran violado la ley*. Retornando el discurso de ‘migración ilegal’” (Sánchez y Benalcázar 2022, 60), se hace caso omiso de lo prescrito expresamente en el artículo 40 constitucional.

Entonces, es posible retomar las imágenes de la migración contemporánea en Ecuador, con la idea de Sontag, quien sostenía que “la fotografía suministra un sistema único de revelaciones: que nos muestra la realidad como no la habíamos visto antes” (2006, 171) y cómo la vamos a interpretar y hacer propia. Así se teje el imaginario sobre un conocimiento dado y la construcción del poder sobre el otro. A ese que se está regulando sin respetar el principio de igualdad.

En consecuencia, se ve que en la base la política, individual y pública, hay una estética. Para Rancière, es a partir de esa primera estética “que podemos hacer la pregunta de las prácticas estéticas, en el sentido en que la entendemos, es decir de las formas de visibilidad de las prácticas del arte, del lugar que ellas ocupan,

de lo que ellas hacen respecto de lo común” (Rancière 2014, 20).

De esa manera, el texto frío de la norma no es suficiente para generar empatía o garantizar la igualdad de los nuevos migrantes. Y se ve que tampoco el parámetro constitucional es óbice para modificar leyes que eliminen textos legales que incurren en la eliminación de facto del principio de igualdad (en este caso para los ciudadanos suramericanos)²⁴.

En esa dirección, el enfoque que propone la Constitución de Ecuador de 2008 asume principios y conceptos sobre la migración que entran en diálogo con lo que Rancière (2014) llama “el reparto de lo sensible”, y que define como:

ese sistema de evidencias sensibles que permite ver al mismo tiempo la existencia de un común y los recortes que definen sus lugares y partes respectivas [...] esta repartición de las partes y de los lugares se basa en un reparto de espacios, de tiempos y de formas de actividad que determina la forma misma en la que un común se presta a la participación y donde unos y otros son parte de ese reparto. (2014, 19)

Se reflexiona que, en el caso europeo, el niño expulsado a la arena tras un naufragio es la imagen que simbólicamente dota de ese espacio externo para los migrantes. Ese afuera que marca la visión de rechazo de ingreso y la negación a la posibilidad de introducirse en un espacio geográfico y en una comunidad. En el caso ecuatoriano, esta imagen nos traslada a metáforas de los espacios y normas que segregan a los migrantes que llegan²⁵.

Esas miradas nos conectan también con la falta de reconocimiento a los ciudadanos en igualdad de derechos (Artículo 9, CRE) y en función del principio

23 Cabe señalar que en el texto de 2017 la LOMHU tenía un capítulo IV sobre la Comunidad Suramericana en Ecuador (arts. 83 al 89) en los que establecía quiénes eran considerados ciudadanos suramericanos en Ecuador y determinaba las condiciones para su ingreso y salida del territorio nacional y requisitos para obtener residencia entre otros. El artículo 57 de la Reforma a la LOMHU en 2021 elimina el título completo: “Art. 57.- Elimínese el Capítulo IV Sobre la Comunidad Suramericana en Ecuador”.

24 Aunque cabe señalar que la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado la necesidad de respetar este principio en varias sentencias sobre movilidad humana en los últimos años.

25 Situación llamada de guetto que se ha construido históricamente alrededor de las diásporas en diferentes lugares del mundo.

de igualdad y no discriminación (Artículo 11.2, CRE) que no se respeta en las normas y prácticas vigentes. Al respecto, Rancière recuerda que el ciudadano, para Aristóteles “es aquel que tiene parte en el hecho de gobernar y de ser gobernado. Pero otra forma de reparto precede a esta forma de tener parte: aquel que determina a aquellos que son parte” (2014, 19). Y esta determinación de quién es ciudadano y es un fragmento de ese reparto lo determinan los gobernantes de turno, en un momento determinado.

Esa calificación de ciudadano –que lo hace sujeto de derechos–, por lo tanto, no es en esencia estática; muy por el contrario, responde a la dinámica del momento en que se ejerce el poder político. En el caso de análisis este ejercicio de poder se muestra en el cambio de

interpretación constitucional o caso omiso del principio de igualdad que se refleja las modificaciones de la Ley de Movilidad Humana de 2021 y 2023.

En ese sentido, las reformas a la LOMHU no concuerdan con el principio de igualdad y no discriminación que, como se anotó, posee un carácter fundamental para la preservar los Derechos Humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, no se cumple aquello de que: “los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019).

UN ÁLBUM FOTOGRÁFICO CONTEMPORÁNEO

Con lo expuesto hasta ahora, es posible decir que la imagen del niño kurdo ha dado origen a un álbum fotográfico contemporáneo de buques hundidos, naufragios, balsas de rescate. En el caso ecuatoriano, con las imágenes que retratan los flujos más actuales se abrió un capítulo de gente haciendo fila para recibir protección humanitaria contingente, niñas y niños separados de sus padres, personas bajo el sol huyendo de tormentas o buscando formas para preservar su vida y seguridad.

Claramente, no es la primera imagen que suscita reflexión y crítica, pero en el contexto histórico definido para este ensayo, es la fotografía que inaugura una corriente de sensacionalismo en el tratamiento fotográfico del fenómeno migratorio que se analiza que tiene repercusiones en prácticas discriminatorias como se demuestra con las reformas a la LOMHU.

Ello se expresa en vulneraciones que se dan en diversas geografías a nivel social y político. En Ecuador, como ya se adelantó, estas miradas sobre la migración han ocasionado cambios en la política reciente (post 2018) que riñen con los principios y derechos constitucionales que sostiene Ecuador.

En esa línea de pensamiento es importante recordar que Ecuador no es una excepción, porque las explicaciones acerca de las transformaciones del campo de las políticas de migración en América del Sur se han visto robustecidas y han adquirido mayor complejidad al contemplar analíticamente la producción de un “régimen global de control de las migraciones” (Domenech 2017, 22). Probablemente este es el ángulo que permite entender las decisiones que se tomaron en 2021 y 2023 en las reformas de la LOMHU.

REFLEXIONES FINALES: LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN VISTA DESDE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS ACTUALES

Como se evidencia, el actual régimen global de control migratorio se orienta a las (Domenech 2018), políticas destinadas a regular la movilidad humana en

el mundo, así como a la emergencia de nuevos modos de pensar y actuar sobre las migraciones como el *migration management*. Sin embargo, se ha desplazado

en los últimos tiempos la noción de gobernanza global de la migración o el enfoque propuesto por Naciones Unidas como Gobernanza segura, ordenada y regular²⁶. Se ve necesario, entonces, plantear una reflexión sobre la igualdad y sus significados jurídicos, estéticos y políticos. Para ello, este ensayo planteó una imagen detonadora y otras de apoyo que soportan la hipótesis propuesta desde la realidad del Ecuador.

En esa línea, y manteniendo la conversación entre arte y derechos, o entre fotografía e igualdad, se puede decir que estos modos de actuar y pensar que, refiere Domenech, se construyen a través de prácticas diarias, tanto de los migrantes como de los ciudadanos que observan cómo ingresan –o son objetados en su ingreso– al tejido social del país de acogida (sea en Europa o América Latina). Y esto no solo desde las posiciones individuales sino desde la gobernanza migratoria y el enfoque particular de cada Estado. Gobernanza que se queda en el escenario de la toma de decisiones, siempre lejano, elevado y ajeno a las realidades íntimas de la decisión migratoria individual y sus consecuencias.

Los principios y derechos de las personas en movilidad humana, recogidos en una Constitución de avanzada, como fue en su día reconocida la del Ecuador por organismos internacionales, cuando al tratamiento de las personas en movilidad humana se refería²⁷, han sido construidos con una imagen positiva sobre el aporte de los migrantes que por décadas salieron de Ecuador.

Entonces, esa imagen positiva, referida líneas arriba consiguió que la fotografía del migrante ecuatoriano “no resulte un accidente sino que motive un concepto”, como proponía Ansel Adams (citado por Sontag, 167, 2006). En este caso no solo un concepto positivo, sino la objetivación del mismo en el reconocimiento de sus derechos a nivel constitucional²⁸.

En esa dirección, el enfoque que propone la Constitución de Ecuador asume principios y conceptos sobre la migración que entran en diálogo con lo que Rancière llama “el reparto de lo sensible” y que define como:

ese sistema de evidencias sensibles que permite ver al mismo tiempo la existencia de un común y los recortes que definen sus lugares y partes respectivas [...] esta repartición de las partes y de los lugares se basa en un reparto de espacios, de tiempos y de formas de actividad que determina la forma misma en la que un común se presta a la participación y donde unos y otros son parte de ese reparto. (2014, 19)

En el caso Europeo, el niño expulsado a la arena tras un naufragio es la imagen que simbólicamente dota de ese espacio externo para los migrantes. Ese ‘afuera’ que marca la visión de rechazo a la posibilidad de introducirse en un espacio geográfico y en una comunidad. Así, esta imagen traspolada al caso ecuatoriano, nos traslada a metáforas de los espacios que segregan a los migrantes que llegan²⁹ y a normas que no respetan el principio constitucional de la igualdad y no discriminación, en este caso, por origen nacional o condición migratoria que se demostró en las reformas de la LOMHU en 2021 y 2023.

Esas miradas nos conectan con la imposibilidad de reconocer los derechos ciudadanos en condiciones de igualdad. Al respecto, Rancière recuerda que el ciudadano, para Aristóteles “es aquel que tiene parte en el hecho de gobernar y de ser gobernado. Pero otra forma de reparto precede a esta forma de tener parte: aquel que determina a aquellos que son parte” (2014, 19). Y esta determinación de quién es ciudadano y en qué condiciones es un fragmento de ese reparto determinado por los gobernantes de turno en un contexto

26 El 19 de diciembre de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante su resolución 73/195 el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (PMM).

27 Ver: ACNUR 13 de enero de 2017. “ACNUR acoge con satisfacción la nueva Ley de Movilidad Humana de Ecuador”. Acceso el 22 de junio de 2024. <https://www.acnur.org/noticias/briefing-notes/acnur-acoge-con-satisfaccion-la-nueva-ley-de-movilidad-humana-de-ecuador>

28 Valga decir que esta mirada constitucional trató de alcanzar a todo el complejo social que forma la movilidad humana (incluidos migrantes, refugiados, personas solicitantes de refugio, personas en necesidad de protección internacional, retornados, víctimas y posibles víctimas de trata).

29 Sirva como ejemplo el caso del paradójico Barrio La Florida en Quito que cobijó por años a la diáspora cubana asentada en el país y que fue motivo de fotografías públicas, reportajes y memes. Situación llamada de *guetto* que se ha construido históricamente alrededor de las diásporas en diferentes lugares del mundo.

dado. Calificación que en esencia no es estática; por el contrario, responde a la dinámica del momento en que se ejerce el poder político.

Se afirma que el arte no tiene por qué ser políticamente correcto, pero también se sabe que es, inevitablemente, una muestra de la política doméstica: “El arte siempre refleja la política de un país con independencia de la intención del artista [y dado que...] la política es una forma de organización de las sociedades humanas, y el individuo es un ser social que no puede abstraerse de su contexto, aunque lo intente”³⁰.

En ese sentido este debate teórico entre la imagen, su tratamiento y la influencia que puede tener en la política demuestra que ni el artista ni la sociedad podrían apropiarse de la directriz de igualdad que funciona haciendo una abstracción de las diferencias que considera irrelevantes, sean naturales o culturales, entre los sujetos de derechos, a fin de que estos puedan gozar y ejercer tales derechos en pie de igualdad, sino que más bien se utiliza como soporte para validar decisiones políticas contrarias al principio de no discriminación.

En esta dimensión, el principio de igualdad formal que se justifica garantizando el ejercicio pleno de los derechos³¹ no se puede alcanzar partiendo de “realidades fotografiadas” o a través de ojos más o menos humanizados que toman decisiones de política pública y son los encargados –de turno– del “reparto de lo sensible”. Así se puede volver a la idea de Sontag: “la fotografía suministra un sistema único de revelaciones: que nos muestra la realidad como no la habíamos visto antes” (2006, 171) y cómo la vamos a interpretar y hacer nuestra. De esa forma se teje el imaginario sobre un conocimiento dado y la construcción del poder sobre el otro; a ese otro que vamos a mirar, a veces despreciar y también a gobernar. Por lo tanto, tampoco podría cumplirse la igualdad material definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

como un principio “estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación”³² (CIDH, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019). Principio que también está reconocido en la Constitución ecuatoriana en su capítulo tercero³³.

En consecuencia, se ve que en las bases de la política, individual y pública, hay una estética. Para Rancière, es a partir de esa ‘primera estética’ “que podemos hacer la pregunta de las prácticas estéticas, en el sentido en que la entendemos, es decir, de las formas de visibilidad de las prácticas del arte, del lugar que ellas ocupan, de lo que ellas hacen respecto de lo común” (2014, 20).

Por lo tanto, de estas reflexiones se puede afirmar que la fotografía como discurso, es capaz de proponer y modelar el imaginario frente a la migración. Pues, las imágenes, igual que los titulares, son formas de presentar realidades y construir conceptos y presentarnos la ‘igualdad de la indiferencia’. En palabras del autor que seguimos, no sería otra cosas que “una forma del reparto de lo sensible” (Rancière 2014, 23)

De esta forma, y en línea con la propuesta de Sontag, la fotografía crea una relación determinada con el mundo y las relaciones de poder sobre los ciudadanos. Poder de decisión de normativo y poder colectivo de indiferencia. Todo ello reflejado en la incapacidad de garantizar el alcance de la igualdad y no discriminación para las personas en movilidad humana. Lo que se demuestra desde la perspectiva de Sontag cuando dice que, “Sufrir es una cosa; otra es convivir con las imágenes fotográficas del sufrimiento, que no necesariamente fortifican la conciencia ni la capacidad de compasión” (2006, 38). Por lo tanto, no conmueven al funcionariado que es en última instancia el responsable de garantizar la igualdad y no discriminación y el ejercicio de los derechos.

30 Guerrillero(2022)<https://www.guerrillero.cu/todo-arte-es-politico/#:~:text=El%20arte%20siempre%20refleja%20la,su%20contexto%2C%20aunque%20lo%20intente>

31 Esta vertiente del principio es la que recogen los tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

32 La Corte señala que, “ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desventajado, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”.

33 Son parte de este capítulo Grupos de Atención Prioritaria, las personas adultas mayores (artículos 36 al 38); los jóvenes (artículo 39), las personas en movilidad humana (artículos 40 al 42); las mujeres embarazadas (artículo 43); los niños, niñas y adolescentes (artículos 45 y 46), entre otros.

Por el contrario, en el actual mundo donde los *likes* suman popularidad, hay gente que comparte o le da un *like* a una imagen que sobresalta el sufrimiento humano. Y este es el resultado de lo que pasa con las decisiones políticas individuales de los funcionarios (y del complejo social general), que luego afectan –positiva o negativamente– la atención estatal.

Una fotografía, que desde la ética, y en el sentido que propone este análisis, debiera conmover o generar al menos un mínimo de reflexión o, en última instancia conseguir “una transformación de la sensibilidad y la producción de efectos en la medida que redefinimos el trabajo de desarmar miradas clausurantes portadoras de certezas” (Rancière 2014, 8). Lo que nos lleva

a pensar en el consumo de la imagen como cualquier otro bien sustituible –porque cualquier día vendrá otra más cruel, más dura, más inhumana– y que, igual que la anterior será rápidamente fungible.

Esta lejanía del sufrimiento con el que se manejan las imágenes de una cara de la migración muestra vulnerabilidades y no nos dejan percibir la imagen desde el fotografiado. De aquel cuya intimidad es arremetida por una lente. Como ya afirmó Sontag: “fotografiar personas es violarlas, pues se las ve como jamás se ven a sí mismas, se las conoce como nunca pueden conocerse; transforma a las personas en objetos que pueden ser poseídos simbólicamente” (2006, 31).

A MANERA DE CIERRE

Se puede cerrar el presente ensayo diciendo que “las fotografías no pueden crear una posición moral, pero sí consolidarla; y también contribuir a la construcción de una en ciernes” (Sontag 2006, 35), y aparentemente eso es lo que sucede de manera contemporánea con el álbum fotográfico migratorio que solo ha fortalecido las políticas restrictivas a la migración, dejando de lado, en el caso de Ecuador, los principios de igualdad y no discriminación. Por ello, se considera que tratar de encontrar las articulaciones entre el régimen estético de las artes y las posibilidades transformadoras que tienen las imágenes podría aportar a una transformación de la miopías sociales y políticas que en la actualidad no permiten dar pasos hacia la construcción real de la igualdad.

Otra premisa es que “el vasto catálogo fotográfico de la miseria y la injusticia en el mundo entero le ha dado a cada cual determinada familiaridad con lo atroz, volviendo más ordinario lo horrible, haciéndolo familiar, remoto” (Sontag 2006, 39). Esta familiaridad que

vamos naturalizando nos hace indiferentes frente a lo sensible del reparto político, indiferentes frente a la estética que se contamina de desigualdad y que aporta poco a una conciencia moral frente a la injusticia que más tarde se afina en normas como la que se analiza en este ensayo.

Entonces, es posible decir que “disparar” una foto (igual el *photoshoot*, en inglés) no sea una coincidencia y nos deje pensar en la cámara como un arma que dispara, paraliza y quita vida (y posiblemente derechos) a una persona. En el caso de los migrantes, puede confinarlos a ser parte de un bloque de personas segregadas y discriminadas.

Se concluye que en el “reparto de lo sensible” se reparten puestos políticos, representaciones internacionales, *kits* de alimentación y fondos para proyectos, pero no se reparte ni sensibilidad ni ética. No se reparte dignidad, ni derechos. Se reparte indiferencia, miopía y negación. Esto sí, en igualdad de condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

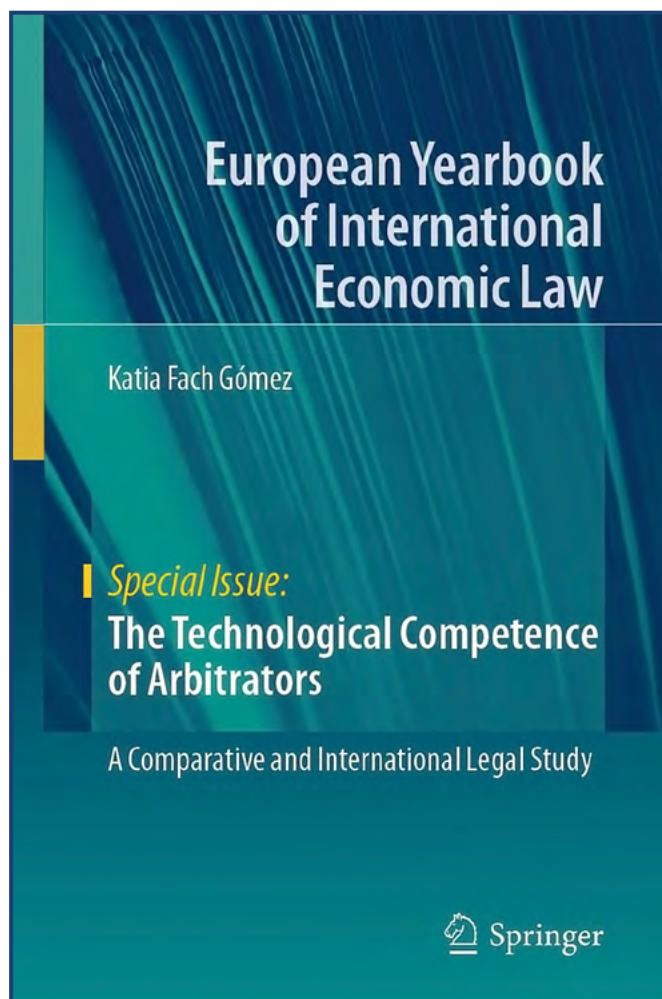
- Bayefski, Anne. 1990. "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional". *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2: 1-34. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>
- Domenech, Eduardo. 2017. "Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo". *Terceiro Milênio. Revista Crítica de Sociologia e Política*, vol. 8, núm. 1: 19-48. Acceso el 23 de junio de 2024. <https://www.revistaterceiromilenio.uenf.br/index.php/rtm/article/view/2/2>
- Organización Mundial para las Migraciones. 2012. *Módulo II: Movilidad Humana*. Lima, Perú.
- Rancière, Jacques. 2014. *El reparto de lo sensible. Estética y política*. Buenos Aires: Prometeo libros.
- Terminiello, Juan Pablo. 2012. "Migración y derechos humanos. Reflexiones acerca de la protección de los derechos humanos frente a los retos contemporáneos de la migración internacional". *Revista Agenda Internacional*, año XIX, N° 30: 45-60. DOI: <https://doi.org/10.18800/agenda.201201.003>
- Sánchez, Eufemia y Patricio Benalcázar. 2022. "El despojo de los derechos en un Ecuador en reversa. Personas en movilidad humana 2017-2021. Aportes para evaluar una ley emblemática". *NULLIUS: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 3(2). DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.6795104>
- Sontag, Susan. 2006. *Sobre la fotografía*. Ciudad de México: Alfaguara.
- ### Normativa y jurisprudencia
- Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial núm. 449, 20-X-2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1984. *Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Costa Rica: https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CIDH_Opini%C3%B3n%20Consultiva_OC%204-84.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2019. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y no Discriminación*. Costa Rica. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>
- CIDH, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. *Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Decreto Ejecutivo 826, 25 de julio del 2019. Quito, Ecuador. Suplemento 67, 24-X- 2019.
- Ley orgánica de Movilidad Humana. Ecuador: Registro oficial, Suplemento 938, 6-II-2017.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in light gray.

THE TECHNOLOGICAL COMPETENCE OF ARBITRATORS: A COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LEGAL STUDY

Katia Fach Gómez*



Sebastián Espinosa Velasco**

* Katia Fach Gómez es profesora de Derecho Internacional en la Universidad de Zaragoza. Posee un doctorado europeo y un máster en Derecho de la Universidad de Fordham, Nueva York. Se ha especializado en arbitraje comercial, inversión internacional, derecho global y litigios internacionales, razón por la cual ha dictado numerosas conferencias en universidades de Estados Unidos, Europa y América Latina. Ha sido designada por el Reino de España como conciliador en la lista oficial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

** Sebastián Espinosa Velasco es Ph.D en Derecho y Máster (LL.M) en Derecho Económico Internacional y Europeo por la Universidad de Maastricht de los Países Bajos. Fue Visiting Scholar de la Universidad de Columbia en 2016. Ha impartido las cátedras de Derecho Internacional Público, Derecho Comercial Internacional y Derecho de Integración en la Facultad de Derecho de la universidad de Las Américas, Ecuador. Actualmente es profesor de postgrado en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Cuenta con amplia experiencia profesional en el sector público, privado y banca multilateral y de desarrollo. Correo electrónico: sebastianxepinosa@gmail.com

Cómo citar esta reseña: Espinosa Velasco, Sebastián. 2024. "Reseña de *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study*, de Katia Fach Gómez". Revista de estudios jurídicos Cálamo, núm. 21: 90-93.

El libro *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study*, de Katia Fach Gómez, analiza la penetración del desarrollo tecnológico en la industria arbitral, ofreciendo un panorama integral de su impacto en la práctica legal. Aunque su enfoque se centra en la competencia tecnológica dentro del ámbito arbitral, sus sólidas reflexiones y análisis, que derivan de cinco preguntas, se basan en un inédito estudio internacional y comparado, y no se limitan a este universo específico¹.

Desde la perspectiva de la práctica arbitral y el argumento que defiende la obligación de los árbitros de ser competentes tecnológicamente, el libro pone en perspectiva las profundas transformaciones a las que se enfrenta el ejercicio del Derecho, y los múltiples desafíos que sus actores deben considerar para navegar en estas arrolladoras corrientes de cambio.

En primer lugar, el libro explora el significado de la competencia tecnológica en el contexto actual del arbitraje. Reconoce el notable aumento en la demanda de habilidades tecnológicas en el ámbito legal, especialmente en respuesta a la pandemia del COVID-19. Este reconocimiento revela tanto la inicial reticencia de los abogados para aceptar la estrecha relación entre su profesión y la alfabetización digital, como la dramática y repentina adaptación de la práctica arbitral a los avances tecnológicos. Específicamente, los árbitros se han visto obligados a desarrollar habilidades para gestionar eficaz y cualificadamente los casos mediante el uso de nuevas herramientas, desde la organización de conferencias de audio y video hasta la presentación y recreación gráfica de evidencia y el uso de realidad virtual y aumentada. Estos mecanismos incluyen de análisis de datos, traducción e interpretación, así como la gestión de datos y la seguridad informática durante todo el proceso arbitral.

En segundo lugar, se examina la relevancia de la competencia tecnológica en el ámbito del arbitraje desde una óptica financiera y jurídica. Se subrayan los beneficios derivados de contar con profesionales inmersos en el arbitraje con habilidades tecnológicas (como el

incremento de la eficiencia, la mejora de la transparencia y la reducción de errores). Sin embargo, también se plantean inquietudes en torno al uso responsable de la tecnología, especialmente en aplicaciones como la inteligencia artificial (IA) para la predicción y resolución de disputas. Se destacan los riesgos potenciales asociados, tales como errores algorítmicos, sesgos inherentes y posibles compromisos en las garantías procesales y la transparencia en aras de la eficacia operativa.

En tercer lugar, se analiza quién debe ser tecnológicamente competente en el ámbito arbitral, considerando la relación de los árbitros con asistentes legales y otros profesionales con experiencia tecnológica. Desde una visión integral de las reglas y prácticas de los principales centros de arbitraje (por ejemplo, CIADI, ICC, UNCITRAL), se explora el alcance y las obligaciones de los asistentes de los árbitros, teniendo en cuenta que la toma de decisiones y la adjudicación de disputas por parte de los árbitros es indelegable. Tal como se reseña en la obra, ya se ha dado un debate doctrinal y judicial sobre el riesgo de que los asistentes excedan sus funciones de apoyo y se conviertan de facto en el “cuarto árbitro”. La irrupción de nuevas tecnologías difumina aún más las fronteras entre las tareas de asistencia, administrativas y de investigación que los asistentes pueden realizar, y las obligaciones *intuitu personae* que corresponden exclusivamente a los árbitros, en el marco de sus obligaciones de supervisión, diligencia, ética y transparencia. Este impacto podría hacer que la tecnología asuma el rol de “cuarto árbitro”, planteando la cuestión de si los asistentes de los árbitros deben ser humanos, dado que cada vez más tareas pueden ser automatizadas. La autora sostiene que los centros de arbitraje deben considerar este asunto.

En cuarto lugar, se examina la cuestión de dónde debe regularse la competencia tecnológica de los árbitros. Este capítulo adopta un enfoque tripartito para explorar el rol de abogados, jueces y árbitros en relación con la competencia tecnológica, reconociendo ampliamente su obligación de ser competentes en tecnología. Esta obligación se aborda tanto en disposiciones *hard law* como *soft law*, que en algunos casos establecen

¹ El libro se compone de siete capítulos. Su capítulo introductorio establece el contexto y el capítulo final sintetiza las ideas principales. Los cinco capítulos centrales abordan de manera exhaustiva cada una de las preguntas formuladas por la autora.

explícitamente la obligación de competencia tecnológica, mientras que en otros se deriva de obligaciones más generales o transversales como la diligencia y la defensa de los intereses de los clientes, particularmente para los abogados. La autora recomienda que, en ausencia de tales reglas, las partes en ejercicio de la autonomía de voluntad pueden exigir que el tribunal se integre por árbitros con competencia tecnológica.

A nivel comparado, esta competencia se ha puesto a prueba en procesos como el *e-discovery* o descubrimiento electrónico, donde los tribunales han reconocido que la comprensión completa de todas las fases del *e-discovery* (identificación, preservación, recolección, procesamiento, revisión y producción de información electrónicamente almacenada) deriva de la obligación de competencia y preparación debida de los abogados.² Este reconocimiento ha sido compartido por jueces en términos de principios de acceso a la justicia, eficiencia y calidad; así como en normas éticas que también se aplican en el ámbito arbitral, como los principios de integridad, justicia, probidad y la necesidad de preservar la buena reputación de los árbitros y la industria arbitral.

La dimensión ética merece atención especial en el delicado ámbito del uso de redes sociales por parte de los adjudicadores, lo que exige mayor diligencia y autocontención por parte de los árbitros, quienes, a diferencia de los jueces, generalmente no están sujetos a reglas y prohibiciones específicas sobre su uso. Desde una perspectiva judicial, se destaca que el uso de redes sociales se enmarca en la libertad de expresión y no puede ser prohibido de manera absoluta. Sin embargo, una comprensión inadecuada del impacto y alcance de las redes sociales, incluidos los riesgos de seguridad informática, podría comprometer principios fundamentales como la independencia, imparcialidad, integridad y conducta debida.

Al analizar y aplicar estas obligaciones al contexto ecuatoriano, resulta preocupante, especialmente en lo que respecta a los operadores de justicia de alto nivel, quienes utilizan las redes sociales, como Twitter (X) u otras plataformas, con irresponsabilidad y desafuero.

Los comentarios, interacciones y revelaciones de información personal sobre casos en curso a través de estas plataformas, representan un ejemplo claro de cómo la tecnología mal utilizada puede erosionar la justicia, su legitimidad ante la sociedad y el Estado de Derecho, lo que requiere una atención inmediata y seria. En línea con los principios conceptuales del libro, este uso distorsionado de las redes sociales revela una falta de competencia digital e incluso un analfabetismo digital, además de violar normas básicas de conducta y ética.

Finalmente, el libro se pregunta cuándo necesitan los árbitros ser tecnológicamente competentes. En este capítulo se ofrece un panorama integral de las reglas adoptadas por los principales centros de arbitraje en cuanto a la conducción de los procesos maximizando el uso de tecnología y la ágil respuesta a la creciente demanda de rapidez y eficiencia, considerando, por ejemplo, las particularidades del arbitraje de emergencia. Frente a la notable preferencia por las audiencias virtuales postpandemia, se aborda el rol de los árbitros y del presidente del tribunal de organizar el procedimiento y su cuidadosa consideración del ámbito legal aplicable, el lugar del arbitraje, la cláusula arbitral, las reglas institucionales, el equipamiento disponible, las cuestiones de acceso de las partes como zona horaria, las posiciones de las partes y, en suma, el resguardo de aspectos de debido proceso. Según la autora, desde una perspectiva legal y tecnológica, se deben considerar dos aspectos según cada caso. El primero, es la competencia de los árbitros para que la tecnología logre implementar adecuadamente sus decisiones; lo que implica una especial atención a aspectos de ciberseguridad y adecuada protección de datos, por su sujeción a leyes y regulaciones sobre esta última materia al ser responsables de la recolección, procesamiento e intercambio de datos personales e información sensible. El segundo aspecto es que los árbitros deben ser capaces de pensar en clave técnica, legal y ética, y decidir si una medida es la más apropiada y oportuna para el arbitraje y tiempos procesales específicos.

El último capítulo resume los argumentos y conclusiones de la obra, destacando no solo la necesidad, sino la obligación de que los árbitros sean tecnológicamente

² Véase el caso *DR. Distributions, LLC v. 21 Century Smoking Inc.*, en Fach Gómez 2023.

competentes en un desafiante y cambiante ecosistema para la toma y producción de decisiones; donde se intersecan diversas obligaciones recientes, como la protección de datos e información sensible, con aquellas fundacionales, como el debido proceso y la protección del orden público. La obra permite dimensionar los inabarcables avances de la tecnología y su profundo impacto en la industria arbitral, que ha emprendido una carrera para estar al ritmo de tales avances y mejorar la eficiencia, alcance y calidad de sus servicios, sin restricciones de tiempo y espacio, salvo las limitaciones impuestas, principalmente, por los ordenamientos jurídicos nacionales. La descentralización de centros de resolución de disputas y adjudicadores resulta más notoria con el desarrollo tecnológico, exacerbando las críticas sobre la desconexión de los árbitros con las implicaciones locales al ejercer su jurisdicción; por ejemplo, en disputas inversionista-Estado, donde se examina el ejercicio de las potestades soberanas de los Estados con profundas implicaciones en el ordenamiento jurídico doméstico, las finanzas públicas y las comunidades locales.

La autora pone sobre la mesa el concepto de modernidad líquida de Bauman para ilustrar cómo la tecnología ha transformado las relaciones en el ámbito arbitral

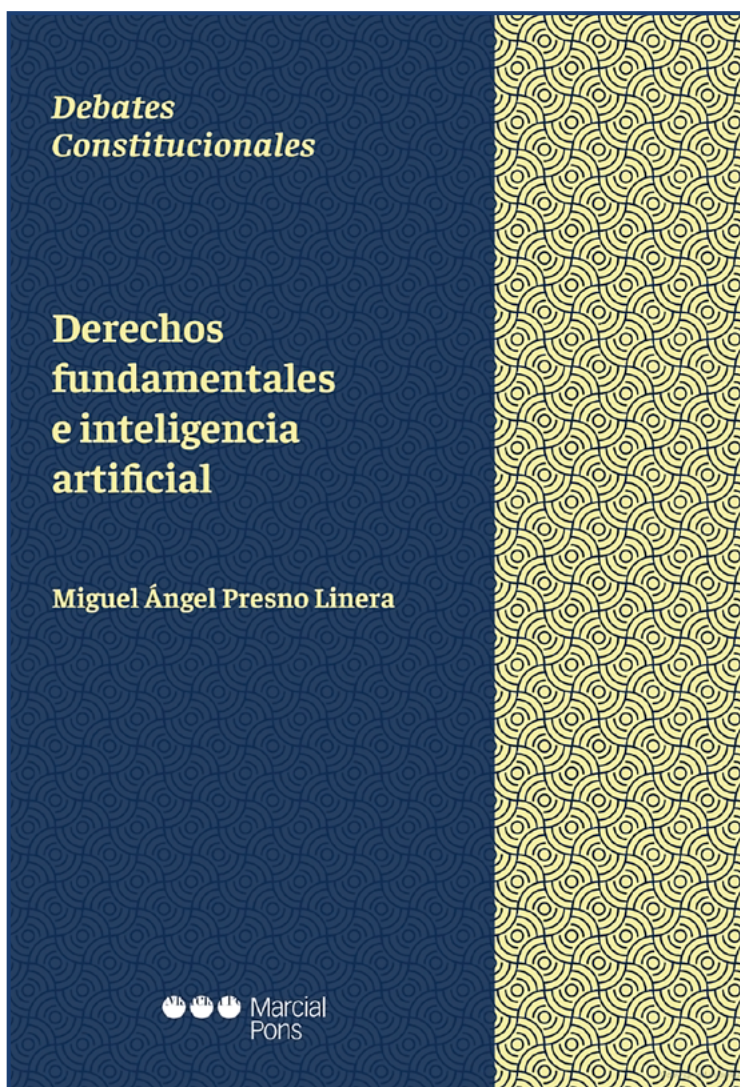
contemporáneo, haciéndolas más dispersas y menos estructuradas que en el ámbito judicial convencional. Esta descentralización, impulsada por el desarrollo tecnológico, promueve el desarrollo, la diversidad, la accesibilidad, la reducción de costos y tiempo en los mecanismos de resolución de disputas, presentando indudables ventajas. Sin embargo, estas ventajas demandan competencias tecnológicas mínimas de los árbitros (y los profesionales del derecho en general) como una garantía de transparencia, responsabilidad, visibilidad y legitimidad. Esta obligación clama una reflexión urgente sobre las reglas aplicables a la competencia tecnológica en el ámbito jurídico y su dimensión ética. Enfrentados a la penetración inexorable de la tecnología en el ejercicio del Derecho y su impacto en la práctica jurídica, es oportuno adecuar el aforismo de Bacon a este contexto y advertir que, así como el dinero, la tecnología puede ser una buena sierva, pero una mala ama.

BIBLIOGRAFÍA

Fach Gómez, Katia. 2023. *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study*. Springer.

DERECHOS FUNDAMENTALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Miguel Ángel Presno Linera*



*Bryan Erazo***

* Es doctor en Derecho y se desempeña como profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo, España. Ha publicado *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia* y *Los partidos políticos en el sistema constitucional español*. Ha sido becario del Congreso de los Diputados y ha ampliado estudios en la Universidad La Sapienza de Roma y en las Universidades de Ratisbona y Friburgo. Es un frecuente invitado a dictar conferencias en Universidades europeas e hispanoamericanas.

** Es abogado por la Universidad de las Américas, Ecuador. Como abogado independiente trabaja en el área civil, familiar y penal. Realiza investigaciones relacionadas con el Código General de Procesos y la Filosofía del Derecho. Correo electrónico: b.1108_bryan@hotmail.com

Cómo citar esta reseña: Erazo, Bryan. 2024. "Reseña de *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, de Miguel Ángel Presno Linera". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, núm. 21: 94-96.

La obra *Derechos fundamentales e inteligencia artificial* (2022), del catedrático del Derecho Miguel Ángel Presno Linera, publicada por Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, está compuesta de tres capítulos. A lo largo de sus 144 páginas, aproxima al lector al origen y desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA), la incidencia de esta tecnología en una serie de derechos o grupos de derecho fundamentales, y la asociación que se genera entre la IA y la teoría general de los derechos fundamentales. La obra aporta elementos para reflexionar acerca del impacto y la repercusión que ha generado la IA en relación con los derechos, así como sobre la garantía de los derechos frente a la IA.

Como nada surge de la nada *-ex nihilo nihil fit-*, el autor, en su página de agradecimiento, menciona que el libro encuentra su origen en una conversación, en el contexto de una actividad académica, con el objetivo de fomentar el estudio y el debate de todo aquello que afecta a la democracia constitucional, su evolución y adaptación al nuevo modelo social.

En el capítulo uno, “La inteligencia artificial y el Derecho: Entre la ciencia y la ficción”, el autor explica de qué se habla cuando se habla de inteligencia artificial. Aclara que se suele confundir con un subcampo llamado “aprendizaje automático”, ubica el nacimiento del nombre inteligencia artificial, y empieza a sumergir al lector en la compleja regulación jurídica que la Unión Europea realiza por medio de la Ley de inteligencia artificial y las resoluciones del Parlamento Europeo, que fueron los primeros acercamientos de la Unión Europea a este tema. En el primer párrafo del *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial*, de la comisión del 19 de febrero de 2020, se explica que:

La IA se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria [...], aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción [...]. La IA conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos. (Presno 2022, 18)

Miguel Ángel Presno, en este primer capítulo, ya identifica los derechos fundamentales que se verán comprometidos por la IA, y que serán objeto de estudio en las páginas siguientes: derecho a la libertad personal, derecho a un juicio justo y a la tutela de los tribunales, derecho a la intimidad y a la protección de datos, derechos vinculados a la dimensión pública y relación de las personas y, en general, a los derechos sociales.

En el segundo capítulo, titulado “Una aproximación a la inteligencia artificial y su incidencia en los derechos fundamentales”, Presno identifica y subdivide siete grupos en función de la dimensión y aplicación de la inteligencia artificial y los derechos fundamentales en los cuales tendría repercusión. El autor explica la tarea titánica que será legislar la inteligencia artificial para “que la IA se convierta efectivamente en un instrumento al servicio de las personas y la sociedad, en favor del bien común y del interés general” (Presno 2022, 24). Difícil tarea en un mundo tan álgido de avance tecnológico, que demanda una normativa que no sea rígida, sino flexible y predictiva del cambio.

Es importante destacar el uso de casuística en la obra de Presno, para ejemplificar con fallos pertinentes el uso de herramientas estructuradas, en materia penal, como lo es la decisión del Tribunal Supremo de Wisconsin en el famoso caso *State vs. Loomis*, de 10 de marzo de 2017, con el uso del sistema COMPAS para el cálculo de las estimaciones de riesgo, y el análisis de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Así también, la aplicación en materia constitucional con la sentencia del Tribunal Constitucional, 254/1993, el uso y tratamiento de los datos para alimentar sistemas automatizados de toma de decisiones, y el poder de disposición sobre los datos personales, así como, la inexistencia de un derecho fundamental que los proteja; y demás ejemplos en distintos ámbitos judiciales y derechos fundamentales.

En el tercer capítulo, Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial, el autor muestra un análisis desde distintos enfoques dividiendo esta sección en ocho subtemas. En palabras del autor:

abordaremos la conexión entre, primero, la IA y el Estado social y democrático de derecho de nuestros días, que es también un Estado digital y, segundo, entre la IA y la teoría general de los derechos fundamentales, es decir, relacionándola con la delimitación y limitación de su objeto y contenido, su titularidad, su doble dimensión. (2022, 83)

Se empieza por los derechos fundamentales e inteligencia artificial en el estado social, democrático y digital de derecho, hasta las garantías de los derechos fundamentales frente a eventuales lesiones derivadas del uso de la inteligencia artificial.

El catedrático Miguel Ángel Presno aborda los llamados neuroderechos, que fueron reconocidos en la Constitución chilena, y la necesidad de regular los mismos por parte del Parlamento Europeo y, con esta propuesta, proteger el cerebro humano contra la injerencia de la neurotecnología. En este sentido, existe una protección frente al sesgo algorítmico. Así también, el autor, ahonda en todas las posibles regulaciones y leyes, con medidas preventivas y de control, que se puedan implementar, para que no se permita por parte de la IA un potencial impacto discriminatorio.

Con la correcta implementación en las administraciones se promueve el uso de una inteligencia artificial

ética y respetuosa de los derechos fundamentales. Al respecto, el uso de fallos judiciales y resoluciones es imperante para ahondar en el estudio del mundo digital.

El trabajo de investigación realizado por Presno permite profundizar el análisis sobre las incidencias a las cuales ha llegado el mundo digital a la par de la inteligencia artificial, trastocando los derechos fundamentales. Por lo tanto, no solo hay nuevos campos de estudio y regulación que tienen pendiente los legisladores, sino que, surge la oportunidad de evolución del Derecho y de esta forma aprovechar el desarrollo de las herramientas tecnológicas que conlleva la IA con una adecuada tutela. Se debe tener en cuenta la protección de los derechos fundamentales en un espectro jurídico que permita abordar las particularidades de este mundo digital que cambia de forma constante.

La obra es sin duda de obligatoria lectura para todos aquellos que desean iniciarse en el aprendizaje del derecho digital y la relación que existe entre la teoría de los derechos fundamentales y la inteligencia artificial.

BIBLIOGRAFÍA

Presno, Ángel. 2022. *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.

ENTREVISTA

Wald

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROPIEDAD INTELECTUAL
Entrevista con Lorena Castellanos*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTELLECTUAL PROPERTY
Interview with Lorena Castellanos

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL
Entrevista com Lorena Castellanos

*Leonidas Rojas***

Entrevista realizada por escrito en mayo de 2024

Quito - Ecuador

* Es Doctora en Jurisprudencia y abogada, Maestra en Políticas Públicas, Flacso, sede Ecuador; Magíster en Derecho, con mención en Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Fue asesora de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia (2013-2014), Presidenta y Vocal Principal del Comité de Propiedad Intelectual (2014-2018) y Subsecretaria de Fortalecimiento del Servicio Público, del Ministerio del Trabajo (2021-2023). Actualmente es asesora de la Presidencia de la Corte Constitucional y docente a contrato de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. ORCID: 0000-0003-3262-6166. Correo electrónico: lcastellp@yahoo.com

** Es abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Magister en Propiedad Intelectual por la Universidad de Las Américas; Máster en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Internacional de La Rioja; tiene una diplomado en Derecho de Autor por la Universidad Sergio Arboleda, un diplomado en Derecho de Autor por la Universidad del Noreste de México y un diplomado en Propiedad Industrial por la Universidad del Noreste de México. Es abogado en libre ejercicio, expositor, ponente y articulista en temas de propiedad intelectual. Se desempeña como docente de las materias Derecho de Propiedad Intelectual, Fundamentos Históricos del Derecho, Marco legal de la Publicidad, Propiedad Intelectual y Vida, Ética y Legislación Audiovisual en la Universidad de Las Américas.
Correo electrónico: leonidas.rojas@udla.edu.ec

Cómo citar esta entrevista: Rojas, Leonidas. 2024. "Inteligencia artificial y propiedad intelectual. Entrevista con Lorena Castellanos". Revista de estudios jurídicos, núm. 21: 98-102.

LEONIDAS ROJAS (LR): El concepto de inteligencia artificial (IA) se encuentra presente desde hace varias décadas. Sin embargo, es en los últimos años en los que la IA ha irrumpido en la sociedad con una fuerza colosal. Su uso es cada vez más generalizado, de manera que está transformando todos los aspectos de la vida cotidiana. En este sentido, ¿qué desafíos presenta esta revolución de la inteligencia artificial a la propiedad intelectual?

LORENA CASTELLANOS (LC): Desde mi perspectiva, existen al menos tres desafíos que la inteligencia artificial (IA) plantea al sistema de propiedad intelectual. El principal de ellos tiene que ver con la capacidad del sistema de continuar ofreciendo un marco de protección jurídica adecuada y predecible para los titulares de los derechos. En la medida en que la innovación es el motor de la IA, los resultados de su influencia se evidencian en la aparición de nuevos productos y servicios en el mercado, que pueden ser protegidos por patentes, modelos de utilidad o diseños industriales; así como en el desarrollo de formas cada vez más ingeniosas de producción, publicidad y comercialización, que pueden tutelarse a través de marcas, signos distintivos o derecho de autor. Pero el alcance o requerimiento de la protección jurídica que ofrece cada una de estas figuras no siempre está claro para los desarrollos obtenidos con ayuda de la IA, sobre todo para aquellos que son complejos y tienen un enorme potencial para mejorar la vida de las personas. En consecuencia, el reto es encajar esos desarrollos en la modalidad adecuada, vía reforma de la normativa o a través de una interpretación más flexible del derecho.

Un segundo desafío está en la aptitud del sistema para adaptar las excepciones y limitaciones de la propiedad intelectual al entorno digital y global que genera esta tecnología. Así como la protección está diseñada para garantizar derechos monopólicos a favor de los titulares de las innovaciones, los beneficiarios de las innovaciones presionan para que los gobiernos fijen límites a esos derechos exclusivos y procuren una mayor apertura a su uso legítimo con fines educativos e informativos. En este punto, el reto es encontrar un equilibrio para que el sistema no sólo proteja los desarrollos de la IA, sino que también sea capaz de garantizar la debida protección a los consumidores de los bienes y servicios de base

tecnológica, a partir de normas claras y más flexibles que garanticen el acceso y disponibilidad de contenido protegido por propiedad intelectual.

Finalmente, la IA plantea el desafío de que el sistema de propiedad intelectual contribuya a un mercado mucho más dinámico y versátil, que permita una explotación adecuada de los derechos y que facilite el acceso al contenido protegido.

LR: Los cambios sociales suelen ser complejos y generalmente no son del gusto de todos. Más todavía cuando implican cambios en normas, conceptos e incluso principios. ¿Consideras que la normativa de propiedad intelectual a nivel nacional, regional y mundial está preparada para resistir la revolución de la IA? ¿Es viable actualmente un escenario de reformas en las legislaciones para adecuarse a los nuevos desafíos?

LC: La IA tiene una fuerza disruptiva sin precedentes. A nivel normativo, está claro que el uso de tecnologías generadas a partir de la IA está transformando ostensiblemente el contenido de preceptos jurídicos cuya discusión hasta hace poco creíamos superada y que son esenciales en el ámbito de la propiedad intelectual. Por ejemplo, las obras audiovisuales creadas con ayuda de IA están cuestionando las nociones de obra, titularidad y originalidad. Igualmente, las invenciones de base tecnológica están poniendo de relieve nuevos elementos de análisis sobre la noción de inventor y criterios de patentabilidad. Pero hay que tener presente que la IA es el resultado de un proceso acumulado de innovación. La diferencia con otros cambios que ha experimentado la humanidad, es su velocidad inusitada y versatilidad.

Lógicamente, la propiedad intelectual es uno de los campos del Derecho en donde el impacto es directo, pero el escenario aún no está muy claro, sobre todo porque la intensidad de los desarrollos de la IA no es la misma en todos los países y ha abierto una brecha que pone en desventaja a las naciones en vías de desarrollo, como la nuestra. En el contexto internacional, la experiencia pionera de la Unión Europea, que lleva en curso al menos tres décadas, muestra que un proceso organizado de armonización normativa para los países es útil

para una regulación estratégica de la IA. Tal es el caso de Estados Unidos, países anglosajones y asiáticos que tienen una fuerte base tecnológica. Por otra parte, las reglas del juego son marcadas no solo a partir de leyes y reglamentos, sino también a través de la jurisprudencia, es decir, a partir de la resolución de conflictos que involucran IA y titularidad de derechos de propiedad intelectual. En el caso de la subregión andina, concretamente la Comunidad Andina a la que pertenece el Ecuador, aún no se ha dimensionado el impacto de la IA en la propiedad intelectual y tampoco existe alguna iniciativa para la agenda política comunitaria. En ese marco, los conflictos que puedan involucrar desarrollos de IA en el país serían abordados en función de los estándares previstos en los tratados y convenios internacionales que ha suscrito y ratificado.

Se concluye que los países en los que se producen los desarrollos de la IA cuentan con una mayor preparación para enfrentar los mayores desafíos a nivel normativo, no solo porque conocen las ventajas que la regulación apropiada de la IA puede traer para sus economías, sino también porque experimentan, de primera mano, los problemas jurídicos complejos que traen consigo los cambios tecnológicos. En países como el nuestro, sin embargo, el sistema jurídico tampoco está en cero. Aunque los cambios de la normativa interna en las legislaturas no puedan ir al mismo ritmo que los avances de la IA, ya sea porque no se considere como una prioridad en la agenda política del gobierno o porque falte un mayor conocimiento sobre el tema, creo que los fundamentos del sistema de propiedad intelectual pueden ser objeto de una interpretación más flexible que contribuya a lograr un equilibrio entre ciencia y Derecho. La tarea es ardua para las autoridades administrativas y judiciales que tienen en sus manos la tarea de dirimir los conflictos en contextos mediados por la tecnología, pero existe una valiosa oportunidad en el marco regulatorio constitucional y en el estudio del derecho comparado, que son herramientas importantes para entender los nuevos contenidos de los derechos.

LR: A propósito del tema, mis estudiantes suelen tener las siguientes inquietudes que hoy te las comparto. ¿Estamos preparados para reconocer la autoría de una obra a una IA? ¿Qué pasará con las

invenciones desarrolladas por IA? ¿Podría debilitar la IA el sólido sistema marcarío que tenemos en la actualidad con programas de elección de productos que relativicen o eliminen el uso de marcas?

LC: La visión mayoritaria en varios tribunales y oficinas de propiedad intelectual del mundo es que, por mucho terreno que haya ganado la IA en la sociedad, como resultado de la automatización, programación informática y robótica, los autores y los inventores deben ser personas físicas.

Desde esta perspectiva, que se inserta en la teoría de la personalidad, existe un vínculo subjetivo muy fuerte entre el creador y su creación que no se produce cuando el resultado proviene de una máquina o programa activado con IA, por más sofisticación que hayan alcanzado. Esto es así porque solamente la persona humana es quien puede dejar su impronta personal o la huella de sus atributos individuales en el proceso de construcción de la creación. Tratándose del derecho de autor y derechos conexos, es más evidente que una obra lleva el sello distintivo de su autor, ya sea de carácter literario, artístico o, incluso, cuando usa tecnología, como es el caso del software, obras multimedia y bases de datos electrónicas. Además, en muchas legislaciones, la personalidad del autor es un atributo que se asocia directamente con la originalidad, que es el requisito exigido para que se configure la protección legal de la obra.

En el caso de las patentes, sin embargo, más que esa impronta personal, la imposibilidad de reconocer a las máquinas o sistemas de IA la condición de inventor se relaciona con la capacidad jurídica de solicitar la protección y realizar actos de explotación y gestión estratégica de los derechos exclusivos sobre el invento reivindicado. En efecto, la cesión de derechos, la transmisión de derechos por causa de muerte del titular o la licencia de uso sobre una patente son actos jurídicos que únicamente pueden ser realizados por personas físicas, aun cuando actúen en representación de personas jurídicas. Ahora bien, varias legislaciones no contienen propiamente una definición de inventor y es en este punto en que se apoyan quienes sostienen que la AI sí podría serlo y están en contra de una interpretación restrictiva. No obstante, este no es un argumento

sólido para sostener que las máquinas o los programas provenientes de la IA pueden tener y ejercer derechos.

Creo que en los últimos años muchos imaginarios de la ficción se han vuelto realidad. Es innegable que la humanidad está viviendo la revolución 4.0, pero esto no significa que la IA vaya a destruir el sistema de propiedad intelectual, más bien está ejerciendo una presión positiva que obliga a la adaptación de sus contenidos frente a las nuevas necesidades de titulares y consumidores. En mi opinión, la propia IA podría ser utilizada como una herramienta aliada para reducir los tiempos de tramitación de las solicitudes de patentes y de otras modalidades de propiedad intelectual, de manera que esto podría ayudar a reducir la incertidumbre y a aumentar la confianza en el sistema.

En cuanto al derecho marcario, no veo argumentos razonables para pensar que la IA pueda provocar el debilitamiento del sistema de propiedad intelectual y, en especial, la eliminación del uso de marcas y otros signos distintivos. Tampoco creo que la automatización de procesos signifique que la IA vaya a provocar que el mercado se llene de productos genéricos. Por el contrario, creo que los desarrollos de la IA están contribuyendo poderosamente a que la marca, como figura jurídica, se mantenga más vigente que nunca y potencie su función de distintividad; esto es, su capacidad de distinguir productos y servicios en un mercado global cada vez más influido por la tecnología.

LR: Quizás la mayor preocupación que actualmente tenemos es que el uso de la IA incremente las infracciones de propiedad intelectual ¿Qué debería hacerse en materia de observancia de derechos de propiedad intelectual para evitar/impedir este potencial aumento?

LC: Pienso que el diseño normativo del actual marco regulatorio de los procedimientos de observancia de derechos de propiedad intelectual es el adecuado para la determinación y sanción de infracciones. El verdadero problema es que, en la práctica, al menos en el caso ecuatoriano, el tiempo que conlleva la sustanciación de estos procedimientos hasta obtener una decisión administrativa o judicial es considerable y, por lo tanto, no garantiza un nivel de certeza jurídica apropiado a

los titulares de los derechos. En esa línea, las oficinas de propiedad intelectual, que son las encargadas de analizar las solicitudes y decidir la concesión o denegación de los derechos solicitados, no pueden quedar al margen del cambio tecnológico. Por el contrario, resulta imprescindible que incluyan en sus modelos de gestión programas de IA que permitan reducir los tiempos de atención de los trámites e incrementar los estándares de calidad en procesos tales como el análisis de forma, análisis de registrabilidad, patentabilidad e informes del estado de la técnica. Para los procesos de observancia, el uso de IA sería de gran ayuda a la hora de determinar si se configura o no una infracción al derecho, sobre todo porque esa determinación debe ser oportuna para producir un efecto disuasivo y evitar la repetición de las conductas infractoras.

Por otra parte, también es imprescindible que el país asuma el reto de ir a una reforma legal para regular el derecho de imagen. En la experiencia estadounidense, por ejemplo, la regulación legal de los ultrafalsos o superposición de rasgos humanos de personas famosas en el cuerpo de otra persona que se puede lograr a través de IA, se ha desarrollado de manera rápida, debido a su impacto en la industria del entretenimiento. Es un tema muy importante y complejo, pues en las infracciones podrían entrar en controversia varios derechos, no solamente la propiedad intelectual, y los impactos ya están comenzando a evidenciarse con casos en los que se han utilizado imágenes y voces de personas reales para la comisión de delitos.

LR: Ya hemos analizado los potenciales riesgos del empleo de las IA en materia de propiedad intelectual, pasemos ahora a los aspectos positivos. ¿Podría la IA potenciar los derechos de propiedad intelectual y beneficiar a sus titulares?

LC: La IA puede contribuir enormemente y beneficiar no solo a los titulares de las creaciones, sino también a los consumidores y a los diferentes actores del entorno empresarial y de la sociedad civil. Si se piensa en la función social que debe cumplir la propiedad intelectual, como contraprestación al ejercicio de los derechos monopólicos de sus titulares, la IA puede mejorar las condiciones de accesibilidad a contenidos protegidos por derecho de autor. Por ejemplo, en el

caso de personas con dificultades para acceder a textos impresos, la IA está incidiendo en la creación de plataformas digitales, automatización de procesos y formatos accesibles, tales como la realidad aumentada y la realidad virtual, que contribuyen a innovar las capacidades de lectura y aprendizaje, así como a garantizar un nivel de vida digna e independiente para este tipo de usuarios. Otro ejemplo de impacto positivo de la IA está en el derecho de patentes. La IA está alimentando constantemente la espiral de innovación en la industria farmacéutica, así que nuevos medicamentos y máquinas para una detección temprana de enfermedades, desarrolladas con ayuda de IA, pueden aportar a una mejor calidad de vida de las personas. Con este mismo objetivo también pueden aprovecharse los desarrollos de la IA en el ámbito de la agricultura y en la industria de la alimentación, pues el uso de la robótica para el monitoreo de plagas, la irrigación periódica y la provisión de luz en los cultivos ya es una realidad en varios países asiáticos. En estos casos, al tiempo que se beneficia a la sociedad, con la protección legal y el otorgamiento de derechos exclusivos, también se garantiza la recompensa a los inventores y titulares de los derechos por los esfuerzos y recursos invertidos en el proceso de investigación y desarrollo.

Por otro lado, más allá del temor a que los programas automatizados y los robots reemplacen al ser humano, no puede negarse que la IA está abriendo nuevos espacios en el mercado tradicional y oportunidades de trabajo que demandan la adquisición de destrezas especiales en las personas. Las estrategias empresariales están acoplándose al cambio tecnológico y, precisamente, ello se muestra en las formas novedosas de presentación de los productos, prestación de servicios y campañas publicitarias, que pueden protegerse

y explotarse a través del derecho de marcas y otros tipos de signos distintivos. La industria cultural también está modificándose y su reto es catalizar la IA en el marco de un equilibrio justo entre los derechos de los autores y los derechos económicos, sociales y culturales.

LR: En este sentido, ¿en qué podríamos aportar desde la Academia?

LC: Los derechos de propiedad intelectual se caracterizan por ser transversales; es decir, congregan a diversos actores del Estado, la empresa, la universidad y la sociedad civil. Son derechos que no solo se deben proteger, sino también explotar y gestionar para generar valor agregado y movilizar la economía. Los desafíos que trae consigo el relacionamiento entre la IA y la propiedad intelectual implican varios cambios que deben ser abordados desde el debate y la investigación, por eso el rol de las universidades es muy importante. Creo que, en general, la carrera de Derecho en el país todavía no se ha abierto del todo a la posibilidad de descubrir el potencial de una educación más creativa. Sin embargo, la academia puede aportar actualizando los contenidos de los programas de estudios, incluyendo metodologías orientadas a la adquisición de nuevas destrezas de análisis en los estudiantes y generando espacios de diálogo permanente que congreguen a autoridades administrativas, jueces y docentes. Los consultorios gratuitos o proyectos de interacción con la comunidad podrían respaldar iniciativas e incubadoras de emprendimientos de base tecnológica y uso de IA, en las que los estudiantes de derecho puedan asociarse con estudiantes de otras carreras y aprender a resolver problemas juntos y en contextos interdisciplinarios, inmersivos e interactivos.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo es una revista de estudios jurídicos publicada de forma semestral (enero y julio) por la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Ecuador, desde el 2014. Está pensada para la comunidad científica y para el público interesado por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten al conocimiento y análisis del Derecho, especialmente desde un enfoque interdisciplinario, y que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social.

Resumen de las normas de publicación

- El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista presupone la **aceptación de la política editorial** y la adhesión al **código de ética** de la revista.
- Los textos deben ser originales, **inéditos** y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.
- Se aceptan, con la aprobación del comité editorial, textos traducidos al español que hayan sido previamente publicados en idiomas distintos a éste y que sean relevantes en el marco del tema central de la convocatoria vigente.
- Los textos deben estar escritos en **español, portugués o inglés**.
- No es necesario tener afiliación a instituciones académicas u otras para proponer contribuciones. Se reciben contribuciones de personas estudiosas del Derecho independientemente de su **afiliación institucional** o académica, así como de investigadores-as independientes.
- Los artículos y otras contribuciones pueden tratar de diversos temas dentro de los estudios jurídicos sin tener que limitarse a un **ámbito geográfico** delimitado.
- Cálamo publica cuatro **secciones**: Dossier, Ensayo, Reseña y Entrevista. Recibe contribuciones todo el año para la sección abierta (Ensayo) y realiza **dos convocatorias temáticas al año** para la sección Dossier.
- Los artículos y ensayos pasan por varios procesos de evaluación y revisión, que incluyen la revisión del cumplimiento de la política editorial y las normas de citación, y un **arbitraje** de doble ciego, con el fin de garantizar la calidad académica de los textos publicados.
- Cálamo maneja una estricta **política de prevención de plagio**. Las y los autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto o autor-a. Antes de la aceptación de los textos, se realiza una verificación del contenido mediante un programa de verificación de plagio.
- Publicar en Cálamo **no tiene costo**. Cálamo no recibe ningún ingreso monetario ni de otro tipo por el trabajo editorial realizado
- Las y los autores conservan sus **derechos de autor** y autorizan a la revista Cálamo, de manera ilimitada en el tiempo, a incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. Cálamo opera bajo la licencia *Creative Commons* CC BY-ND 4.0 (reconocimiento sin obra derivada).



Política por secciones

Dossier: Los artículos y ensayos de esta sección responden a la convocatoria vigente. En ellos se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia de investigación. Son seleccionados por su calidad académica y su nivel argumentativo, y son sometidos al proceso de arbitraje.

Ensayo: En esta sección se publican artículos y ensayos que tratan temas fuera de la convocatoria vigente. En ellos se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia de investigación. Son seleccionados por su calidad académica y su nivel argumentativo, y son sometidos al proceso de arbitraje.

Reseña: Se publican evaluaciones críticas de libros que hayan sido publicados en los últimos dos años en español, inglés, francés o portugués.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a profesionales del Derecho, figuras públicas, miembros de iniciativas ciudadanas y personalidades políticas o académicas vinculadas al escenario jurídico.

Requisitos para las secciones Dossier y Ensayo

- El texto debe estar precedido de un resumen de al menos 500 caracteres con espacios (cce) y no mayor a 800 cce, en español e inglés.
- Las y los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título, en español e inglés.
- El título del artículo no puede contener más de diez (10) palabras. El autor o autora puede completarlo utilizando un subtítulo.
- La extensión de los artículos y ensayos debe ser de 30.000 a 50.000 cce.
- El texto debe ajustarse a las normas de citación de Cálamo.
- En la etapa de edición, el equipo editorial podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.

Orientaciones para el envío de propuestas de coordinación del Dossier

Las personas interesadas en coordinar un Dossier pueden enviar su propuesta en cualquier momento del año. Para ello, se deberá tomar conocimiento de los documentos normativos de la revista y, especialmente, de las directrices para coordinadores-as; y se deberá enviar el formulario de propuesta junto con la o las hojas de vida de las personas proponentes a calamo@udla.edu.ec. Las propuestas son seleccionadas por el comité editorial. Su aceptación o no aceptación será comunicada en un plazo máximo de quince (15) días una vez cerrado el plazo de la convocatoria.

Orientaciones para el envío de artículos y otras contribuciones

Las personas interesadas en publicar con Cálamo deben revisar la política editorial completa, así como el código de ética y las normas de citación, documentos normativos disponibles y descargables en la página web de la revista. Los envíos deben realizarse a través de la página web.

Pueden dirigir sus preguntas y consultas al correo: calamo@udla.edu.ec.





ud/a.