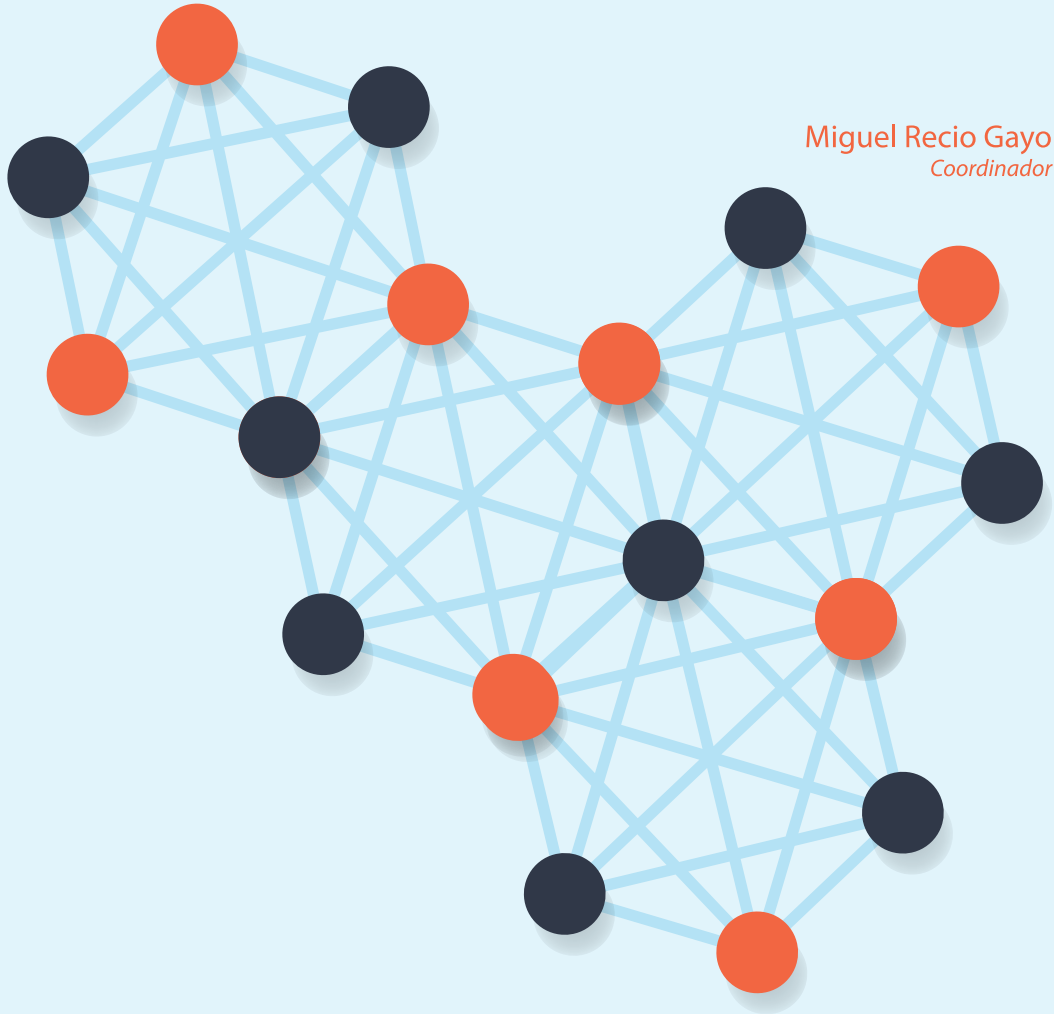


La Constitución

en la sociedad y economía digitales

Temas selectos de derecho
digital mexicano

Miguel Recio Gayo
Coordinador



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
P825.113
C667c

La Constitución en la sociedad y economía digitales : Temas selectos de derecho digital mexicano / coordinador Miguel Recio Gayo ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Miguel Recio Gayo ; introducción Alejandra Martínez Verástegui]. -- Primera edición. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación , 2016.
xxxi, 511 páginas ; 24 cm.

Contenido: La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de Internet / Francisco Javier Acuña Llamas -- La privacidad en Internet / José Luis Piñar Mañas y Miguel Recio Gayo -- La libertad de expresión en el entorno digital. Retos frente a la privacidad / María Solange Maqueo Ramírez -- El secreto de las comunicaciones en el ámbito de Internet / Olivia Andrea Mendoza Enriquez -- Derechos de autor en el ámbito de Internet / Eduardo de la Parra Trujillo -- Competitividad y economía de Internet / Jimena Moreno González -- Protección de los consumidores en el ámbito de Internet / Carlos de Jesús Ponce Beltrán -- Transparencia y el acceso a la información pública gubernamental a través de Internet / Agustín Millán Gómez y Sergio Carrera Riva Palacio -- Acceso a tecnologías de la información y comunicaciones / Alfredo Alejandro Reyes Krafft -- Cyber Warfare / Juan Manuel Mecinas Montiel -- Ciberjusticia: tecnologías e Internet para el acceso a la justicia / Rosario Duaso Calés -- Protección de los menores en Internet y ciudadanía digital responsable / Miguel Recio Gayo

ISBN 978-607-468-890-0

1. Derecho informático – Avances tecnológicos – Aspectos jurídicos – México 2. Internet – Protección de datos personales 3. Defensa a la privacidad – Bases de datos de internet 4. Libertad de pensamiento y de expresión 5. Derecho al secreto de las comunicaciones 6. Derechos de autor 7. Competencia económica 8. Derechos del consumidor 9. Acceso a la información pública 10. Tecnologías de la información y comunicación 11. Derecho de acceso a la justicia 12. Protección de menores I. Recio Gayo, Miguel, coordinador, prologuista II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales III. Aguilar Morales, Luis María, 1949- IV. Martínez Verástegui, Alejandra, autor de introducción

Primera edición: octubre de 2016

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, Ciudad de México, México

Diseño de portada: Alfonso Escudero Vera; aescudero@mac.com

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita del titular de los derechos.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Constitución

en la sociedad y economía digitales

Temas selectos de derecho
digital mexicano

Miguel Recio Gayo
Coordinador



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Eduardo Medina Mora Icaza

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

CONTENIDO

Presentación	IX
Prólogo.....	XIII
Introducción	XXIII

La Constitución en la sociedad y economía digitales. Temas selectos de derecho digital mexicano

La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de Internet	1
<i>Francisco Javier Acuña Llamas</i>	
La privacidad en Internet.....	37
<i>José Luis Piñar Mañas y Miguel Recio Gayo</i>	
La libertad de expresión en el entorno digital. Retos frente a la privacidad.....	89
<i>María Solange Maqueo Ramírez</i>	

VIII

El secreto de las comunicaciones en el ámbito de Internet.....	131
<i>Olivia Andrea Mendoza Enriquez</i>	
Derechos de autor en el ámbito de Internet	169
<i>Eduardo de la Parra Trujillo</i>	
Competitividad y economía de Internet.....	231
<i>Jimena Moreno González</i>	
Protección de los consumidores en el ámbito de Internet	273
<i>Carlos de Jesús Ponce Beltrán</i>	
Transparencia y el acceso a la información pública gubernamental a través de Internet.....	317
<i>Agustín Millán Gómez y Sergio Carrera Riva Palacio</i>	
Acceso a Tecnologías de la Información y Comunicaciones	371
<i>Alfredo Alejandro Reyes Krafft</i>	
<i>Cyber Warfare</i>	403
<i>Juan Manuel Mecinas Montiel</i>	
Ciberjusticia: Tecnologías e Internet para el acceso a la justicia.....	433
<i>Rosario Duaso Calés</i>	
Protección de los menores en Internet y ciudadanía digital responsable.....	473
<i>Miguel Recio Gayo</i>	

PRESENTACIÓN

El 5 de febrero de 2017 festejamos el centenario de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual ha sido reformada ya en varias ocasiones para dar respuesta a las necesidades de nuestra sociedad, como máxima norma del ordenamiento jurídico nacional.

En ese sentido, podemos afirmar que el uso de Internet ha transformado nuestro mundo, en particular por lo que se refiere a nuestra economía y sociedad, que ahora también son digitales, y que la Constitución ha tenido que adaptarse a estos cambios. Algunas de las reformas constitucionales que se han producido, especialmente durante los últimos años, han sido torales para avanzar en el desarrollo de estos aspectos. Al respecto, de manera ilustrativa podemos señalar las reformas a los artículos 6, 7, 16 y 73 constitucionales en materia de telecomunicaciones y acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como en relación con el derecho a la protección de datos personales.

Resulta claro que Internet y los servicios, tanto públicos como privados, que pueden desarrollarse y proporcionarse gracias al mismo, están sujetos al cumplimiento de obligaciones por los Estados y las empresas, que respectivamente tienen el deber de proteger y la responsabilidad de respetar los derechos humanos. En este sentido, como indica Vega Iracelay *“la economía digital brinda una oportunidad única de fomentar la innovación y el crecimiento inclusivo, pero plantea algunos retos, como incrementar la confianza en ella, que es un valor permanente de primordial importancia que debemos preservar”*.¹ Es decir, contar con una economía digital robusta y responsable, basada en Internet y en el respeto de la Constitución mexicana, es una gran oportunidad para que nuestro país sea competitivo a nivel global y también un ejemplo como sociedad digital incluyente.

Así, las reformas constitucionales que se han producido en los últimos años han contribuido a que México pueda contar con el andamiaje institucional necesario para hacer efectivos los derechos en Internet. No obstante, los desafíos enfrentados en el camino no han sido sencillos por la amplia gama de temas relacionados con el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Por ello, esta publicación será de utilidad para los interesados en conocer la forma en la que el derecho se ha ido adaptando a las necesidades de la economía y la sociedad digitales.

¹ VEGA IRACELAY, J., “Presentación a la edición en español”, en *Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2015*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Microsoft México, disponible en http://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015_SP_WEB.pdf

En este volumen se incluyen artículos en los que expertos analizan, desde un punto de vista jurídico, cómo Internet ha cambiado y seguirá transformando nuestra sociedad, y cómo ha ido ofreciendo, de manera constante, nuevas posibilidades de innovación y competitividad, incluso más allá de un territorio delimitado por fronteras nacionales. En este sentido, en el texto son tratados los temas más relevantes en la materia, tales como transparencia y acceso a la información pública, protección de los consumidores, datos personales, derechos de autor, privacidad y libertad de expresión, entre otros.

El futuro depende de lo que hagamos en el presente y, en cuanto a la economía y la sociedad digitales, el futuro requiere reconocer los derechos y las obligaciones que corresponden a cada una de las partes que integran nuestra realidad en este campo. Por tanto, esta obra nos brinda una oportunidad para aproximarnos a cuestiones de obligada lectura y profundizar en algunos aspectos que son fundamentales para seguir construyendo y desarrollando conjuntamente las bases de nuestra economía y sociedad digitales a la luz de la Constitución.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

PRÓLOGO

Innovación, crecimiento y prosperidad social son los objetivos prioritarios para los países, y también para México, que se han incorporado al Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, que constituye “la hoja de ruta que sociedad y gobierno hemos delineado para caminar juntos”.¹ Y al mismo tiempo, dichos objetivos son también claves para, y desde, el punto de vista de la economía digital.

En apenas dos décadas, Internet ha facilitado y ha supuesto una auténtica revolución que, en la práctica, ha dado lugar a importantes y profundos debates que tienen implicaciones también para las Constituciones nacionales, como la mexicana, en la medida en que alcanzar dichos objetivos pasa, sin duda, por asegurar los derechos humanos así como los valores fundamentales de las garantías previstos en las mismas.

¹ Gobierno de la República, “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, p. 9. Disponible en: <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>

La evolución económica y social de países como México, cuya Constitución está a punto de cumplir su centenario en 2017, requiere considerar los beneficios que ofrece Internet, entre otros servicios electrónicos, para la sociedad y la economía, buscando el equilibrio y los puntos de contacto entre la misma y los Tratados internacionales aplicables.

Hemos pasado así de una realidad en la que la Constitución, elaborada por el Constituyente nacional, se limitaba a ser aplicada en un determinado territorio, a otra muy distinta, en la que la misma Constitución tiene una proyección más allá de fronteras geográficas, en el sentido de que los derechos y garantías previstos en la misma deben asegurarse también del uso de servicios electrónicos disponibles por los ciudadanos, y para quienes prestan servicios y hacen uso de los mismos. Y la Constitución se ve sujeta también a la necesidad de adaptarse a instrumentos internacionales; en particular, los Tratados o Convenios Internacionales que reconocen o consagran derechos humanos y valores fundamentales.

Aproximarse a la sociedad y la economía digitales no significa comenzar desde cero, sino que requiere considerar y aplicar una larga trayectoria constitucional acumulada a lo largo de décadas para mantener y, en su caso, promover, la confianza digital, que tan necesaria es para todos los actores involucrados, incluyendo a las dependencias y entidades de las diferentes administraciones públicas, el sector privado, así como a la misma sociedad.

Y lo anterior, sin perder de vista la necesidad o, en su caso, la oportunidad de que la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, refleje el nuevo escenario de relaciones sociales y económicas que trasciende de lo meramente geográfico a un entorno digital global.

Se trata, por tanto, de poner el foco en que la economía y la sociedad son ya, también, digitales; lo que significa, en particular, la necesidad de preservar los valores fundamentales, plasmados en la Constitución, en la nueva realidad, para garantizar así la seguridad jurídica necesaria, de manera que puedan beneficiarse de la misma todas las partes.

Es precisamente ese uno de los objetivos de este libro. A través de las aportaciones de varios autores y autoras, nacionales e internacionales, quienes han facilitado al máximo la labor del coordinador de esta obra, se busca plantear, en su caso, un análisis que pueda dar lugar a un debate y reflexión sobre algunas cuestiones clave; si bien, por motivos de espacio y, dejándolas quizás para publicaciones o acciones posteriores, hay otras que también ameritan ser objeto de análisis.

Son, precisamente, los valores fundamentales previstos en la Constitución los que tienen que preservarse, de manera que se proteja así la seguridad jurídica de todas las partes, y que ello permita seguir desarrollando una próspera economía digital que redunde en beneficio de la sociedad. Y como parte de esta sociedad y economía digitales, la Constitución es también la norma fundamental con base en la cual será posible una ciudadanía

digital responsable, así como una economía digital competitiva cuyos protagonistas sean empresas comprometidas en todos los sentidos.

Estos valores fundamentales que se encuentran, respectiva o estrechamente, interrelacionados con la base de la sociedad y de la economía son, entre otros: la protección de los datos personales, la privacidad, la libertad de expresión, el secreto de las comunicaciones, la propiedad intelectual, la competencia, la protección de los consumidores, el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la protección de los menores en Internet y la ciudadanía digital responsable. Y también hay que considerar, entre otras cuestiones, la *Cyber Warfare*.

En concreto, son estos valores fundamentales y cuestiones a los que se presta atención a lo largo de los capítulos de esta obra, con la finalidad de que leídos de manera aislada o complementaria, según las preferencias o necesidades del lector, o lectora, le permitan acercarse a comprender o profundizar en las sinergias dadas entre la tecnología y el Derecho,² o viceversa, a la luz de la Constitución. Es decir, la sociedad y la economía digitales se han desarrollado y se desarrollarán gracias a Internet y dentro del marco constitucional que debe ser acorde con los Tratados internacionales;

² Al respecto, siendo de difícil traducción según el sentido que se dé al término “challenge”, como desafío, reto o estímulo, Rosen indica que “*At the beginning of the twenty-first century, changes in technology are posing stark challenges to our legal and constitutional values.*” (Traducción libre al español: “Al comienzo del siglo XXI, los cambios en la tecnología están planteando estímulos intensos para nuestros valores legales y constitucionales.” Véase: ROSEN, Jeffrey, “Introduction: Technological Change and the Constitutional Future”, en ROSEN, Jeffrey y Benjamin WITTES (eds.), *Constitution 3.0, Freedom and Technological Change*, Brooking Institutions Press, Estados Unidos de América, 2011. p. 1.

siendo también por tanto, la Constitución, un catalizador de aquéllas, con una clara proyección internacional.

Cabe decir también que son valores fundamentales y cuestiones que deben y tienen que estar presentes en cualquier análisis o discusión que pueda darse en torno a la sociedad y economía digitales, ya sea, por una parte, debido a las implicaciones que tienen para las mismas, o, por otra, dado que promover día a día aquéllas requiere, también, que el ordenamiento jurídico responda a la realidad actual.

Evitar normas o regulaciones que puedan obstaculizar el desarrollo de la economía y sociedad digitales es clave; así como evaluar constantemente los cambios que, en su caso, puedan ser necesarios, siendo fundamental considerar los criterios que puedan derivar de las tesis jurisprudenciales, en particular, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cómo se haya regulado el derecho a la protección de datos personales, en el sector público y privado; qué interrelación y límites existan entre la libertad de expresión y la protección de datos personales; cómo se garantice la privacidad en línea y el secreto de las comunicaciones; qué normas se hayan adoptado en materia de competencia y acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y, en su caso, qué diseño institucional se haya desarrollado para proteger a los consumidores, o qué políticas públicas se sigan en cada caso; son también el foco de atención y la razón de ser del derecho digital como área del Derecho.

Y, precisamente, la Constitución mexicana aplicada a Internet y cómo, a su vez, Internet influye en la sociedad y la economía, deben ser situaciones que den lugar a considerar las especificidades de cada caso desde una perspectiva jurídica, sin olvidar aquellas que son necesarias. Es por ello que el objeto de esta obra es ofrecer dicha perspectiva jurídica de los derechos humanos, los valores fundamentales y las cuestiones ya mencionadas, en relación con la sociedad y economía digitales.

El hecho de que la sociedad y la economía digitales evolucionen a la luz de la Constitución y que ésta haya podido requerir reformas en virtud de Tratados internacionales, en los que México es parte, significa también que debe considerarse la proyección internacional de la misma, así como de la normativa que la desarrolla, y el punto de contacto o conexión entre el ordenamiento jurídico nacional y el internacional.

Se trata así de que la legislación y la regulación que desarrollan la Constitución sean, a nivel nacional, parte de los pilares que, basados en los derechos humanos y valores fundamentales reconocidos a nivel internacional, e incorporados a la misma, sirvan para fomentar tanto la economía como la sociedad digital. Es así que una economía digital basada también en la innovación que aumenta la productividad, y una sociedad digital responsable e incluyente, son una oportunidad y un objetivo deseable para México, en el sentido de seguir trabajando de manera continua.

La participación de México en foros internacionales, como el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (en inglés, *Asia-Pacific Economic Forum*, APEC) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en inglés, *Organisation for Economic Cooperation and Development*, OECD), entre otros, así como sus relaciones comerciales con otros países y regiones como, por ejemplo, la Unión Europea, conllevan la responsabilidad y la necesidad de elaborar e implementar políticas públicas que puedan servir como guía tanto para el legislador como para el regulador u otros operadores jurídicos.

Alcanzar los objetivos de una sociedad digital incluyente y una próspera economía digital, sin perjuicio de otros aspectos que puedan plantearse en cada caso, son los retos reales a los que nos enfrentamos.³ Ningún país puede permitirse quedar rezagado, ya que la competitividad derivada de una economía global digital provoca que deba trabajarse constantemente, con la colaboración de todas las partes involucradas, para así enfrentar también la elaboración de *rankings*, que deben basarse en una comparación objetiva de puntos o conceptos claramente definidos. Ello tendrá a su vez un importante impacto en la sociedad, siendo al mismo tiempo necesario contar con una ciudadanía digital responsable.

³ Al respecto puede verse Foro Económico Mundial (2016), *Social Innovation — A Guide to Achieving Corporate and Societal Value*, Suiza, Febrero de 2016. Disponible, en inglés, en el vínculo electrónico http://www3.weforum.org/docs/WEF_Social_Innovation_Guide.pdf

Al respecto, la Constitución desempeña un papel fundamental puesto que será la primera, y la máxima, de las normas del sistema jurídico mexicano que deberán considerar las organizaciones internacionales, así como otros países y regiones, tanto a la hora de negociar importantes acuerdos comerciales o de cooperación, como cuando se buscan indicadores que son utilizados en estudios y estadísticas de la sociedad y economía digitales.

En particular, las previsiones de la Constitución han servido y seguirán sirviendo para decidir qué políticas públicas deben considerarse, qué autoridades competentes deben implicarse y qué derechos humanos y valores fundamentales deben preservarse tanto en la sociedad como en la economía digital, para asegurar así los beneficios que pueden conseguirse a todos los niveles y, sobre todo, para todos.

Por tanto, queda usted invitado o invitada a leer una selección de temas relativos a la sociedad y economía digitales, que han sido desarrollados por autores y autoras que tienen un conocimiento experto de cada una de las materias, y que a través de sus respectivos capítulos han querido profundizar en aspectos relevantes a la vista, en particular, del articulado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cada caso.

Finalmente, no puedo terminar este prólogo sin agradecer al Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la oportunidad de haber participado, tanto como coordinador y autor de un

capítulo, en el desarrollo de esta obra. Igualmente, agradezco a cada uno de los autores y autoras que aceptaron la invitación a participar en esta obra, su compromiso con la sociedad y economía digitales en clave constitucional, así como su valioso conocimiento y tiempo.

Miguel Recio Gayo

INTRODUCCIÓN

Internet y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación han revolucionado a la humanidad. Estos avances han cambiado la manera en la que nos comunicamos, nos informamos, nos relacionamos, realizamos transacciones comerciales, accedemos a la información pública, accedemos a la justicia, e incluso la forma en la que se cometen conductas ilícitas. Internet ha puesto a nuestra disposición herramientas para acceder a una gran cantidad de información y difundirla fácil y rápidamente, lo que ha supuesto retos importantes a los que el derecho y las instituciones judiciales deben hacer frente de manera constante.

Por ello, esta obra es una herramienta muy valiosa para entender los retos a los que nos enfrenta constantemente la innovación en las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el uso de Internet. El libro aborda temas relacionados con los derechos a la privacidad, a la protección de datos personales y a la libertad de expresión; el secreto de las comunicaciones; los derechos de autor; la competitividad y la economía de Internet;

la protección de los consumidores; la transparencia y el acceso a la información; el acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación; el *Cyber Warfare*; la ciberjusticia y la protección de los menores en Internet. Es importante subrayar que la obra es una combinación de reflexiones de destacados académicos y *practitioners*, entre los que se encuentran personas que ocupan o han ocupado cargos de la mayor relevancia en los entes públicos facultados para atender cuestiones vinculadas a los temas que se abordan en este texto.

La obra abre con un texto de Francisco Javier Acuña Llamas, en el que se analizan los problemas que genera la ausencia de una cultura de privacidad y protección de datos personales en nuestro país. En el artículo se hace énfasis sobre las ventajas que tiene el hecho de que México cuente con una regulación adecuada en materia de protección de datos personales y el que existan instituciones independientes encargadas de garantizar ese derecho. Sin embargo, de acuerdo con el autor, la falta de conciencia ciudadana sobre el derecho de cada persona a la protección de datos personales, así como de las distintas formas de ejercerlo, producen que la legislación existente y las instituciones creadas sean insuficientes para garantizar esta prerrogativa. Por ello, el comisionado considera que es necesario que los entes públicos centren sus esfuerzos en la difusión y promoción de una cultura de protección de datos personales.

El artículo realizado en coautoría por José Luis Piñar Mañas y Miguel Recio Gayo aborda también la privacidad como un derecho humano aplicado a Internet. Los autores realizan un profundo análisis del complicado

y difuso concepto de privacidad, de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema, y de algunos instrumentos jurídicos internacionales en la materia. Con ello, se identifican las diversas implicaciones que tiene el derecho a la privacidad en Internet, tales como la necesidad de garantizarlo para posibilitar la existencia de una economía digital próspera, así como para proteger otros derechos humanos como el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión.

Partiendo de la idea de que la tensión que existe entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad admite una doble formulación, María Solange Maqueo Ramírez reflexiona sobre la libertad de expresión en el entorno digital y los riesgos que implica el uso de Internet para el ejercicio de los derechos humanos, especialmente en el ámbito de la privacidad y de los derechos de la personalidad. En particular, la autora sistematiza los criterios que existen tanto a nivel nacional como internacional en materia de libertad de expresión y privacidad e identifica los conflictos que pueden generarse entre ambos derechos, así como los estándares relevantes para su armonización, con especial énfasis en el entorno digital. Este ejercicio le permite destacar la necesidad de robustecer el desarrollo jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión en ese contexto para así adoptar la “perspectiva sistémica digital”.

Por su parte, Olivia Andrea Mendoza Enríquez, a partir de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, analiza los desafíos que plantean las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación para el derecho al secreto de las comunicaciones y su regulación en del derecho

mexicano. En este sentido, la autora sugiere fortalecer el marco jurídico existente mediante políticas públicas, modelos de confianza digital y buenas prácticas gubernamentales de forma que en conjunto permitan cumplir con las normas que limitan los casos en los que se pueden intervenir las comunicaciones de las personas.

Para tener una visión panorámica sobre los derechos de autor en Internet, tanto sustantivos como procedimentales, habrá que remitirse al texto de Eduardo de la Parra Trujillo. El autor se ocupa, en particular, de las acciones constitucionales diseñadas para su tutela en el contexto mexicano. De la Parra reseña los argumentos expuestos por diferentes actores en relación con la inexistencia de vínculos propiamente jurídicos, particularmente en materia de derechos de autor, sobre la información que circula por este medio. Luego de estudiar y refutar cada una de las tesis que niegan las mencionadas relaciones, presenta la que considera la doctrina más acertada sobre el punto, según la cual, el acceso a Internet debe ser regulado para evitar que prevalezcan los poderes fácticos y la desprotección de los usuarios. El autor también reconstruye el marco normativo internacional en materia de derechos humanos y transacciones comerciales relativo a este medio de “vinculación virtual”. Igualmente, acude a instancias de derecho comparado para mostrar cómo han respondido otros países a los desafíos propios de estas nuevas formas de establecer vínculos jurídicos y presenta algunas reflexiones sobre la doctrina y experiencia internacional en el análisis de la legislación mexicana sobre la materia, particularmente de la Ley Federal de Derechos de Autor. Así, el artículo presenta de manera clara y didáctica la forma en la que el derecho interno ha respondido y se

ha adaptado a los desafíos que las nuevas tecnologías plantean al ejercicio de los derechos fundamentales. Finalmente, identifica las tareas que quedan pendientes para el país en relación con algunos intereses desprotegidos en esta materia que necesitan ser regulados.

La propiedad intelectual, junto con la protección de la privacidad y los datos personales son algunos de los asuntos que inciden en el desarrollo de la competitividad y la economía de Internet. Estos temas son abordados en el texto de Jimena Moreno González, quien revisa su significado e implicaciones para México y el mundo, a través de los tratados y convenios internacionales, así como la manera en la que el vertiginoso desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación ha incidido en la competitividad de los negocios y mercados en el país. El artículo también nos ofrece un examen de las normas más importantes de Derecho interno, a partir del análisis de las facultades del Instituto Federal de Telecomunicaciones, organismo que regula esta materia y promueve la competitividad en el mercado interno y externo. Finalmente, la autora reflexiona sobre la necesidad de crear instituciones y regular adecuadamente el mercado de las tecnologías de la información y de Internet, con el propósito de adaptarlo a la realidad para que se incentive el desarrollo las mencionadas tecnologías, se protejan la privacidad y los derechos del consumidor y se generen oportunidades para el desarrollo social y económico de nuestro país.

La regulación en materia de competitividad va aparejada de la protección de los derechos de los consumidores, particularmente en el ámbito del comercio electrónico. En su texto, Carlos Ponce Beltrán muestra cómo

a partir de la revolución tecnológica de la década de 1980, el desarrollo y la innovación, derivados de las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, cambiaron la forma de ver el mundo. Particularmente, la reestructuración de las relaciones sociales, políticas y económicas modificó la forma en que la realidad es percibida e interpretada por los sujetos. Este cambio de paradigma ha impactado de manera radical en el comportamiento de los consumidores, quienes requieren un nuevo esquema de protección jurídica adecuada al entorno digital. Ponce Beltrán analiza de manera minuciosa y profunda las alternativas de acción que ofrecen tanto la fuente constitucional mexicana, como la Procuraduría General del Consumidor (Profeco), organismo encargado específicamente de la protección de esos usuarios de servicios virtuales.

Dentro de los retos que pone en la mesa el avance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación están aquellos relacionados con el acceso a la información y los márgenes de protección de este derecho por parte del Estado, así como la necesidad de que el acceso a la información sea garantizado como derecho llave o instrumental. Para abonar a esta discusión, Agustín Millán Gómez y Sergio Carrera Riva Palacios revisan el tema de la transparencia y el acceso a la información pública gubernamental a través de Internet, desde su origen en el país, destacando que, por primera vez en la historia del país, se cuenta con una plataforma nacional de transparencia con la que los usuarios pueden acceder a la información pública de oficio, de manera homologada y estandarizada, en los tres poderes y órdenes de gobierno. Los autores evalúan esta herramienta ciudadana a la luz del

concepto de *Gobierno Abierto*, y sus resultados en materia de apertura gubernamental, transparencia, rendición de cuentas y la colaboración en la elaboración de políticas estatales.

Para que estas herramientas de transparencia fortalezcan la cultura ciudadana en torno a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, así como el uso de Internet, es importante acortar la brecha digital existente. Sobre ello nos habla Alfredo Alejandro Reyes Krafft en un texto, en el que nos propone apostar por establecer medidas que contribuyan a reducir esta brecha, evaluando los resultados en materia de acceso a las comunicaciones, redes sociales, Internet abierto, protección de datos personales, propiedad intelectual e, incluso, en temas sobre juegos y sorteos.

Hasta ahora, en los trabajos descritos anteriormente se analizan las ventajas y posibilidades que ofrece el uso de Internet. Sin embargo, en el artículo de Juan Manuel Mecinas Montiel, se nos conmina a observar la misma cuestión en forma inversa, esto es, prestando atención en la manera en la que el uso de este instrumento permite a los usuarios llevar a cabo actividades ilícitas y violar derechos humanos. El autor centra su estudio en una de esas actividades: *Cyber Warfare* o la utilización del Internet como un instrumento militar de ataque contra un país, sus instituciones o empresas privadas, que puede ser llevado a cabo, tanto por parte de los Estados, como de entes privados. Así, Mecinas Montiel nos presenta un análisis que parte de la discusión que comenzó con el ataque a las Torres Gemelas y el inicio de la guerra contra el terrorismo, en el que estudia en qué casos pueden ser constitucionales las medidas basadas en el uso de las Tecnologías de la

Información y la Telecomunicación (como un ataque cibernético o el espionaje masivo), por motivos de seguridad nacional y cómo pueden enmarcarse estas actividades en la concepción de un Estado democrático y de derecho, con especial énfasis en el caso mexicano.

Rosario Duaso Calés nos presenta un texto muy interesante sobre ciberjusticia, en el que explica la forma en la que el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación ha renovado los sistemas de acceso a la justicia. En el desarrollo del trabajo, la autora expone algunas de las posibilidades que tienen las partes de resolver sus controversias que se originan en Internet extrajudicialmente, a través de aplicaciones o plataformas, o bien mediante métodos alternativos de solución de conflictos, que son aplicables especialmente en el ámbito del comercio electrónico. En ese contexto, mediante el análisis de la Constitución y las leyes mexicanas y otros ordenamientos internacionales, el artículo hace un estudio de las consecuencias jurídicas que la implementación de la ciberjusticia puede traer para nuestro país, enumerando sus ventajas y sus riesgos, con especial énfasis en la necesidad de proteger los datos personales.

Finalmente, el trabajo de Miguel Recio Gayo nos invita a reflexionar sobre la obligación de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Internet. El autor refiere que en México más de una tercera parte de los usuarios de Internet tienen entre 6 y 17 años, por lo que existe la necesidad de considerarlos “ciudadanos digitales” y tutelar de manera efectiva sus derechos. En ese sentido, tanto el sector público como el privado tienen la obligación de proteger a este grupo de usuarios, ya que están

obligados por las normas nacionales e internacionales en la materia. El autor describe las normas nacionales e internacionales que obligan tanto al sector público como al privado a proteger a los menores usuarios de Internet y la relación que tienen estas normas con el principio de interés superior del menor. Para ello, Recio Gayo parte de la descripción de los ordenamientos nacionales e internacionales en los que encuentra fundamento este principio y en la interpretación que de él se ha hecho en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para concluir haciendo énfasis en la necesidad de proteger los derechos de este grupo de usuarios para propiciar el desarrollo de un país más justo e incluyente.

En el Centro de Estudios Constitucionales esperamos que esta publicación abone a la discusión que se ha generado a partir de los retos jurídicos que surgen del desarrollo tecnológico y el uso de Internet. En ese sentido, la reflexión sobre las ventajas y desafíos que la innovación tecnológica implica nos permitirá responder a la necesidad de proteger de manera efectiva los derechos de los usuarios de estas herramientas, impulsando así un marco adecuado para el desarrollo de la sociedad y economía digitales.

Alejandra Martínez Verástegui
Investigadora jurisprudencial
Centro de Estudios Constitucionales de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación

LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y NOTAS SOBRE LOS DESAFÍOS DE INTERNET

Francisco Javier Acuña Llamas*

Sumario: 1. Introducción. 2. La Sociedad de la Información. 3. Consideraciones previas. 4. El contexto virtual. 5. Retrospectiva. 6. Conceptos. 7. Descripción del problema en relación al marco normativo. 8. Propuesta. 9. Conclusión. 10. Referencias.

Palabras clave: Datos personales; derecho humano a la protección de datos personales; autodeterminación informativa; *habeas data*; cultura de la protección de datos personales; era digital; Sociedad de la Información.

1. Introducción

Los datos personales constituyen un objeto inmaterial propiedad de los individuos, con un gran valor para las instituciones públicas y especialmente para las empresas del sector privado.

En las primeras, son básico insumo para el ejercicio de sus funciones, si consideramos que han sido creadas por los propios ciudadanos para

* Comisionado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

el cumplimiento de tareas específicas que resultan necesarias para la vida en comunidad, por ejemplo: las instituciones de seguridad, obligatoriamente, cuentan con datos de las víctimas de hechos delictivos, de probables responsables y de los que han sido condenados de manera definitiva. Las instituciones que recaban impuestos deben contar con datos amplios de los contribuyentes para conocer quiénes van al corriente con sus aportaciones y quiénes están en morosidad. Por su parte, las destinadas al desarrollo social precisan datos sensibles de los beneficiarios para generar políticas públicas a partir de los resultados de los programas que aplican.

Sería impensable que las instituciones no recabaran datos personales, si constituyen un elemento natural para el cumplimiento de sus deberes.

Por su parte, las empresas privadas los han reconocido como un objeto básico para tener una mayor competencia y para incrementar sus ganancias, esto de manera genérica, ya que en nuestro país existen entes privados que llevan a cabo funciones que corresponden en principio al Estado, como ocurre con las instituciones educativas, de salud y asistencia social particular, en las que resulta inminente la recolección y resguardo de datos personales.

México cuenta con normas que regulan la protección de datos personales que obran tanto en el sector público como en el privado, por lo que ésta forma parte de los países que limitan, por lo menos normativamente, el uso indiscriminado de bases de datos, así como su venta ilícita y carente del consentimiento de los titulares de la información.

Es decir, nuestro país ha establecido procedimientos que favorecen la “autodeterminación informativa” y contemplan el *habeas data* como medio para combatir las decisiones que los responsables (de bases de datos personales) adoptan en torno a las solicitudes de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de datos personales (derechos ARCO).

Para ello, los ciudadanos cuentan con 32 órganos locales y uno nacional en la materia, los cuales aportan energía humana y material para el cumplimiento de las atribuciones que les encomiendan las leyes, por lo que han creado lineamientos y normas aplicativas para que los responsables cumplan con sus obligaciones.

Sin embargo, parece que las instituciones garantes no han sido explotadas, por así decirlo, de manera exponencial por los ciudadanos, en el sentido que aún no se logra que permee en la sociedad una cultura de la protección de datos personales que traiga consigo la concientización de las personas a controlar su información y decidir a quién pueden proporcionarla y qué se hace con ella. No se observa un dinamismo de los individuos, como sí ocurre en Europa, en donde existe una preocupación general por la protección de la privacidad.

La privacidad ha sido un tema que ha ido preocupando a los ciudadanos poco a poco, y en el que los Estados han reglamentado que existen ciertas áreas que son “inmunes” del escrutinio público: como el domicilio, la correspondencia, entre otros.

Hoy, la protección a la privacidad no solo se da en el entorno del domicilio o de la correspondencia de las personas, sino que también debe darse respecto de su entorno virtual. En la tercera ola de la civilización (siguiendo el pensamiento de Alvin Toffler), la protección a los datos personales se ha convertido en un tema primordial. Esto es en razón de los beneficios económicos que se pueden obtener con la venta de información personal.

La Constitución mexicana señala en su artículo 16:

[...]

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. (subrayado del original).

[...]

Si bien es cierto que antes de la reforma al artículo 16 en la Ley Federal de Transparencia, se enunciaban algunos artículos referentes a la protección de datos personales, era preciso reconocerlos como un derecho humano; en ese sentido, el dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales señaló:

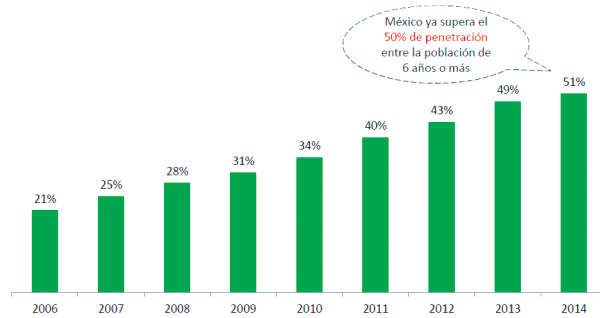
Derivado del reconocimiento legal, que para efectos de acceso a la información se planteó, dio inicio un interesante desarrollo del derecho a la protección de datos en el ámbito administrativo, por primera vez en la historia de este país los particulares gozaban del derecho a acceder y rectificar los datos personales que obraran en los sistemas de datos personales del Estado.

Bajo ese contexto, el objeto del presente artículo será concentrar una serie de argumentos que identifiquen lo que se ha denominado “ausencia de una cultura de la protección de datos personales” frente a los desafíos de la era digital.

2. La Sociedad de la Información

De acuerdo con Rosa María Torres, “[e]n 1973, el sociólogo estadounidense Daniel Bell introdujo la noción de la ‘sociedad de la información’ en su libro *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, en el que formula que el eje principal de ésta será el conocimiento teórico y advierte que los servicios basados en el conocimiento habrían de convertirse en la estructura central de la nueva economía y de una sociedad apuntalada en la información, donde las ideologías resultarían sobrando”.¹

¹ Véase TORRES, Rosa María. “Sociedad de la información/sociedad del conocimiento”, 21 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsiberprome/socinfsocon.pdf>

Penetración internautas población de 6 ó más años

Fuente: La Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) “11o. estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2015”. Diapositiva 5. [https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf].

Denominar a esta etapa de la humanidad *Sociedad de la Información* ha ido de la mano con las cumbres que los países del orbe han celebrado en distintas sedes y donde se han hecho diversos compromisos para interconectar a más seres humanos a las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

El mundo se encuentra conectado a través de nodos, se espera que este siglo sea el siglo del conocimiento, nunca antes en la historia de la humanidad se generaba tanta información y ésta estaba disponible para millones de personas.

Al contrario de aquella obra de Umberto Eco, *El nombre de la rosa*, en esta época no existe un libro vetado o solo para iniciados, el conocimiento se comparte a millones de personas con el hecho de “colgarlo en internet”.

La evolución de la “sociedad de la información” es incesante y ha transformado la noción de lo público y, por consecuencia, la idea del conocimiento. El conocimiento en el pasado era algo exclusivo de los enterados, los doctos. Ahora eso sigue en tanto que la complejidad de la modernidad exige la ponderación de los expertos de cada tema antes y después de cada decisión pública.

Sin embargo, la noción renovada del conocimiento conduce a un nivel más amplio de la sociedad; la información general sobre los asuntos se dispersa en el entorno mediático y digital de manera vertiginosa. Lo anterior, no implica necesariamente que esa información incesante y abundante sea asimilada en su entera dimensión por la población; en pocas palabras, el conocimiento se concentraba en unos cuantos, esos sabios lo retenían para su análisis y regocijo intelectual y jamás lo repartían a los “legos y menos aún al vulgo”, ahora el conocimiento circula de manera expansiva sin que sea enteramente comprendido por la más amplia expresión de la sociedad. El viejo sueño de una “Biblioteca Universal” se ha vuelto una realidad.

En consecuencia, esta disponibilidad de información no solamente es de obras o conocimiento, sino también de datos personales.

La memoria magnética e Internet vinieron a insertarnos en la era de la “inseguridad digital”. En la medida en que más aspectos de la vida personal y comercial se operan desde los ordenadores o computadoras es evidente que la informática y la telemática se han convertido, en muy poco tiempo, en servicios de utilidad pública, aun contra la voluntad o entusiasmo de los usuarios a remolque, que empero han sucumbido a resistirse, por el temor fundado en padecer las consecuencias de distanciarse de los mecanismos cibernéticos y quedar encofrados en una dimensión manual de la historia, la que los llevará a convertirse en una especie inadaptada para la comunicación cultural del porvenir.

Estamos ante una nueva era: la era digital, la de la sociedad de la información:

De la misma forma que la revolución industrial había permitido el remplazo del músculo por la máquina, la actual revolución informática apunta al remplazo del cerebro (al menos de un número cada vez más importante de sus funciones) por la computadora. Esta “cerebralización general” de los medios de producción (lo mismo en la industria que en los servicios) es acelerada por la explosión de nuevas investigaciones en las telecomunicaciones y por la proliferación de los cybermundos.²

² Véase RAMONET, Ignacio. “La planète des désordres” en, *Géopolitique du Chaos*. Manière de voir, *Le Monde Diplomatique*, núm. 33, abril de 1997. [Traducción libre, tomada de Subcomandante Insurgentes Marcos, “7 piezas sueltas del rompecabezas mundial (El neoliberalismo como rompecabezas:

El sentimiento de aislamiento en esta era posmoderna lleva a millones de personas a compartir aspectos de su vida íntima en las denominadas redes sociales o, mejor dicho, plataforma de redes sociales. Los Sistemas de Redes Sociales (SRS) viven un auge y podemos afirmar que la gran mayoría de las personas que las usan no leen los términos de privacidad de dichos sistemas.



Fuente: La Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI). Actividades online. “11o. estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2015”. Diapositiva 10. Disponible en: https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_IN-TERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf

la inútil unidad mundial que fragmenta y destruye naciones)”, *Le Monde Diplomatique*, año 1, núm. 4, septiembre-octubre 1997].



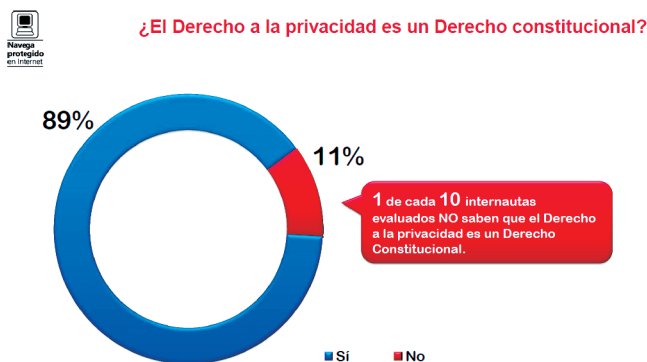
Fuente: La Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI). Actividades Online. “Estudio de Protección de Datos Personales entre Usuarios y Empresas” AMIPCI-Microsoft-Navega protegido por internet-Prosoft 2.0-SE, 2012. Diapositiva 23. [https://www.amipci.org.mx/estudios/proteccion_de_datos_personales/2012/ProtecciondeDatosPersonalesentreUsuariosEmpresasvE-1.pdf].

3. Consideraciones previas

Las normas e instituciones que se han creado para un fin determinado deben encontrar un beneficio activo para la sociedad, de lo contrario recaerán en la esfera de lo inútil, por lo que resulta necesario que se den a conocer sus atribuciones, con el objeto de que propicien su utilidad.

En el caso de las instituciones que garantizan un derecho humano, como el de protección de datos personales, con mayor razón, deben crear políticas y programas que generen una cultura en los ciudadanos, que propicien su ejercicio a través de la difusión y promoción del derecho.

La ausencia de una cultura de la protección de datos personales constituye un problema en nuestro país, ya que los ciudadanos aún no están conscientes de la importancia de controlar a quién han proporcionado información confidencial, cómo están usando esa información, por qué y para qué fines, el tiempo en el que estarán en los archivos de un ente, etc. Asimismo, no se interesan por solicitar la rectificación de la información, ni la cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales.



Fuente: La Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) “Estudio sobre Protección de Datos Personales entre Usuarios y empresas en México”, *Loc. cit.* Diapositiva 21.

Posiblemente, hasta que los ciudadanos se encuentren ante una situación que les afecte, es cuando harán uso de la legislación que regula el derecho en comento; sin embargo, no debería dejarse a las circunstancias un derecho que protege a su vez otros, como la intimidad o la privacidad.

Por ejemplo, las personas saben que tienen el derecho a la propiedad de sus bienes, por consiguiente, se allegan de medidas para protegerlo; si

se trata de un bien inmueble, además de resguardarlo físicamente, recurren al registro público de la propiedad y del comercio para su inscripción; es decir, para informar a terceros que el inmueble tiene dueño por lo que no pueden ejercer ningún derecho real sobre él, a menos de que exista el consentimiento del titular.

Algo similar debería ocurrir con los datos personales, debería existir un control por parte de los individuos y un mecanismo de reacción inmediata; no obstante, parece que aún no están conscientes de que los entes privados comercian con su información ya que constituye un insumo para su expansión y dominio, y que los entes públicos deben utilizar tales datos únicamente para los fines que les confieren las normas y no para ser explotados como si se tratase de un negocio particular.

Más allá de que los individuos conozcan en qué se usa su información, deben saber que si no la controlan puede ser mal utilizada por agentes delictivos violando su privacidad y la de sus seres queridos.

Es por ello, que la ausencia de una cultura de la protección de datos personales, hoy en día, constituye un problema en nuestro país, por lo que las soluciones deben surgir en primer lugar de las instituciones garantes, pues de ello depende su existencia y legitimidad frente a la sociedad.

4. El contexto virtual

Con el surgimiento de la informática, la capacidad de almacenamiento de información creció de manera descomunal, los sistemas contenían y contienen información relativa a datos personales.

La cantidad de información que se transfiere a diario es enorme, y en muchos de esos intercambios de información se trasladan datos personales a entes físicos o jurídicos; en no pocas ocasiones, no se ha solicitado el permiso de quien es el generador de la información.

El dictamen de la Comisión de Puntos constitucionales, relativo a la reforma al artículo 16 constitucional que incluyó la protección de datos personales, en su texto, hace un recorrido de las etapas o generaciones del desarrollo del derecho a la protección de datos personales y los enuncia de la siguiente manera:

[...]

La primera generación de normas que regularon este derecho se contiene en la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre derechos humanos y nuevos logros científicos y técnicos.

La segunda generación se caracteriza por la materialización del derecho de referencia en leyes nacionales, en ese sentido, en 1977 era aprobada la Ley de Protección de Datos de la entonces República

Federal Alemana, en 1978 corresponde el turno a Francia mediante la publicación de la Ley de Informática, Ficheros y Libertades, aún vigente. Otros países entre los que se emitió regulación en la materia son Dinamarca con las leyes sobre ficheros públicos y privados (1978), Austria con la Ley de Protección de Datos (1978) y Luxemburgo con la Ley sobre la utilización de datos en tratamientos informáticos (1979).

Durante los años ochenta hacen su aparición los instrumentos normativos que conforman la tercera generación, caracterizados por la aparición de un catálogo de derechos de los ciudadanos para hacer efectiva la protección de sus datos, así como por la irrupción de las exigencias de las medidas de seguridad por parte de los responsables de los sistemas de datos personales. Es en esta década cuando desde el Consejo de Europa se dio un respaldo definitivo a la protección de los datos personales frente a la potencial agresividad de las tecnologías, siendo decisivo para ello la promulgación del convenio No. 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.³

[...]

Hoy en día se reconocen diversos derechos relacionados con la protección de datos, a saber son:

³ Dictamen "DE LA COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, CON PROYECTO DE DECRETO QUE ADICIONA DOS PÁRRAFOS AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, núm. 2343-II, 18 de septiembre de 2007.

- 1) Derecho de acceso, significa que la toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre su persona.
- 2) Derecho de rectificación, toda persona tiene derecho a solicitar se modifique o corrija algún dato relativo a su persona.
- 3) Cancelación, prerrogativa que tiene toda persona de solicitar se suprima de una base de datos su información personal.
- 4) Oposición, derecho que tiene toda persona para solicitar que se lleve a cabo determinado tratamiento respecto de sus datos personales.

En el dictamen se argumentó que, con esta reforma, se reconocería un derecho al gobernado:

[...]

En este sentido, a través de la propuesta que se formula, se está reconociendo al gobernado el derecho a disponer de manera libre, informada y específica sobre el tratamiento de los datos personales que le conciernan, sobre la base del consentimiento el cual activa diversas modalidades de tratamiento, así como cursos de acción. En ese sentido, existen diversas formas en las que el consentimiento puede ser otorgado, situación cuya determinación dependerá de distintos factores como la naturaleza de los datos, la fuente de la que se obtuvieron, la finalidad del tratamiento, entre otros. Así, cabe distinguir entre consentimiento presunto, tácito, expreso y expreso y por escrito (sin que el consentimiento por escrito tenga que plasmarse en papel). En cualquiera de los casos señalados, la cuestión se centra

en la prueba de la obtención del consentimiento. Es decir, tanto en el consentimiento tácito, principalmente, como en el expreso que no sea escrito, hay que implementar procedimientos estandarizados para la obtención de dicho consentimiento para que luego se pueda probar que se cuenta con el mismo. Dicha prueba recae en quien solicita el consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal, es decir, el responsable del archivo. Por tanto, deberá hacerse uso de vías que permitan acreditar que se solicitó del interesado una manifestación en contra para oponerse al tratamiento de sus datos, de manera que su omisión pueda ser entendida como consentimiento al tratamiento, dando un plazo prudencial para que el interesado o titular del dato pueda conocer que su omisión implica la aceptación del tratamiento.⁴

[...]

De igual forma, el artículo 6o. constitucional, fracción segunda, enuncia lo siguiente:

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

En el caso de esta fracción, que se encuentra dentro del artículo 6o. constitucional y que ahora contiene los apartados *a* y *b*, en el primer apartado

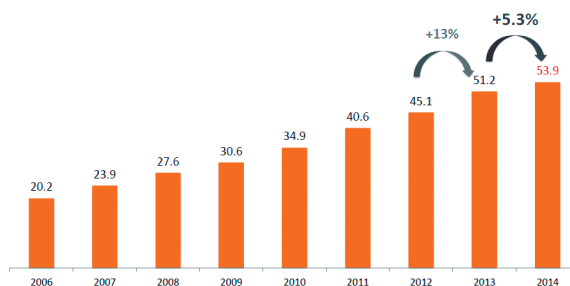
⁴ *Op. cit.*, párr. 33.

se refiere al derecho a la información, y existe una doble mención en la Constitución sobre los datos personales.

Todos estos contextos nos dan una idea de la importancia que tiene la protección de datos personales, dado el vertiginoso crecimiento del número de usuarios de Internet así como de los tipos de servicios disponibles.

Internet ha provocado ya un cambio en la compra-venta de bienes y servicios, además de una reconfiguración de la actuación de las empresas que buscan un grupo de enfoque determinado para ofertar sus productos. Como lo muestra la siguiente gráfica.

Evolución usuarios de internet en México 2006-2013*



Fuente: La Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) “11o. estudio sobre los hábitos...”, *loc. cit.* Diapositiva 4.

Todos estos cambios redundan en nuevos retos y oportunidades para la legislación, a fin de que se desarrollen normas que velen por un respeto a la privacidad e inhiban la comisión de conductas ilícitas utilizando Internet

como herramienta para delinquir. Si bien han existido algunas iniciativas para la regulación de Internet, éstas no han sido del todo favorables para la libertad de expresión.⁵

México debe, en este año 2016, tener vigente su Ley General de Protección de Datos Personales y posteriormente la Ley Federal de Protección de Datos Personales y la de las entidades federativas que conforman la República mexicana.

5. Retrospectiva

Existen diversos ordenamientos que contemplan la protección a la vida privada, dentro de los cuales destacan: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; los Convenios de la OIT sobre distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores; la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

Asimismo, diversas normas internacionales incluyen los principios rectores de la protección de datos personales, como la 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

⁵ Por poner un ejemplo la llamada *Ley Fayad*.

libre circulación de estos datos; la Resolución 45/95 de 1990 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; y el Marco de Privacidad que emitió en 1998 la Asociación para la Cooperación Económica Asia-Pacífico.

En 1985, en el seno del Consejo de Europa, entró en vigor el Convenio 108, el cual fue el primer marco legal con principios y normas concretas para prevenir la recolección y el tratamiento ilegal de datos personales e instrumento vinculante de carácter internacional en la materia.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que México es miembro de la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales, en el seno de la cual se aprobaron las Directrices para la Armonización de la Protección de Datos Personales en la Comunidad Iberoamericana, las cuales constituyen un modelo acerca de lo que debe contener una legislación en los Estados miembros (INAI).

En ese sentido, en su trigésima primera Conferencia Internacional, celebrada en Madrid los días 4 a 6 de noviembre de 2009, las autoridades de protección de datos y privacidad de diversos países aprobaron una resolución respecto a los Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad.

Ahora bien, en el caso de México, el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales se dio inicialmente con la aprobación de

la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en el año 2002.

Posteriormente, el 20 de julio de 2007, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 6o. constitucional, en el cual se establece que la información que refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Hasta aquí, la regulación de la protección de datos personales en nuestro país era una obligación exclusiva de los entes gubernamentales.

Sin embargo, el 1 de junio de 2009, con la aprobación de la reforma al artículo 16 constitucional, se reconoció plenamente el derecho de toda persona a la protección de su información:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento

de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.⁶

Esta reforma constitucional generó el desarrollo de normas especiales en materia de protección de datos personales, así como de los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición de los particulares en el empleo de sus datos personales, los que se conocen como derechos ARCO.

Asimismo, la reforma al artículo 73 constitucional, en su fracción XXIX-O otorga al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.⁷ Por consiguiente, el 5 de julio de 2010, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP); la cual entró en vigor el 6 de julio.⁸

Por otro lado, cabe hacer mención al Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero, y reforma diversos artículos

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsiguientes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 01 de junio de 2009.

⁷ CPEUM, “DECRETO por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, 30 de junio de 2009.

⁸ CPEUM, “DECRETO por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y se reforman los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del Capítulo II, del Título Segundo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”, *DOF*, 5 de julio de 2010.

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, el cual establece que en nuestro país todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en Tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que establece la Constitución.⁹

La reforma en comento vino a reforzar la garantía que deben dar las autoridades a la protección de datos personales.

6. Conceptos

6.1. Datos personales

De acuerdo a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental los datos personales son cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

Toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad

⁹ CPEUM, “DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *DOF*, 10 de junio de 2011.

pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación, o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. (Directiva 95/46/CE)

Dentro de los datos personales se encuentran los llamados datos sensibles, definidos por el artículo 3, fracción VI de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) como: aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado presente y futuro de salud, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas o bien, la preferencia sexual.

6.2. Protección de datos personales

Conforme a lo establecido en la Sentencia 290/2000 del Tribunal Constitucional de España, el derecho a la protección de datos es conceptualizado como un poder de control y disposición sobre los datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales de ese derecho fundamental, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de

quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso, exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos.¹⁰

6.3. Responsable del tratamiento

La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo, o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario (Directiva 95/46/CE).¹¹

6.4. Tratamiento de datos personales («tratamiento»)

Cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación,

¹⁰ Sentencia 290/2000, Tribunal Constitucional, Pleno, Ponente Magistrado Don Julio Diego González Campos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 30 de noviembre de 2000, núm. de recurso 201/1993.

¹¹ 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, del 24 de octubre de 1995. DOF 281 de 23.11.1995.

extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción (Directiva 95/46/CE).

7. Descripción del problema en relación al marco normativo

En el ámbito federal, la regulación de los datos personales en posesión del sector público se halla en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), la cual no establece ningún precepto que refiera a la cultura de la protección de datos personales.

Únicamente el artículo 37, fracción XIV del ordenamiento jurídico en comento, hace referencia a la obligación del órgano garante de elaborar y publicar estudios e investigaciones para difundir y ampliar el conocimiento sobre las materias objeto de la Ley. Se podría decir que este precepto constituye el fundamento para que el Instituto Federal participe activamente en la difusión de la ley.

Por lo que hace al sector privado, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) tampoco establece un capítulo especial sobre el tema que nos ocupa; si acaso, refiere en su artículo 39, fracción XI que el órgano garante deberá desarrollar, fomentar y difundir análisis, estudios e investigaciones en materia de protección de

datos personales en posesión de los particulares y brindar capacitación a los sujetos obligados.

Como es posible apreciar, las normas federales en la materia son genéricas en cuanto a la necesidad de ocuparse por el uso que los ciudadanos deben dar a las normativas y a las instituciones creadas para la protección de los datos personales, lo que permite inferir que cuando se crearon, los legisladores dieron por hecho que los individuos estaban conscientes del tema y de sus repercusiones en su vida diaria.

La carencia en el uso del derecho a la protección de datos personales por parte de los ciudadanos es posible corroborarla en los informes de labores del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), en donde se hace referencia a lo siguiente.

El Informe de labores al H. Congreso de la Unión correspondiente al año 2014 señala que, del 12 de junio de 2003 al 31 de diciembre de 2014, los sujetos obligados de la Administración Pública Federal habían recibido un total de 935 804 solicitudes de acceso a información pública.¹²

En ese mismo periodo, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal recibieron únicamente 221 586 solicitudes de acceso

¹² INAI, "Informe de Labores al H. Congreso de la Unión, 2014", México, IFAI, 2015, p. 40. Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Informes%202014/Informe%20de%20labores%202014.pdf>

y corrección de datos personales; es decir, menos de la mitad que las solicitudes de información pública.

Por su parte, el Informe al H. Congreso de la Unión respecto a la Protección de Datos Personales, relativo al periodo del 1 de enero de 2012 al 15 de junio de 2013,¹³ señala que durante el periodo que se informa, en el Instituto se recibieron 325 denuncias presentadas por la ciudadanía con motivo de presuntas violaciones a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), y a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), en materia de protección de datos personales.

Asimismo, se informa que en los centros de contacto del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), recibió 12,411 solicitudes de asesoría por parte de los ciudadanos en el año 2012 y 15,459 solicitudes en el año 2013. En el caso de los módulos de atención, recibió 1,885 solicitudes en el año 2012 y 1,126 en 2013.

Cabe señalar que las solicitudes recibidas refieren a consultas generales sobre la ley, los avisos de privacidad y los derechos ARCO; sin embargo, sobre este último rubro, el cual tiene injerencia directa en el uso que los

¹³ INAI, 11o. Informe de Labores al H. Congreso de la Unión 2013, México, IFAI, 2014. Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/informes2013/Informe%20de%20labores%202013.pdf>

ciudadanos dan al derecho humano de mérito, únicamente se recibieron 307 solicitudes en 2012 y hasta junio de 2013, 131 solicitudes.

Pero más que el número de solicitudes y asesorías al INAI, un elemento clave que confirma la ausencia de una cultura de la protección de datos personales en nuestro país se encuentra en la Encuesta Nacional de Protección de Datos Personales que se llevó a cabo en el año 2012, la cual se dividió en los apartados de población y empresas.

En el caso de la población,¹⁴ el cual nos importa para efectos del presente trabajo, la encuesta arrojó los siguientes hallazgos:

- i) Se advirtió que al 53% de los participantes le preocupa poco, algo o nada lo que suceda con sus datos personales.
- ii) Entre los menores de 18 años existe mayor propensión a dar sus datos personales, comparándolos con la población adulta. A medida que aumenta la edad, existen mayores precauciones para brindar información al momento de realizar algún trámite, comprar o solicitar algún servicio.
- iii) Los aspectos más valorados por los entrevistados antes de proporcionar sus datos personales son: la identificación de quien solicita esta información y que sea una institución certificada.

¹⁴ INAI, Encuesta Nacional de Protección de Datos Personales 2012. <http://inicio.ifai.org.mx/EncuestaNacionaldeProtecciondeDatosPersonales2012/01ReportePoblacion.pdf>

- iv) Al utilizar servicios en línea, la población en muestra respondió no prestar la atención debida a las políticas de privacidad o condiciones de uso de los portales electrónicos; este comportamiento se agudiza en los jóvenes.
- v) 25% de los entrevistados manifestó conocer la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares o haber escuchado de ella.
- vi) 28% de los participantes reconoció al entonces IFAI como la institución que garantiza el derecho a la protección de sus datos personales.

Por lo que corresponde al ámbito local, algunas entidades cuentan con normas específicas en torno a la protección de datos personales, como el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) y Oaxaca, por citar sólo dos ejemplos.

La norma del Distrito Federal en su artículo 24, fracción IX establece la obligación del órgano garante de dicha entidad federativa para elaborar y publicar estudios e investigaciones para difundir el conocimiento de la Ley; por su parte, la fracción XI refiere a la obligación de organizar seminarios, cursos, talleres y demás actividades que promuevan el conocimiento de la Ley y los derechos de las personas sobre sus datos personales; mientras que la fracción XIII indica la atribución de promover entre las instituciones educativas, públicas y privadas, la inclusión dentro de sus actividades académicas curriculares y extracurriculares los temas que ponderen la importancia del derecho a la protección de datos personales.

En ese sentido, en la Ciudad de México existen mandatos más específicos sobre las tareas del órgano garante para favorecer la cultura de la protección de datos personales.

En ese tenor, el Informe Estadístico del Ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública en el Distrito Federal 2006-2014, se estableció que para el ejercicio 2014, el total de solicitudes fue de 111 964, las cuales se distribuyen de la siguiente manera: 104 308 corresponden a solicitudes de información pública y 7 656 a solicitudes de datos personales.

Asimismo, los entes gubernamentales han creado políticas públicas para afrontar el problema, por ejemplo:

INAI:

- Asesoría
- Capacitación
- Concursos
- Diálogos
- Seminarios
- Conferencias

INFODF-Distrito Federal

(Tercer informe de actividades y resultados):

- Diplomados
- Pláticas

- Concursos de ensayos
- Campañas en autobuses integrales
- Campañas en espectaculares
- Redes sociales
- Programas con la sociedad civil organizada
- Ferias

8. Propuesta

Los datos que han aportado los institutos de transparencia y protección de datos personales analizados en el apartado anterior, permiten confirmar que no existen esfuerzos suficientes para que los individuos hagan uso del derecho humano a la protección de datos personales, por lo que no controlan la información que han proporcionado.

Por lo tanto, se estima que en cumplimiento a la Reforma constitucional en materia de Transparencia del 7 de febrero de 2014, la cual establece la obligación del Congreso de la Unión de emitir una Ley General de Datos Personales, dicho ordenamiento jurídico debería contener un capítulo referente a la difusión y promoción del derecho en comento, con la finalidad de crear una cultura en la sociedad.

Dicho apartado lo prevé la propuesta del INAI de Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados en sus artículos 2, fracción VII, 14, 16 y 19, situación que también aparece

reflejada en la última versión de la iniciativa de Ley General en la materia que fuera opinada mediante un decálogo en audiencia pública el pasado 1o. de diciembre de 2015, en el Senado de la República, por diversos Comisionados del INAI. Es por ello, que se considera de la mayor importancia que la norma general que emita el Congreso de la Unión mantenga la base normativa indicada para que, a partir de la misma, sea posible forjar la tan necesitada cultura de la protección de datos en México.

9. Conclusión

Resulta alentador saber que en nuestro país existe una regulación que protege el derecho humano a la protección de datos personales, tal y como está ocurriendo en las grandes democracias. Asimismo, es satisfactorio que el aparato gubernamental continúe adecuando la normatividad en la materia a través del trabajo legislativo y que existan instituciones *ad hoc* que cuenten con un presupuesto propio y con tareas bien definidas.

No obstante lo anterior, los informes de labores de algunos órganos garantes, así como la encuesta que realizó el INAI en el año 2012, dan muestra de la exigua cultura por la protección de datos personales en nuestro país, por lo que los ciudadanos no están conscientes del derecho que nos atañe, de la normatividad que los prevé, ni de las instituciones creadas para su protección.

Por lo tanto, se estima que los esfuerzos legislativos deben enfocarse de manera puntual en la difusión y promoción del derecho, con el objeto de que las instituciones estén obligadas a crear políticas y programas encaminados a hacer del conocimiento de los individuos la importancia de controlar la información que se halla en los archivos de entes públicos y privados, de tal forma que hagan efectiva la utilidad del aparato normativo e institucional creado para el beneficio de la sociedad, y de cara a los retos que nos impone la era digital.

10. Referencias

- Informe al Congreso de la Unión respecto de la Protección de Datos Personales, recuperado de: <http://inicio.ifai.org.mx/Otros/Informe%20al%20Congreso%20de%20la%20Uni%C3%B3n%20Respecto%20a%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales.pdf>
- Informe de Labores al H. Congreso de la Unión 2014, recuperado de: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Informes-2014.aspx>
- Informe Estadístico del Ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública en el Distrito Federal 2006- 2014, recuperado de: http://www.infodf.org.mx/web/index.php?option=com_content&task=view&id=166&Itemid=208

- Informe de Actividades 2014, recuperado de: <http://iaipoaxaca.org.mx/site/descargas/transparencia/xviii/informe2014.pdf>
- Propuesta del INAI de Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, recuperada de: <http://inicio.ifai.org.mx/nuevo/Propuesta%20de%20Ley%20General%20de%20PD%20PDF.pdf>
- Tercer informe de actividades y resultados 2014-INFODF, recuperado de: http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/2015/INFORME_2014_FINAL_COMPILADO_WEB.pdf

10.1. Normativa

- Anejo a la recomendación del Consejo del 23 de septiembre de 1980. Directrices que rigen la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OCDE).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Convenio no. 108 del Consejo de Europa.

- Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
- Directiva 95/46/CE.
- Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales.
- Directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados, adoptados mediante resolución 45/95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.
- Estándares Internacionales sobre protección de datos y privacidad, Resolución de Madrid.
- Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Oaxaca.
- Ley de Protección de Datos Personales para el Distrito Federal.
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
- Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

LA PRIVACIDAD EN INTERNET

*José Luis Piñar Mañas**

*Miguel Recio Gayo***

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué es el derecho a la privacidad? 3. Internet. 4. Tesis jurisprudenciales en materia de privacidad. 5. Instrumentos internacionales relevantes sobre el derecho a la privacidad en Internet. 6. El derecho a la privacidad en Internet. 7. Conclusiones. 8. Bibliohemerografía.

Palabras clave: Derecho a la privacidad; derecho a la protección de datos personales; derechos humanos; Internet; economía digital; usuarios de Internet.

1. Introducción

La privacidad en Internet es uno de los temas que más atención suscita; ya que sólo en México, según las cifras proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),¹ correspondientes al mes de

* Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director de la Agencia Española de Protección de Datos. Contacto: jlpinar@pmasociados.com | Twitter: @pm_asociados.

** Master en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información. Abogado. Contacto: miguelrecio@miguelrecio.com

¹ Sobre el INEGI se puede ver más información en el vínculo electrónico <http://www.inegi.org.mx/default.aspx>

mayo de 2015, se trata de un derecho de 62,448,892 millones² de usuarios de Internet.³ Cifra que ha crecido desde entonces, sin duda, muy considerablemente.

La evolución de Internet,⁴ tal como la conocemos actualmente, ha estado, está y estará estrechamente vinculada a la privacidad, como cuestión toral por lo que se refiere tanto a su gobernanza como al derecho de los usuarios.

En concreto, la privacidad de los usuarios de Internet es parte de las políticas públicas de diversas organizaciones internacionales de las que México es parte; como por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE),⁵ que ha elaborado importantes directrices y documentos relativos a políticas públicas⁶ objeto de varios

² Siendo usuario de Internet cualquier persona que tiene seis o más años, según se indica en el vínculo electrónico <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=inf204&rs=est&rc=19437>

³ Según la definición del propio INEGI, por usuario de Internet se entiende “Individuo de seis o más años que en forma eventual o cotidiana, y de manera autónoma, ha accedido y realizado alguna actividad en Internet en los últimos seis meses. Las actividades pueden ser, entre otras, para realizar tareas escolares; las relacionadas con el trabajo; de comunicación, incluyendo correos electrónicos o conversaciones escritas (Chat); de capacitación, adiestramiento o formación a distancia mediante videoconferencias; de entretenimiento, como son las de bajar o jugar videojuegos o programas de computadora en la red, como son los de música”. Véase esta definición en el vínculo electrónico <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/glosario/default.aspx?t=inf204&re=00&ri=>

⁴ En relación con los orígenes de Internet puede verse Internet Society, *Breve historia de Internet*, disponible en el vínculo electrónico <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet#Origins>

⁵ Sobre la participación de México en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) puede verse más información en el vínculo electrónico: <http://www.oecd.org/mexico/>

⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development (2014), *OECD Principles for Internet Policy Making*. Disponible, en inglés, en el vínculo electrónico <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>

instrumentos internacionales, tales como la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet⁷ elaborada en el seno de la Coalición por los Derechos y Principios de Internet (en inglés, *Internet Rights and Principles Coalition*) y que es parte del Foro para la Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas;⁸ así como la Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet⁹ aprobada por el Consejo de Europa a través de la Recomendación del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet (adoptada por el Consejo de Ministros el 16 de abril de 2014, en la 1197a reunión de Delegados de los Ministros).¹⁰

Ahora bien, la privacidad en Internet ha sufrido y sufre importantes *tsunamis*, siendo uno de ellos el originado por las revelaciones de Edward Snowden sobre la vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad (en inglés, *National Security Agency*, NSA), de los Estados Unidos de América, de la que incluso se han hecho eco las Naciones Unidas que han nombrado un Relator Especial sobre el derecho a la privacidad,¹¹ y que en parte trae causa del

⁷ Disponible en el vínculo electrónico: http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2015/03/IRPC_spanish_1stedition_final.pdf

⁸ Sobre el mismo, puede verse más información, en inglés, en el vínculo electrónico: http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2015/03/IRPC_spanish_1stedition_final.pdf

⁹ Aprobada en virtud de la Recommendation of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users (Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2014 at the 1197th meeting of the Ministers' Deputies). Disponible en el vínculo electrónico <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c177e>

¹⁰ Véase https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c177e

¹¹ En relación con la creación de esta relatoría, puede verse la reseña de prensa publicada por la ONU, disponible en <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=31995#.Vyeu89xf03E>.

Informe sobre el derecho a la privacidad en la era digital elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.¹²

Incluso mucho antes de estas revelaciones, cabe recordar¹³ que el Presidente y co-fundador (en 1982) de Sun Microsystems, Scott McNealy, llegó a decir en 1999 que debemos resignarnos a no tener privacidad: “*You already have zero privacy. Get over it*”.¹⁴ A veces ha matizado algo su afirmación en un sentido, en mi opinión, igual de descorazonador (o más, si cabe): si tenemos privacidad es porque alguien tolera que la tengamos.¹⁵

La privacidad, aplicada también a Internet, es un derecho humano, consagrado tanto en instrumentos internacionales como en Constituciones nacionales y leyes que la desarrollan. Y además de un derecho, es también una cuestión clave para asegurar el desarrollo tanto de una economía digital próspera como de un espacio de desarrollo personal y social libre de

¹² Informe distribuido el 30 de junio de 2014: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/.../A-HRC-27-37_sp.doc.

¹³ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “¿Existe la privacidad?”, *Lección magistral impartida en la Apertura Solemne del Curso Académico en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid*, Madrid, España, 2008. Reproducido en Honorable Cámara de Diputados, Instituto Federal de Transparencia y Protección de Datos (IFAI) e ITAM, *Protección de Datos Personales, Compendio de lecturas y legislación*, Tiro Corto Editores, México 2010. Disponible en <http://inicio.inai.org.mx/Publicaciones/CompendioProtecciondeDatos8.pdf>

¹⁴ Ver SOLOVE, Daniel J., *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, Nueva York, 2004, p. 224. Se ha señalado que la fuente original de tal cita se desconoce dadas las fuertes críticas que por ella recibió McNealy: véase BENNETT, Colin J. y RAAB, Charles D., *The Governance of Privacy. Policy Instruments in Global Perspective*, The MIT Press, Cambridge-Londres, 2006, pp. 8 y 298.

¹⁵ Frase tomada de la Conferencia pronunciada en el marco de la IAPP Privacy Summit, 2007, Washington, 7 de marzo de 2007.

injerencias indebidas en los derechos de los usuarios. Es un derecho, además, que debe reconstruirse para resaltar la trascendencia que tiene no sólo en orden a proteger un ámbito que se desea mantener protegido frente a injerencias ajenas, sino, de forma esencial, para garantizar el libre desarrollo de la personalidad.¹⁶

Partiendo de lo anterior, el objeto del presente capítulo es exponer algunas consideraciones sobre la privacidad en Internet, siendo el punto de partida algunas reflexiones sobre el concepto de privacidad en sí misma, para seguir con el análisis de las tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación más relevantes en materia de privacidad, de manera que ello permita, posteriormente, considerar algunos instrumentos jurídicos relevantes a nivel internacional y, finalmente, profundizar en la aplicación del derecho a la privacidad en Internet.

2. ¿Qué es el derecho a la privacidad?

A pesar de su utilización, casi masiva, en textos constitucionales, legislativos y regulatorios, así como en resoluciones jurisdiccionales, por la doctrina, la industria y la sociedad civil, la privacidad no está definida; de manera que debemos dejar claro aquí que, cuando utilizamos el término privacidad

¹⁶ Algo en lo que ha insistido de forma reiterada Rodotà. Véase, por ejemplo, RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 293-300.

no pretendemos referirnos en general a la “vida privada”,¹⁷ sino a un concepto más reciente, que en su configuración actual ha surgido seguramente a finales del siglo XIX. Desde luego no es nada sencillo definir la privacidad.¹⁸

Dejando a un lado la aproximación estadounidense, y si se atiende, por ejemplo, al Convenio Europeo de Derechos Humanos,¹⁹ su artículo 8, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, indica en su primer apartado que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Sigue así, este Convenio de alcance regional, lo previsto en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948),²⁰ de ámbito universal.

Al respecto, resulta clarificador considerar que, en atención a la jurisprudencia de la Corte (o Tribunal) Europea de Derechos Humanos y la doctrina derivada de la misma, el significado del concepto “vida privada” es, por una parte, un concepto amplio no susceptible de una definición exhaustiva y, por otra parte, es un concepto claramente más amplio que el del derecho a la privacidad.²¹

¹⁷ Véase la importante obra en cinco volúmenes dirigida por Philippe ARIÈS y George DUBY, *Historia de la vida privada*, Taurus, Madrid, 1987 a 1989.

¹⁸ Véase PIÑAR MAÑAS, José Luis, “¿Existe la privacidad?”, *op. cit.*

¹⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4.XI.1950. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

²⁰ Disponible en el vínculo electrónico <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

²¹ Es así que Kikelly indica que “According to the Court, private life is a broad concept which is *incapable of exhaustive definition*. The concept is clearly wider than the right to privacy” (subrayado mío);

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), cabe señalar y considerar que, en los artículos 6o. y 16, distingue claramente entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la privacidad.

Por lo que se refiere al derecho a la protección de datos personales, la CPEUM lo consagra para el sector público en el artículo 6o., Apartado A, fracción II, indica que: “la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”; y para el sector privado en el segundo párrafo del artículo 16, en virtud del cual “toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.²²

pudiendo traducirse al español como “De acuerdo con la Corte, la vida privada es un concepto amplio que no puede ser objeto de una definición exhaustiva. El concepto es claramente más amplio que el derecho a la privacidad”. KIKELLY, Úrsula, “The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Handbooks*, núm. 1, Council of Europe, Estrasburgo, Francia, 2001. Disponible en [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-01\(2003\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-01(2003).pdf)

²² Este párrafo fue adicionado al artículo 16 constitucional en virtud de la sexta reforma al mismo, mediante Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en el vínculo electrónico http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_187_01jun09.pdf

En cuanto al derecho a la privacidad, el primer párrafo del artículo 16 indica que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Hace tiempo uno de nosotros, para explicar de manera gráfica qué es el derecho a la privacidad, exponía la siguiente situación: imaginemos que estamos tranquilamente en nuestras casas. Alguien entra y, tras decirnos que no nos preocupemos y que sigamos con lo que estamos haciendo, va tomando nota del programa de televisión que estamos viendo, de la página web que estamos visitando y de las que hemos visitado, de la llamada telefónica que estamos haciendo y de las que hemos hecho y recibido en el último año. Por encima de nuestro hombro cotillean el texto del correo electrónico que estamos escribiendo y a quién se lo enviamos. Abre nuestra cartera y toma nota de los números de nuestras tarjetas de crédito, de nuestro Documento Nacional de Identidad. Con parsimonia escruta todos los movimientos de nuestras cuentas corrientes, las revistas a las que estamos suscritos, las estancias en hoteles que hemos efectuado, los viajes realizados. Va al cajón donde tenemos nuestros papeles de los médicos, nuestras radiografías, análisis de sangre; escanea todo y lo guarda. Salimos de casa y nos sigue, a nuestro lado, sin dejarnos. Recibimos una llamada en nuestro móvil y coloca un dispositivo para escuchar y grabar la conversación. Decimos a nuestro vigilante que nos deje en paz, que nos deje solos, y nos contesta que lo siente, que no está en nuestras manos consentir o no su presencia. Que él siempre estará.

No es ciencia ficción. No es una pesadilla. Es una realidad virtual, de vigilancia invisible, pero real. Nuestra vida, queramos o no, es o puede ser así.²³

Ahora bien, aplicada a Internet, hay que atender, entre otras, a la afirmación del llamado Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE²⁴ en su documento de trabajo sobre el tratamiento de datos personales en Internet,²⁵ de 1999, relativa a que “*Internet no es un vacío jurídico*”, así como que:

El tratamiento de los datos personales en Internet debe respetar los principios de protección de datos al igual que en el mundo normal (*off-line*). Esto no constituye una limitación de la utilización de Internet, sino que, por el contrario, forma parte de los requisitos fundamentales destinados a garantizar la confianza de los usuarios en el

²³ PIÑAR MAÑAS, J. L., “Existe la privacidad”, *op. cit.*, pp. 37-38.

²⁴ Creado en virtud del citado artículo de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 281, de 23 de noviembre de 1995 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1462270884671&uri=CELEX:31995L0046>. Este Grupo de trabajo se integrará en el Comité Europeo de Protección de Datos que se prevé en el Reglamento general de protección de datos, aprobado el 14 de abril de 2014. Al respecto, a falta de la publicación definitiva en el Diario Oficial de la Unión Europea al momento de redactar estas líneas, puede verse la Posición (UE) núm. 6/2016 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), adoptada por el Consejo el 8 de abril de 2016, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.159.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2016:159:TOC.

²⁵ Grupo de Trabajo sobre protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, *Documento de trabajo: Tratamiento de datos personales en Internet*, WP 16, aprobado por el Grupo de Trabajo el 23 de febrero de 1999. Disponible en el vínculo electrónico <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wp16es.pdf>

funcionamiento de Internet y los servicios que se facilitan mediante esa red. La protección de datos en Internet es, por tanto, una condición indispensable para el desarrollo del comercio electrónico.²⁶

Por tanto, debemos profundizar en qué es Internet, el significado de la privacidad y cómo la privacidad en Internet es un derecho humano y un valor fundamental necesario.

3. Internet

Internet ha evolucionado durante décadas,²⁷ y lo seguirá haciendo, dando lugar por ejemplo al *Internet de las Cosas* (“*Internet of Things*”), permitiendo el desarrollo de diversos servicios electrónicos, tales como el del correo electrónico, los buscadores o motores de búsqueda, las redes sociales, las aplicaciones (“apps”), el cómputo en la nube, etc. La innovación tiene sin duda uno de sus escenarios más importantes en Internet y es imprescindible valorar hasta qué punto es compatible con el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales y, en particular, de la privacidad y la protección de datos.²⁸

Todos estos servicios electrónicos, así como otros, dan lugar a la llamada economía de Internet o economía digital que se basa en el uso o no

²⁶ *Op. cit.*, p. 4.

²⁷ Sobre la historia de Internet puede verse “*Breve historial de internet*”, ya citada.

²⁸ Véase sobre el tema, RECIO GAYO, Miguel, *Protección de datos e innovación: ¿(in)compatibles?*, Reus, Madrid, 2016.

de datos personales (en inglés “*data-driven economy*”). En concreto, cuando se produce un tratamiento de datos personales en que resulta necesario asegurar los derechos humanos, entre ellos los relativos a la protección de datos personales, a la privacidad, al secreto de las comunicaciones o a la libertad de expresión.

Es decir, cuando se produce un tratamiento de datos personales, o el uso de Internet o alguno de los servicios electrónicos, puede tener implicaciones para los derechos del usuario y, entonces, es necesario considerar la aplicación de los derechos humanos fundamentales ya que el imperio de la ley (en inglés, “*rule of law*”) también es aplicable.²⁹

Considerar la privacidad en Internet no es una cuestión sencilla dadas las múltiples y diversas implicaciones que tiene o puede tener.³⁰ Entre otras, cabe considerar cuestiones tales como el concepto mismo de datos personales,³¹ no ya sólo por lo que se refiere a si la dirección IP es un dato

²⁹ Puede verse LIDDIOCAT, Joy y DORIA, Avri. *Human Rights and Internet Protocols: Comparing Processes and Principles*. Disponible, en inglés, en <https://www.internetsociety.org/sites/default/files/Human%20Rights%20and%20Internet%20Protocols-%20Comparing%20Processes%20and%20Principles.pdf>

³⁰ Véase entre otros DRUMMOND, Víctor, *Internet, privacidad y datos personales*, Reus, Madrid, 2004; FUERTES, Mercedes, *Neutralidad de la red. ¿Realidad o utopía?*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

³¹ Sobre el tema véase PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Concepto de datos de carácter personal”, en TRONCOSO REIGADA, Antonio (ed.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 182-213. Pueden verse también: Grupo de trabajo del artículo 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, adoptado el 20 de junio de 2007. WP 136. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf. También véase Federal Trade Commission, *FTC Report Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change, Recommendations for Businesses and Policymakers*, Marzo 2012. En concreto, en este informe se indica que “Hay una evidencia significativa que demuestra que los avances tecnológicos y la

personal o no; las diferentes aproximaciones que pueden encontrarse alrededor del mundo de la protección de datos personales y la privacidad desde un punto de vista normativo,³² o el cumplimiento de resoluciones emitidas por autoridades competentes en otro país, pero ajenas al territorio del país en el que buscan producir efectos.

Es decir, al hablar de Internet, desde el punto de vista de su funcionamiento y de la posibilidad de hacer uso de servicios electrónicos que se basan en el mismo como red global, implica la necesidad de considerar el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales, así como otros derechos humanos para proteger a la persona.

Y este objetivo es el que buscan conseguir, precisamente, las partes involucradas, ya sean los legisladores nacionales, los elaboradores de políticas públicas u organizaciones internacionales, como la OCDE que, a través de sus acciones, desde hace décadas y con la vista puesta también en el

capacidad de combinar elementos dispares de datos puede llevar a la identificación de un consumidor, un equipo o dispositivo incluso si los elementos individuales de datos no constituyen identificación personal identificable (PII)”(traducción propia). En inglés: “There is significant evidence demonstrating that technological advances and the ability to combine disparate pieces of data can lead to identification of a consumer, computer, or device even if the individual pieces of data do not constitute PII”. p. 20. Disponible, en inglés, en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf> Y también, PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Artículo 3. Definiciones”, en *Comentario a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, España, 2010.

³² Según Naciones Unidas, un total de 107 países alrededor del mundo han adoptado alguna legislación en materia de protección de datos personales y privacidad, siendo todavía una tarea pendiente para muchos (60%) de países en Asia y África. Véase United Nations Conference on Trade and Development, *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*, 14 de abril de 2016. Disponible en http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx.

futuro “ha estado centrándose en la mejor forma de implantar estas directrices en el siglo XXI para ayudar a asegurar el respeto a la privacidad y la protección de los datos personales en línea”.³³

4. Tesis jurisprudenciales en materia de privacidad

Han sido varias las ocasiones en las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tenido que pronunciarse sobre la privacidad como derecho humano, siendo aplicables sus tesis jurisprudenciales también a este derecho en el ámbito de Internet.

Una de estas tesis jurisprudenciales se refiere a que el derecho a la privacidad está protegido por el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³⁴ cuestión a la que ya nos hemos referido, si bien cabe resaltar como hace la tesis jurisprudencial, que:

Dicho numeral establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado a no ser molestado en su persona, familia, papeles

³³ Tal como se indica en el prefacio del Resumen de las Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, 2002. Disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>. Estas Directrices fueron actualizadas en 2013 a través de la Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (2013) [C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79]. Disponibles, en inglés, en http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

³⁴ Tesis aislada: 2a. LXIII/2008, “DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Segunda Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXVII, Mayo de 2008; p. 229. Reg. IUS 169700.

o posesiones, sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, de lo que deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, con la limitante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para las autoridades. En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.

En particular, la SCJN ha tenido la oportunidad de referirse al concepto mismo de privacidad, distinguiéndolo claramente del de “vida privada”, lo que ha servido para desarrollar, a partir del mismo, el contenido del derecho a la privacidad. Al respecto, la SCJN ha indicado en una de sus tesis jurisprudenciales que:³⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido en varias tesis a los rasgos característicos de la noción de lo “privado”. Así, lo

³⁵ Tesis aislada 1a. CCXIV/2009, “DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL Y LA IMPORTANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA”, Primera Sala, Novena. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo XXX, Diciembre de 2009; p. 277. Reg. IUS 165823.

ha relacionado con: lo que no constituye vida pública; el ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás; lo que se desea compartir únicamente con aquellos que uno elige; las actividades de las personas en la esfera particular, relacionadas con el hogar y la familia; o aquello que las personas no desempeñan con el carácter de servidores públicos. Por otro lado, el derecho a la vida privada (o intimidad) está reconocido y protegido en declaraciones y tratados de derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16). Al interpretar estas disposiciones, los organismos internacionales han destacado que la noción de vida privada atañe a la esfera de la vida en la que las personas pueden expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o en lo individual, y han destacado su vinculación con un amplio abanico de otros derechos, como la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en general, la inviolabilidad del domicilio, las garantías respecto de los registros personales y corporales, las relacionadas con la recopilación y registro de información personal en bancos de datos y otros dispositivos; el derecho a una vivienda adecuada, a la salud y a la igualdad; los derechos reproductivos, o la protección en caso de desalojos forzados. Las afirmaciones contenidas en las resoluciones nacionales e internacionales son útiles en la medida en que no se tomen de manera descontextualizada, emerjan de un análisis cuidadoso de los diferentes escenarios jurídicos en los que la idea de

privacidad entra en juego y no se pretenda derivar de ellas un concepto mecánico de vida privada, de referentes fijos e inmutables. Lo único que estas resoluciones permiten reconstruir, en términos abstractos, es la imagen general que evoca la idea de privacidad en nuestro contexto cultural. Según esta noción, las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad —para el desarrollo de su autonomía y su libertad—. A un nivel más concreto, la misma idea puede describirse apelando al derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás (o, a veces, dentro del círculo de sus personas más próximas) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos) y al correspondiente derecho a que los demás no las invadan sin su consentimiento. En un sentido amplio, entonces, la protección constitucional de la vida privada implica poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las injerencias de los demás, y guarda conexiones de variado tipo con pretensiones más concretas que los textos constitucionales actuales reconocen a veces como derechos conexos: el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones atinentes al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de integridad física y moral, el derecho al honor o reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, la protección contra el espionaje, la protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, o

la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.

El reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad, en la práctica, implica que su limitación sólo pueda llevarse a cabo cuando esté justificada, correspondiendo ordenarla a la autoridad competente. En concreto, cabe considerar al respecto la tesis jurisprudencial que indica:³⁶

Los individuos tienen derecho a la preservación de un grado de privacidad frente a las acciones de las autoridades. Existe, en la Constitución Federal, una preocupación por proteger la privacidad que se manifiesta en distintos preceptos constitucionales. En dichos casos, la intimidad como derecho humano tiene distintos niveles de protección, dependiendo de si el Estado se constituye como garante o protector del mismo frente a la sociedad o si, por el contrario, debe ser garante frente a su propia actividad, resultando relevante de qué tipo de actividad se trata. En ese sentido, hay casos donde el derecho a la intimidad se encuentra íntimamente relacionado con el de libertad personal. Al respecto, es importante resaltar que toda persona tiene no sólo la legítima expectativa, sino el derecho a no ser molestada por la autoridad, salvo por causas justificadas. Lo anterior tiene la finalidad de evitar abusos por parte de la autoridad; por tanto, el

³⁶ Tesis aislada 1a. CII/2015 (10a.). "DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y DERECHO A LA PRIVACIDAD. SU LIMITACIÓN ES EXCEPCIONALÍSIMA Y CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUSTIFICAR SU AFECTACIÓN". Primera Sala, Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro 16, Marzo de 2015; Tomo II; p. 1095. Reg. IUS 2008637.

estándar en la limitación al derecho humano de libertad personal es de carácter excepcionalísimo y del más estricto rigor. Por ello, corresponderá a la autoridad probar que tenía elementos objetivos y razonables para justificar válidamente la afectación a la libertad y seguridad personal.

También ha tenido oportunidad, la SCJN, de recordar un aspecto relevante en relación con el derecho a la privacidad, como es el que no se trata de un derecho absoluto. Así, en otra de sus tesis jurisprudenciales ha indicado que:³⁷

Al igual que otros derechos fundamentales, el derecho a la vida privada no es absoluto, sino que puede restringirse en la medida en que las injerencias en éste no sean abusivas o arbitrarias. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias de terceros o de la autoridad pública, y prohíbe ese tipo de injerencias en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de ésta, como la vida privada de sus familias. Ahora bien, el Estado debe adoptar medidas positivas para impedir que la intimidad personal y familiar se vulnere por personas ajenas, pero no puede impedir a quien decide difundir aspectos de su vida privada que lo haga, so pretexto de

³⁷ Tesis aislada 1a. XLIX/2014 (10a.). “DERECHO A LA VIDA PRIVADA. ALCANCE DE SU PROTECCIÓN POR EL ESTADO”, Primera Sala, Décima Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 641. Reg. IUS 2005525.

proteger a la familia, pues en ese caso, ya no se está frente a la difusión de la información por parte de un tercero, que es ajeno a ésta, sino que se estaría limitando el derecho de una persona de divulgar la información que le es propia. En resumen, lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las convenciones internacionales buscan impedir es que terceros difundan información de la vida privada ajena, sin consentimiento del titular; de ahí que si la injerencia en la vida privada de que se duele el tercero perjudicado, consiste en la difusión que hicieron otros miembros de su familia, sobre hechos que conciernen a la vida privada de ellas, y que involucran a éste, como causante de la afectación sufrida por ellas, entonces no puede considerarse que dicha difusión resulte arbitraria o abusiva, puesto que se realizó en ejercicio del legítimo derecho que les asiste de difundir información que les es propia, en la medida en que sea veraz, y que las expresiones utilizadas estén protegidas constitucionalmente, por no ser absolutamente vejatorias, esto es, ofensivas, oprobiosas o impertinentes, según el contexto.

La SCJN se ha pronunciado también sobre el hecho de que el derecho a la privacidad puede ser modulado en cuanto a su alcance por sus titulares, debiendo prestarse atención a dicha circunstancia. En concreto, la SCJN ha indicado que:³⁸

³⁸ Tesis aislada 1a. CCXIII/2009. “DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO ES VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA”. Primera Sala, Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 276. Reg. IUS 165824.

El contenido del derecho a la intimidad o vida privada está destinado a variar, legítima y normalmente, tanto por motivos que podemos llamar internos al propio concepto como por motivos externos al mismo. La variabilidad interna de la noción de privacidad alude al hecho de que el comportamiento de sus titulares puede influir en la extensión de su ámbito de protección. No se trata sólo de que el entendimiento de lo privado cambie de una cultura a otra y que haya variado a lo largo de la historia, sino que forma parte del derecho a la privacidad, como lo entendemos ahora, la posibilidad de que sus titulares modulen, de palabra o de hecho, su alcance. Algunas personas comparten con la opinión pública, con los medios de comunicación o con un círculo amplio de personas anónimas, informaciones que para otras se inscriben en el ámbito de lo que preservan del conocimiento ajeno. Aunque una pauta de conducta de este tipo no implica que la persona en cuestión deje de ser titular del derecho a la privacidad, ciertamente disminuye la extensión de lo que de entrada puede considerarse incluido dentro de su ámbito de protección. Por su parte, la variabilidad externa deriva de la existencia de fuentes externas de límites al derecho, y alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en los casos concretos, una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses, que pueden apuntar en direcciones distintas e incluso opuestas a las que derivan de su contenido normativo. Así, aunque una pretensión pueda en principio relacionarse con el ámbito generalmente protegido por el derecho, si la misma merece prevalecer en

un caso concreto, y en qué grado, dependerá de un balance de razones desarrollado de conformidad con métodos de razonamiento jurídico bien conocidos y masivamente usados en los estados constitucionales contemporáneos. Como han expresado canónicamente los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, ningún derecho fundamental es absoluto y puede ser restringido siempre que ello no se haga de manera abusiva, arbitraria o desproporcional.

Por tanto, cualquier análisis o acción que, en su caso, pueda llevarse a cabo en relación con la privacidad en Internet requiere que se deban considerar también las tesis jurisprudenciales emitidas por la SCJN.

5. Instrumentos internacionales relevantes sobre el derecho a la privacidad en Internet

A nivel internacional, además de instrumentos generales, ya sean Declaraciones, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948),³⁹ y Convenciones, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴⁰ o la Convención Americana de Derechos Humanos (1969),⁴¹

³⁹ Ya citada.

⁴⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

vinculantes en su caso para México y otras que no lo son,⁴² tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, existen también varios instrumentos que se refieren específicamente a la privacidad en Internet.

Es, a estos últimos, a los que se atiende a continuación, de manera que, por su trascendencia en la materia que abordamos, se incluyen referencias a las Constituciones o Declaraciones nacionales sobre Internet que han incluido disposiciones sobre el derecho a la privacidad en Internet, Cartas de Derechos Humanos y Principios para Internet u otros documentos similares, así como otros instrumentos internacionales que, basándose en Declaraciones y Convenciones internacionales sobre derechos humanos, en particular el relativo a la privacidad, centran su atención en el derecho a la privacidad en Internet y, en su caso, su interrelación con otros derechos humanos, tales como el de la libertad de expresión.

No nos referiremos ahora al marco jurídico de la protección de datos de la Unión Europea, por no tratarse de normas internacionales, sino de normas europeas propias de la Unión. No obstante, es imprescindible tener muy presente no sólo la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre protección de datos personales, sino ahora también y sobre todo el Reglamento (EU) 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, y por el que se deroga la Directiva

⁴² Tales como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

95/46/CE (Reglamento general de protección de datos-RGPD).⁴³ Se trata de una norma, el Reglamento, que está llamado a ocupar un papel central en la protección de datos a nivel mundial, pero su estudio desborda con creces el alcance de este trabajo.⁴⁴

5.1. Constituciones o Declaraciones nacionales sobre Internet

Brasil e Italia han sido los primeros países alrededor del mundo en aprobar Constituciones o Declaraciones nacionales sobre Internet en las que el derecho a la privacidad adquiere una especial atención, sin perjuicio de que en las mismas se traten también otras cuestiones o aspectos relevantes en relación con los derechos de los usuarios de Internet.

En el caso de Brasil, en 2014 se aprobó el Marco Civil de Internet⁴⁵ que, una vez desarrollado reglamentariamente,⁴⁶ puede dar lugar a que el país cuente con la primera normativa sobre protección de datos personales

⁴³ Publicado el 4 de mayo de 2016 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Entró en vigor el 24 de mayo de 2016 y será de aplicación a partir de 25 de mayo de 2018.

⁴⁴ Véase PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), ÁLVAREZ CARO, María y RECIO GAYO, Miguel (coords.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, REUS, Madrid, 2016.

⁴⁵ Se trata del Marco Civil da Internet, aprobado en virtud de la Ley núm. 12.965, de 23 de abril de 2014, establece principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil. Disponible, en portugués, en el vínculo electrónico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

⁴⁶ El Ministerio de Justicia de Brasil ya llevó a cabo una primera consulta pública en 2014 y una segunda en 2015, pudiendo verse más información sobre esta última, en portugués, en el vínculo electrónico <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/texto-em-debate/minuta/>

y privacidad, en particular en Internet. Esto supondría un importante cambio, ya que Brasil es uno de los pocos países de Latinoamérica que no tienen legislación en materia de protección de datos personales y privacidad.⁴⁷

En concreto, el Marco Civil de Internet tiene 32 artículos, divididos en cinco capítulos, pudiendo clasificarse las previsiones en materia de privacidad en tres áreas:⁴⁸ 1) principios y derechos de los usuarios; 2) especificaciones sobre la retención de registros (“logs”), y 3) acceso a los datos personales.

Además de las cuestiones específicas relativas al derecho a la privacidad en Internet, el Marco Civil de Internet incluye también disposiciones relativas a la neutralidad de Internet y la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por los contenidos generados por terceros.

Por lo que se refiere a Italia, el Parlamento italiano aprobó, el 28 de julio de 2015, la Declaración de Derechos en Internet⁴⁹ cuyo artículo 1o. comienza afirmando que:

⁴⁷ Al respecto, el profesor DONEDA señala que “hay que resaltar que Brasil no tiene todavía una ley general de protección de datos o reglas generales sobre la protección de datos en Internet” (traducción del original en inglés “it must be stressed that Brazil doesn’t have, as of yet, a general data protection statute nor general rules about data protection on the internet”). DONEDA, Danilo, *Privacy and data protection in the Marco Civil da Internet (Brazilian Civil Rights Framework for the Internet Bill)*, Abril 15, 2014. Disponible, en inglés, en <http://www.privacylatam.com/?p=239>

⁴⁸ Tal como propone Doneda. *Ibidem*.

⁴⁹ Dichiarazione dei diritti in Internet. Disponible, en inglés, en el vínculo electrónico http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/testo_definitivo_inglese.pdf

1. Los derechos fundamentales de cada individuo consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las Constituciones nacionales y otras declaraciones internacionales relevantes deberán ser protegidos en Internet.

2. Estos derechos tendrán que ser interpretados para asegurar su cumplimiento en Internet.⁵⁰

Al igual que en el caso del Marco Civil de Internet de Brasil, la Declaración italiana incluye otras cuestiones además del derecho a la privacidad en Internet, tales como el derecho de acceso a Internet, la neutralidad y la gobernanza de Internet.

Tanto en el caso de Brasil como en el de Italia se trata de referencias internacionales relevantes a tener en consideración por lo que se refiere al debate sobre la privacidad en Internet, ya que se trata de un derecho que está evolucionando especialmente en los últimos años.

⁵⁰ Traducción del inglés que indica:

“1. The fundamental rights of every individual enshrined in the Universal Declaration of Human Rights of the United Nations, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, national constitutions and other relevant international declarations shall be protected on the Internet.

2. These rights shall be interpreted so as to ensure their enforceability on the Internet”.

5.2. *Cartas de Derechos Humanos y Principios para Internet u otros documentos similares*

Dentro de este apartado, la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet de la Coalición por los Derechos y Principios de Internet⁵¹ es uno de los principales instrumentos a considerar ya que incluye el derecho a la privacidad en Internet como uno de los 10 Derechos y Principios para Internet. En concreto, se refiere al mismo en los siguientes términos:

5. Confidencialidad y protección de datos: Toda persona tiene derecho a la privacidad *online*. Esto incluye el no ser vigilado, el derecho a utilizar cifrado y el derecho al anonimato. Todo el mundo tiene derecho a la protección de datos, incluyendo el control sobre la recolección, retención, transformación, eliminación y divulgación de sus datos personales.

Con independencia de que la Carta desarrolla dicho derecho, a partir del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es importante considerar que, como se indica en la misma, los derechos humanos recogidos en aquella “son aplicables y exigibles en el mundo *online* con la misma intensidad que en el mundo real: los derechos humanos, tal y como recoge nuestro ordenamiento jurídico internacional, no son negociables”.⁵²

⁵¹ Ya citada.

⁵² *Ibidem*, p. 9.

Además de dicha Carta, y también por su relevancia (aunque sería únicamente una referencia para México), cabe mencionar en este apartado la Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet del Consejo de Europa.⁵³ Con carácter general, dicha Guía afirma que “Usted tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar en Internet, lo cual abarca la protección de sus datos personales y el respeto de la confidencialidad de su correspondencia y sus comunicaciones”.

En este sentido, la citada Guía se refiere en particular a la privacidad en Internet en el caso del uso de servicios electrónicos, como los buscadores o motores de búsqueda; al hecho de que “las autoridades públicas y las empresas privadas tienen la obligación de respetar normas y procedimientos específicos cuando tratan sus datos personales”; a la libertad frente a la vigilancia electrónica o la interceptación de las comunicaciones electrónicas; a que la privacidad en Internet se respete también en el lugar de trabajo; a los niños y niñas, así como a que la privacidad en Internet implica que el usuario reciba asistencia por parte de las autoridades de protección de datos “para garantizar el cumplimiento de los principios y las leyes de protección de datos”.

También la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha emitido dos importantes resoluciones, siendo la primera de ellas la que dio lugar a un hito importante a nivel internacional, que se produjo en julio de 2015, cuando nombró, por un periodo de tres años, al primer Relator Especial

⁵³ Ya citada.

sobre el derecho a la privacidad (en inglés, *Special Rapporteur on the Right to Privacy*).⁵⁴

El Relator Especial es un experto independiente y su nombramiento se debe, en buena medida, a que la ONU ha reforzado, en los últimos años

⁵⁴ En cuanto al Relator Especial sobre el derecho a la privacidad (*Special Rapporteur on the Right to Privacy*), puede verse más información, en inglés, en el vínculo electrónico <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/SRPrivacyIndex.aspx> Las principales funciones de este Relator Especial, conforme a la Resolución 28/16 del Consejo de Derechos Humanos, de 1 de abril de 2015, son:

- “a) Reunir información pertinente, entre otras cosas sobre los marcos internacionales y nacionales y las prácticas y la experiencia nacionales, estudiar las tendencias, las novedades y los retos relacionados con el derecho a la privacidad, y formular recomendaciones para garantizar su promoción y protección, en particular en relación con los retos que plantean las nuevas tecnologías;
 - b) Buscar, recibir y responder a información, evitando duplicaciones, de los Estados, las Naciones Unidas y sus organismos, programas y fondos, los mecanismos regionales de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, el sector privado, incluidas las empresas comerciales, y otros interesados o partes pertinentes;
 - c) Determinar posibles obstáculos a la promoción y protección del derecho a la privacidad, determinar, intercambiar y promover principios y mejores prácticas a nivel nacional, regional e internacional, y presentar propuestas y recomendaciones al Consejo de Derechos Humanos a ese respecto, entre otras cosas en relación con retos concretos de la era digital;
 - d) Participar y hacer contribuciones en las conferencias y reuniones internacionales pertinentes, con el fin de promover un enfoque sistemático y coherente de las cuestiones inherentes al mandato;
 - e) Concienciar acerca de la importancia de promover y proteger el derecho a la privacidad, entre otras cosas en relación con retos concretos de la era digital, así como acerca de la importancia de proporcionar a las personas cuyo derecho a la privacidad haya sido vulnerado un recurso efectivo acorde con las obligaciones internacionales de derechos humanos;
 - f) Integrar una perspectiva de género en todas las actividades del mandato;
 - g) Denunciar las presuntas violaciones, dondequiera que tengan lugar, del derecho a la privacidad establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular en relación con los retos que plantean las nuevas tecnologías, y poner en conocimiento del Consejo y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos las situaciones de especial gravedad;
 - h) Presentar un informe anual al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General, a partir de sus períodos de sesiones 31o. y septuagésimo primero, respectivamente”.
- Consultéase la citada resolución como A/HRC/RES/28/16.

y especialmente en el periodo 2013-2015, su papel en lo que se refiere a la protección de la privacidad.

La muestra de que la ONU está adoptando un papel cada vez más activo por lo que se refiere a la protección del derecho a la privacidad en Internet, se encuentra en la adopción de diversos instrumentos como son las resoluciones de la Asamblea General 68/167, de 18 de diciembre de 2013, y 69/166, de 18 de diciembre de 2014, sobre el derecho a la privacidad en la era digital.

El primero de estos instrumentos es la Resolución aprobada por la Asamblea General sobre el derecho a la privacidad en la era digital⁵⁵ en la que se parte del hecho de que “el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podría constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos, en particular del derecho a la privacidad”, entre otros, dado que se trata de un derecho interrelacionado, o que puede estarlo, además con otros derechos fundamentales, en particular los relativos al secreto de las comunicaciones o la libertad de expresión.

⁵⁵ Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, 68/167. *El derecho a la privacidad en la era digital*. Disponible en el vínculo electrónico http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/167&referer=/english/&Lang=S

En concreto, la Resolución “afirma que los de las personas también deben estar protegidos en Internet, incluido el derecho a la privacidad”, lo que supone resaltar, una vez más, que Internet no es un vacío jurídico, sino que los derechos humanos y los valores fundamentales son plenamente aplicables, siendo un claro ejemplo de la necesidad de preservarlos en línea.⁵⁶

Además, a través de dicha Resolución se invita “al Relator Especial a que incluya en su primer informe observaciones que considere importantes para abordar el derecho a la privacidad en la era digital”, lo que dio lugar a que, con fecha de 30 de junio de 2014, se publicase el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/27/37).⁵⁷

En dicho informe, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos indica que “toda captura de datos de las comunicaciones es potencialmente una injerencia en la vida privada y, además, la recopilación y conservación de datos de las comunicaciones equivale a una injerencia en la vida privada, independientemente de si posteriormente se consultan o utilizan esos datos”.⁵⁸

⁵⁶ Internet Society, *The Internet and Human Rights, An Internet Society Public Policy Briefing*, 30 de octubre de 2015. Disponible, en inglés, en el vínculo electrónico <http://www.internetsociety.org/policybriefs/humanrights>

⁵⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *El derecho a la privacidad en la era digital, Consejo de Derechos Humanos*, 30 de junio de 2014. A/HRC/27/37. Disponible, en español, en el vínculo electrónico http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-37_sp.doc

⁵⁸ Ya citado. Apartado 20.

Y el otro de los instrumentos mencionados que resulta relevante en el marco de Naciones Unidas es la resolución 69/166, de 18 de diciembre de 2014, sobre el derecho a la privacidad en la era digital.⁵⁹

En particular, es importante destacar que dicha resolución exhorta a los Estados miembros a respetar y proteger el derecho a la privacidad, “incluso en el contexto de las comunicaciones digitales”, y a tal fin les exhorta también a que se cercioren de que “la legislación nacional pertinente se ajuste a sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos”.

Por último, en cualquier caso, hay que destacar que estas resoluciones han tenido una amplia repercusión entre las autoridades de protección de datos alrededor del mundo, habiendo dado lugar, por ejemplo, a que la Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos,⁶⁰ emitiese una Resolución sobre Cooperación con el Relator Especial sobre el derecho a la privacidad.⁶¹ Entre otras cuestiones, dicha Conferencia resalta el hecho de que el paso dado por Naciones Unidas al nombrar al Relator

⁵⁹ Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/166>

⁶⁰ La International Conference of Data Protection & Privacy Commissioners (ICDPPC) incluye, entre otras, a autoridades de protección de datos y privacidad de decenas de países alrededor del mundo que son miembros acreditados de dicha Conferencia así como otras autoridades y/u organizaciones internacionales que participan en la misma como observadores. Dicha conferencia se reunió por primera vez en 1979. Puede verse más información sobre la misma en <https://icdppc.org>

⁶¹ Conference on Data Protection and Privacy Commissioners, *Resolution on Cooperation with the UN Special Rapporteur on the Right to Privacy*, 37th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Amsterdam, 27 October 2015. Disponible, en inglés, en <https://icdppc.org/wp-content/uploads/2015/02/Resolution-on-Cooperation-with-UN-Special-Rapporteur-on-the-Right-to-Privacy.pdf>

Especial pueda ser visto como un paso hacia la internacionalización y globalización de los derechos a la protección de datos y a la privacidad.⁶²

5.3. Otros instrumentos internacionales

Otro instrumento también relevante a nivel internacional por lo que se refiere al derecho a la privacidad en Internet, aunque limitado en la práctica a los Estados miembros del Consejo de Europa, es la Recomendación (99)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de la intimidad en Internet.⁶³

Dicha Recomendación indica en uno de los considerandos de su preámbulo que “las comunicaciones con ayuda de las nuevas tecnologías de la información están también sujetas al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en concreto al respeto de la intimidad y del secreto de la correspondencia”⁶⁴ y también que “es conveniente

⁶² En concreto, la citada Resolución indica, en inglés, que ésta es “a landmark decision towards internationalisation and globalisation of data protection and privacy rights”.

⁶³ Se trata de la Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to Member States for the Protection of Privacy on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers’ Deputies), Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways. Disponible, en inglés, en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f4429> Una traducción, no oficial, al español puede consultarse en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/documentacion/legislacion/consejo_europa/recomendaciones/common/pdfs/Recomendacion_99_5_Internet.PDF

⁶⁴ La versión original, en inglés, indica que “Aware that communications carried out with the aid of new information technologies must also respect the human rights and fundamental freedoms and, in particular, the right to privacy and to secrecy of correspondence, as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights”.

sensibilizar a los usuarios y a los proveedores de servicios de Internet”,⁶⁵ por lo que “recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que difundan ampliamente las directrices contenidas en el anexo de esta Recomendación, sobre todo entre los usuarios y los proveedores de servicios de Internet, así como entre cualquier autoridad nacional encargada de velar por el respeto de la normativa de protección de datos”.⁶⁶

Entre las principales recomendaciones dirigidas al usuario de Internet, en el Anexo de la Recomendación se aconseja que éste “utilice cualquier medio que esté a su alcance para proteger sus datos y sus comunicaciones”.⁶⁷

A pesar de su relevancia, no sería la única Recomendación a destacar en el ámbito del Consejo de Europa, ya que también es necesario mencionar la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Guía de Derechos Humanos para los usuarios de Internet, a la que ya se ha hecho referencia; la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de los Derechos Humanos con relación a los buscadores⁶⁸ o la Recomendación del Comité de Ministros a los

⁶⁵ La versión original indica que “it is appropriate to make users and Internet service providers aware”.

⁶⁶ La versión original indica que “Recommends that the governments of member States disseminate widely the Guidelines contained in the appendix to this recommendation, especially to users and service providers on the Internet as well as to any national authority responsible for supervising respect of data protection provisions”.

⁶⁷ El texto original, en inglés, indica que “use all available means to protect your data and communications”.

⁶⁸ Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers’ Deputies). Disponible, en inglés, en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/CM%20Rec\(2012\)3%20E%20-%20Search%20engins.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/CM%20Rec(2012)3%20E%20-%20Search%20engins.pdf)

Estados miembros sobre la protección de los Derechos Humanos con relación a los servicios de redes sociales.⁶⁹

Es así que, a la luz de los diversos instrumentos internacionales, citados anteriormente u otros que se deban considerar en su caso, la protección de la privacidad en Internet es una responsabilidad de todas las partes implicadas, tanto empresas como gobiernos, en la medida en que se encuentran vinculados por los derechos humanos,⁷⁰ de manera que el papel de la Constitución es también fundamental, ya que consagra los derechos humanos de la ciudadanía y los usuarios digitales en virtud de las obligaciones que los Estados, entre ellos México, y las empresas, tienen a la vista del contenido de dichos instrumentos internacionales.

6. El derecho a la privacidad en Internet

Insistiendo de nuevo en que, si bien no hay una definición de qué es exactamente el derecho a la privacidad en Internet, lo que puede estar relacionado con diversas cuestiones, conceptos y otros derechos humanos fundamen-

⁶⁹ Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies). Disponible, en inglés, en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/CM%20Rec\(2012\)4_En_Social%20networking%20services.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/CM%20Rec(2012)4_En_Social%20networking%20services.pdf)

⁷⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, Nueva York y Ginebra, 2011. Disponible en 56. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

tales,⁷¹ cabe señalar que sí es posible encontrar algunas referencias en documentos a nivel internacional sobre qué abarca este derecho.

En este sentido, la Coalición por los Derechos y Principios de Internet, a la que ya nos hemos referido, considera que el derecho a la privacidad incluye la existencia de un marco normativo completo para proteger los datos personales y la privacidad de los ciudadanos, que esté alineado con estándares internacionales en materia de derechos humanos y protección de los consumidores; políticas y configuraciones o ajustes de privacidad aplicables a los servicios; estándares de confidencialidad e integridad aplicables a los sistemas de las Tecnologías de la Información (TI); protección de la identidad virtual; derecho al anonimato y uso del cifrado; libertad frente a la vigilancia electrónica y libertad frente a la difamación.⁷²

La privacidad en Internet es una cuestión que desde hace ya bastantes años centra la atención de organizaciones y foros internacionales, como

⁷¹ Como indica UNESCO al respecto, el derecho a la privacidad está relacionado con muchas cuestiones distintas (traducción del original que, en inglés, indica “*The general right to privacy is related to many distinct issues*”). United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Keystones to foster inclusive Knowledge Societies, Access to information and knowledge, Freedom of Expression, Privacy, and Ethics on a Global Internet, Final Study*, Francia, 2015. Disponible, en inglés, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002325/232563E.pdf>. Dicho estudio se elaboró en virtud de una resolución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en inglés, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO) sobre asuntos relativos a Internet. Véase UNESCO General Conference. *Resolution on Internet related issues: including access to information and knowledge, freedom of expression, privacy and ethical dimensions of the information society*, Sesión 37, noviembre 2013. Disponible, en inglés, en http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/37gc_resolution_internet.pdf

⁷² Al respecto, puede verse la información disponible, en inglés, en el vínculo electrónico <http://internetrightsandprinciples.org/wpcharter/archives/53>

la OCDE y el Consejo de Europa, entre otros, así como del Grupo de trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, que en su Documento de trabajo sobre privacidad en Internet⁷³ ya indicaba, en el año 2000, que era (y sigue siendo) “consciente de que la protección de la privacidad es una de las mayores preocupaciones de los usuarios de la Red”.⁷⁴

Dicha preocupación la tienen obviamente también los usuarios mexicanos de Internet, siendo buena muestra de ello el hecho de que según el *Reporte de resultados de la encuesta nacional sobre protección de datos personales*⁷⁵ (2012), en relación a la pregunta de si los usuarios leen las condiciones de uso de un sitio o página web antes de proporcionar sus datos personales, una amplia mayoría manifestó desconocer las condiciones de uso de sus datos personales, lo que sirve también para explicar la percepción de pérdida de control sobre los datos personales por dichos usuarios.⁷⁶

Como hemos apuntado ya, el derecho a la privacidad en Internet abarca un amplio conjunto de temas o asuntos comerciales como, por ejemplo,

⁷³ Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, *Documento de trabajo sobre Privacidad en Internet: —Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea—*, adoptado el 21 de noviembre de 2000. WP 37. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp37_es.pdf

⁷⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁵ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI), *Reporte de resultados, “Encuesta Nacional sobre Protección de Datos Personales a Sujetos Regulados por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) y Población en General”*, elaborada por Ipsos. México, 2012. Disponible en <http://inicio.inai.org.mx/EncuestaNacionaldeProtecciondeDatosPersonales2012/01ReportePoblacion.pdf>

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 46-47.

la publicidad en línea o el uso de las *cookies*; y no comerciales, en particular la vigilancia electrónica; y tiene importantes implicaciones en cuanto a lo que respecta a otros derechos humanos, por lo que requiere considerar cada caso concreto. Una de las manifestaciones más claras de lo que decimos se encuentra en el llamado derecho al olvido en Internet,⁷⁷ sobre el que el INAI ya ha tenido ocasión de pronunciarse en más de una ocasión.

Delimitar con plena exactitud la privacidad como concepto y derecho no es fácil, debiendo recordar al respecto que la Exposición de motivos de la primera norma sobre protección de datos personales en España,⁷⁸ ya derogada, indicaba que “se habla de la privacidad y no de la intimidad. Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad”.

Por tanto, el derecho a la privacidad en Internet implica que deba considerarse la aplicación de la normatividad relativa a la protección de

⁷⁷ Véase ÁLVAREZ CARO, María. *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, REUS, Madrid, España, 2015. TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. La Catarata, Madrid, 2014.

⁷⁸ Se trataba de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (conocida como LORPAD), publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 262, de 31 de octubre de 1992, y que fue derogada en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

datos personales, pero, más allá de ésta, también la relativa a los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, el secreto de las comunicaciones, así como la interrelación entre el derecho a la privacidad y otros derechos humanos, como los de libertad de expresión, libertad de asociación u otros.

Desde el tratamiento de datos personales obtenidos a través de un formulario electrónico, del seguimiento de la actividad del usuario en Internet⁷⁹ para, por ejemplo, hacer publicidad comportamental en línea (en inglés, “*online behavioural advertising*”),⁸⁰ hasta la ya mencionada vigilancia electrónica (con lo que ello supone para otros derechos como el secreto de las comunicaciones o la libertad de expresión) la privacidad en Internet requiere considerar también las posibles diferentes facetas de su titular, ya que puede actuar como ciudadano, usuario o consumidor.

⁷⁹ En relación con la cuestión conocida como *Do Not Track*, puede verse FTC Report, ya citado. En dicho informe se explica que el informe preliminar del equipo de trabajo (staff) de la FTC ya incluía una llamada a la industria para implementar un mecanismo que permita a los consumidores controlar la obtención y el uso de sus datos de navegación en línea, también conocido como *Do Not Track* (traducción del original en inglés «The preliminary staff report called on industry to create and implement a mechanism to allow consumers to control the collection and use of their online browsing data, often referred to as *Do Not Track*.»), p. 4.

⁸⁰ Sobre esta cuestión específica, pueden verse, entre otros Grupo de trabajo de protección de datos del artículo 29, *Dictamen 16/2011 sobre la recomendación de mejores prácticas de EASA/IAB sobre publicidad comportamental en línea*, adoptado el 8 de diciembre de 2011. GT 188. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp188_es.pdf. También, de este Grupo de trabajo, puede verse *Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea*, adoptado el 22 de junio de 2010. GT 171. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_es.pdf. Así como, Federal Trade Commission, FTC Staff Report: Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising, February 2009. Disponible, en inglés, en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-self-regulatory-principles-online-behavioral-advertising/p085400-behavadreport.pdf>

Y dicho seguimiento no se limita al uso de los datos personales con fines de publicidad, sino que puede tener implicaciones también por lo que se refiere a tratamientos analíticos u otros servicios electrónicos que se basan en la obtención de datos personales.

En relación con lo anterior, cabe considerar que el uso de la tecnología *Do Not Track* permite al usuario expresar sus preferencias por lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales,⁸¹ lo que debe dar lugar a que el usuario pueda tener el control sobre el tratamiento de los datos personales derivados de su navegación en Internet.⁸²

Ahora bien, entre los temas que se plantean en relación con la privacidad en Internet, requieren una especial mención los relativos a la vigilancia electrónica, la privacidad en Internet de los menores y también la necesidad de que los usuarios sean responsables; por lo que a continuación se tratan éstos de manera específica.

6.1. Vigilancia electrónica

Al respecto, la ONU, a la que ya nos hemos referido, trata también en sus resoluciones cuestiones sobre el derecho a la privacidad en la era digital

⁸¹ La FTC ha indicado que “la industria ha hecho importantes avances en la implementación de mecanismos *Do Not Track*. Los proveedores de navegadores de Internet han desarrollado herramientas que los consumidores pueden usar para señalar que no desean que se rastreen sus datos”. Federal Trade Commission. *Cómo proteger la privacidad de los consumidores en una era de cambio veloz. Recomendaciones para empresas y encargados de elaborar políticas, Resumen Ejecutivo*, Marzo 2012. Pág. vi. Disponible en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/c%C3%B3mo-proteger-la-privacidad-de-los-consumidores-en-una-era-de-cambio-veloz-recomendaciones-para/120326privacyreport_es.pdf

⁸² En este sentido véase W3C, *Privacy*, disponible en <http://www.w3.org/standards/webdesign/privacy>

tales como qué se entiende por una injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, basándose a tal fin en buena medida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando casos como *Uzun v. Germany*, 2 de septiembre de 2010, y *Weber and Soravia v. Germany*, párr. 4, *Handyside v. the United Kingdom*, párr. 48; y *Klass v. Germany*, párr. 42, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto *Escher vs. Brasil*, sentencia, 20 de noviembre de 2009.

Es decir, la privacidad aplicada a Internet requiere que una medida restrictiva esté basada en “los principios generales de legalidad, necesidad y proporcionalidad”.⁸³

Otra de las cuestiones relevantes a considerar en relación con dicho informe es la relativa a las implicaciones de la tendencia de muchos gobiernos de recurrir al sector privado para solicitar información que será utilizada en sus actividades de vigilancia electrónica, siendo ésta también una cuestión a la que algunas autoridades de protección de datos han prestado especial atención⁸⁴ e incluso, sobre la que han propuesto acciones tales como que las empresas publiquen sus políticas de gestión de solicitudes gubernamentales.

⁸³ Informe del Alto Comisionado ya citado. Apartado 23.

⁸⁴ A modo de ejemplo, pueden verse Association of Francophone Data Protection Authorities (AFAPDP), “Resolution on mass surveillance”, Adoptée par la 9^{ème} Assemblée générale de l’AFAPDP le 25 juin 2015 à Bruxelles. Disponible, en francés, en el vínculo electrónico http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/AFAPDP_R%C3%A9solution_Surveillance-de-masse_20150626.pdf. También, International Working Group on Data Protection in Telecommunications, *Working Paper on Telecommunications Surveillance*, 31st meeting, 26/27 March 2002, Auckland, New Zealand. Disponible, en inglés, en el vínculo electrónico https://datenschutz-berlin.de/attachments/912/wptel_en.pdf?1352714651

mentales de acceso a datos y cuenten con el apoyo de las autoridades de protección de datos.⁸⁵

En concreto, los principios que deberían seguirse en materia de transparencia sobre las solicitudes gubernamentales de acceso a los datos, tal y como proponen algunas autoridades de protección de datos, son:⁸⁶

1. **Principio de responsabilidad (“*accountability*”)**: Lo que implica que las empresas deban ser responsables (“*accountables*”) en la gestión de las solicitudes gubernamentales de acceso a datos con fines no comerciales.
2. **Principio de transparencia**: Lo que significa que las organizaciones informen públicamente sobre la naturaleza y cantidad de publicaciones hechas en respuesta a solicitudes gubernamentales de acceso a la información.
3. **Principio de fiabilidad (“*reliability*”)**: De manera que los informes sean exactos (“*accurate*”) y completos.
4. **Principio de lealtad en los informes (“*reports should not mislead*”)**: En el sentido de que en la elaboración de informes o reportes sobre transparencia se debe evitar cualquier percepción engañosa a la que pudiera dar lugar la presentación de estadísticas incompletas.

⁸⁵ International Working Group on Data Protection in Telecommunications (IWGDPT), *Working Paper on Transparency Reporting: Promoting accountability when governments access personal data held by companies*, sesión 57, Seúl, 27-28 April 2015. Disponible, en inglés, en <https://datenschutz-berlin.de/attachments/1118/675.50.14.pdf?1435752521>

⁸⁶ *Idem*.

5. **Principio de comparabilidad (“comparability”)**: Lo que implica que las empresas deban buscar la comparabilidad de las estadísticas que publiquen, tanto por lo que se refiere a reportes de transparencia previamente publicados como a las estadísticas publicadas en otros.
6. **Principio de accesibilidad (“accessibility”)**: En virtud del cual, los reportes de transparencia deberían publicarse en una forma y en un lugar que sean accesibles de manera efectiva para el público, los medios de prensa y otras partes interesadas.

Junto con la elaboración de reportes o estadísticas sobre las solicitudes de acceso gubernamental, y por lo que se refiere a los usuarios, son múltiples las cuestiones que se plantean, no necesariamente nuevas y sí de casi constante actualidad, como el uso del cifrado, el anonimato o el uso de pseudónimos que siguen requiriendo considerar la posibilidad de su uso dentro de los límites de la ley de manera que los usuarios puedan preservar su privacidad en Internet. Por tanto, habrá que seguir atendiendo a la evolución de estas cuestiones para ver cómo lograr un debido equilibrio sobre una cuestión que es claramente compleja.

6.2. *La privacidad en Internet de los menores*

Los menores, niños y niñas, requieren también una atención especial por lo que se refiere a su derecho a la privacidad en Internet.⁸⁷

⁸⁷ Sobre ello véase entre otros LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., MORA PRATO, Nora y SORZANO VOLART, Carmen (coord.), *Menores y nuevas tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y redes sociales*,

En relación con el derecho a la privacidad en Internet de los menores es importante tener en consideración la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,⁸⁸ de manera que aquí se entiende que tienen también dicho derecho, ya que el artículo 13 lista “de manera enunciativa más no limitativa” los derechos de los menores.

Sin perjuicio de lo anterior, en particular, en el apartado segundo del artículo 76, incluido en Capítulo Décimo Séptimo relativo al derecho a la intimidad, indica que “[n]iñas, niños y adolescentes no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de información o datos personales, incluyendo aquélla que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que atenten contra su honra, imagen o reputación”.

Dicha previsión es relevante y aplicable a Internet, si bien quizás hubiera sido deseable una referencia expresa al entorno electrónico, pues debe hacerse una interpretación lógica de manera que la correspondencia incluye la electrónica, que es la que utilizan, en particular así como de forma habitual y masiva, los menores.

Tecnos, Madrid, 2012. ORNELAS, Lina y DE GREGORIO, Carlos G. (coords.). *Protección de datos personales en las redes sociales digitales: En particular de niños y adolescentes. Memorandum de Montevideo*, Ed. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, 2011. PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.). *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, REUS, Madrid, 2011.

⁸⁸ Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de abril de 2014. Disponible en el vínculo electrónico http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf

No obstante, son múltiples las cuestiones que, al igual que en el caso de los mayores, pueden darse en relación con la privacidad en Internet de los menores, debiendo aplicarse las mismas reglas de protección, lo que no obsta a que se haga de manera reforzada, dada la necesidad de considerar las cuestiones específicas que puedan plantearse, por ejemplo, en materia de consentimiento por quien tenga la patria potestad del menor, o la necesidad de que la información que se les proporcione sobre el tratamiento de sus datos personales deba adecuarse, en su redacción y presentación, a los mismos.⁸⁹

En definitiva, como indica el Memorándum de Montevideo,⁹⁰ en sus consideraciones generales, “debe protegerse la información personal de niñas, niños y adolescentes sin que se afecte su dignidad como personas ya que ellos tienen una expectativa razonable de privacidad al compartir su información en ambientes digitales”.⁹¹

⁸⁹ Cabe recordar que el anexo cuarto de Lineamientos del Aviso de Privacidad, relativo a las buenas prácticas sobre el tratamiento de datos personales de menores, indica que:

“**Cuarto.** Cuando el responsable trate datos personales de menores de edad o de personas que se encuentren en estado de interdicción o incapacidad establecida por ley, como buena práctica, el aviso de privacidad integral podrá informar sobre tal situación, señalando al menos lo siguiente:

I. Los mecanismos que tiene implementados para recabar el consentimiento de la persona que ejerce la patria potestad, o en su caso, del tutor o representante legal, de conformidad con las reglas de representación dispuestas en el Código Civil Federal, y

II. Las acciones, medidas y previsiones especiales que caractericen este tipo de tratamiento y que lleve a cabo el responsable, a fin de salvaguardar el derecho a la protección de datos personales de estos grupos de personas”.

⁹⁰ Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes, (Memorándum de Montevideo), Montevideo, 28 de julio de 2009. Disponible en el vínculo electrónico http://clickseguro.sep.gob.mx/archivos/Memorandum_Montevideo.pdf

⁹¹ Véase ORNELAS, Lina y DE GREGORIO, Carlos G. (coords.). *Protección de datos personales en las redes sociales digitales...*, *op. cit.*

6.3. Usuarios responsables

Sin perjuicio de los aspectos y cuestiones tratados en los apartados anteriores, la privacidad en Internet debe implicar también que quien es usuario tanto de Internet como de los servicios electrónicos, tales como correo electrónico, redes sociales, aplicaciones (“apps”), etc., haga un uso seguro y responsable de los mismos.⁹²

El usuario es también una de las partes interesadas, por lo que debe aprender qué es y cómo funciona Internet o los servicios electrónicos de los que haga uso, configurar las características y parámetros de privacidad que le permitan proteger sus datos personales y privacidad, ejercer de manera responsable sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como, entre otras acciones, hacer uso de contraseñas robustas y adoptar otras medidas que sirvan también para evitar el robo de su identidad.⁹³

En definitiva, la privacidad en Internet es uno de los objetivos que México comparte con otros países y organizaciones internacionales, debiendo

⁹² Cabe señalar que la concientización sigue siendo una cuestión prioritaria de las autoridades de protección de datos. En este sentido, el tema del Día de Internet 2016, en su duodécima edición, fue precisamente la protección de datos personales y la privacidad. Véase al respecto, entre otras, la nota de prensa de la Agencia Española de Protección de Datos disponible en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_02_08-ides-idphp.php

⁹³ Al respecto, puede verse, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *Guía para prevenir el robo de identidad, 10 consejos útiles para proteger tu identidad*, 2016. Disponible en el vínculo electrónico <http://inicio.inai.org.mx/nuevo/Guia%20Robo%20Identidad.pdf>

considerar que “[p]ara comprender el presente, y mirar al futuro, es indispensable ser conscientes del pasado”.⁹⁴

7. Conclusiones

Como ya he tenido oportunidad de señalar en ocasiones anteriores, es imprescindible que todos estemos concienciados sobre los riesgos a que nuestra privacidad está sometida. Concienciados no significa estar agobiados, desde luego, pero tampoco debemos resignarnos a carecer de privacidad o asumirlo como algo inevitable en la sociedad moderna.⁹⁵

La privacidad en Internet implica, por una parte, considerar todos los aspectos que se plantean, dada la diversidad de cuestiones que van desde el tratamiento de datos personales con fines de publicidad hasta la vigilancia electrónica, así como la interrelación que este derecho tiene con otros derechos humanos, tales como el derecho a la libertad de expresión.

La perspectiva internacional, basada en instrumentos vinculantes o no para México, debe tenerse siempre presente, siendo la Constitución el punto de conexión entre el marco normativo nacional y aquellos instrumentos, especialmente en el caso de la Declaración Universal de Derechos

⁹⁴ RODOTÀ, Stefano, “La conservación de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 3, 2006, pp. 53-60. Disponible en el vínculo electrónico <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2119702.pdf>

⁹⁵ *Ibid.*, p. 37.

Humanos, la Carta Americana de Derechos Humanos u otros documentos específicos en materia de privacidad en Internet.

Por último, la privacidad en Internet es una responsabilidad que, además de corresponder a gobiernos y empresas, debe involucrar también a los propios usuarios, quienes deben adoptar medidas para hacer un uso seguro de Internet y de otros servicios electrónicos. Y en cualquier caso, aunque la privacidad sea un concepto que no es fácil de definir, y aunque aplicada a Internet suponga la necesidad de tener consideración de diferentes y diversos aspectos, se trata de un derecho humano que encuentra su fundamento en instrumentos internacionales así como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

8. Bibliohemerografía

- ÁLVAREZ CARO, María, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, REUS, Madrid, 2014.
- DÍAZ BUCK, Anid Vanessa, “La Autorregulación en Redes Sociales como forma de garantizar los Derechos de Intimidad, Privacidad y Protección de Datos Personales”. *Nueva Época*, 2013, núm. 13. pp. 125-143.
- DRUMMOND, Víctor, *Internet, privacidad y datos personales*, REUS, Madrid, 2004.

- FUERTES, Mercedes, *Neutralidad de la red. ¿Realidad o utopía?*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GREGORIO, Carlos G. y ORNELAS NUÑEZ, Lina (coords). *Protección de datos personales en las redes sociales digitales: en particular de niños y adolescentes. Memorandum de Montevideo*. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos e Instituto de Investigación para la Justicia, México, 2011.
- Internet Society, *Introducción a la privacidad en Internet, Informe de la Internet Society*, Suiza, 2015. Disponible en <http://www.internetsociety.org/sites/default/files/ISOC-PolicyBrief-Privacy-20151030-es.pdf>
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., MORA PRATO, Nora y SORZANO VOLART, Carmen (coords.). *Menores y nuevas tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y redes sociales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, “¿Existe la privacidad?”, Lección magistral impartida en la Apertura Solemne del Curso Académico

en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, Madrid, España, 2008. Reproducido en Honorable Cámara de Diputados, Instituto Federal de Transparencia y Protección de Datos (IFAI) e ITAM, *Protección de Datos Personales, Compendio de lecturas y legislación*, Tiro Corto Editores, México, 2010.

- _____, “Redes Sociales y Privacidad Del Menor. Temas para el Debate”. En Piñar Mañas, José Luis, Rodotà, Stefano y Osorio Rodríguez, Ma. de los Ángeles (coords.), *Redes Sociales y Privacidad Del Menor*, REUS, Madrid, 2011, pp. 15-25.
- _____ (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, REUS, Madrid, 2014.
- _____ y ORNELAS NUÑEZ, Lina (Coords.). *La Protección de Datos Personales en México*. Tirant Lo Blanch, México, 2013.
- _____ y Recio Gayo, Miguel, *Código de Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, México, 2012.
- _____ (dir.), ÁLVAREZ CARO, María y RECIO GAYO, Miguel (coords.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, REUS, Madrid, 2016.

- RECIO GAYO, Miguel, *Protección de datos e innovación: ¿(in)compatibles?*, REUS, Madrid, 2016.
- RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- TOURIÑO, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, La Catarata, Madrid, 2014.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio, “Las Redes Sociales a la Luz De La Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales. Parte Dos”. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 16, 2013, pp. 27-39.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Keystones to foster inclusive Knowledge Societies, Access to information and knowledge, Freedom of Expression, Privacy, and Ethics on a Global Internet, Final Study*, France, 2015. Disponible, en inglés, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002325/232563E.pdf>
- VV.AA. *Global Survey on Internet Privacy and Freedom of Expression*, UNESCO Series on Internet Freedom, UNESCO Publishing, France, 2012. Disponible, en inglés, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002182/218273e.pdf>

- World Economic Forum. *Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust*, Switzerland, 2014. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_RethinkingPersonalData_ANewLens_Report_2014.pdf

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL. RETOS FRENTE A LA PRIVACIDAD

*María Solange Maqueo Ramírez**

Sumario: 1. Introducción. 2. Fundamentos del derecho a la libertad de expresión. 3. Desarrollo jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión. 4. Internet como medio de expresión. 5. Bibliografía.

Palabras clave: Libertad de expresión; Derechos Humanos; Privacidad; Derechos Personales e Internet.

1. Introducción

El derecho a la libertad de expresión, a pesar de tener un amplio reconocimiento expreso en nuestro sistema jurídico, tanto en el orden nacional como internacional, es objeto de innumerables disquisiciones. Su alcance y efectividad usualmente se colocan en el centro del debate. Ello obedece, en cierta medida, a que los medios de intercambio de ideas, opiniones,

* Doctora por la Universidad de Salamanca, España. Profesora Investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Nivel I SNI. Correo: maria.maqueo@cide.edu

pensamientos y, en general, cualquier tipo de información, están en constante evolución. Sin duda alguna, la aparición de Internet ha supuesto una importante transformación de las formas disponibles para ejercer este derecho humano.

Como ha puesto de manifiesto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la naturaleza multidireccional e interactiva de Internet, su diseño descentralizado y abierto, así como su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo lo dotan de “un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información [...]”.¹ De esta forma, Internet se convierte en una poderosa herramienta para garantizar el pleno goce y disfrute del derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, esta situación también implica que los medios a través de los cuales se puede coartar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se vuelvan más sofisticados y, por ende, subrepticios. Basta con limitar el uso o acceso a Internet o, en su caso, afectar su propia configuración, para considerar que existe un posible límite o restricción al derecho a la libertad de expresión. De tal forma que “los mecanismos de dominación y de limitación de los derechos humanos en el [...] *ciberespacio* tienen más que ver con la limitación del acceso a las condiciones necesarias (ya sean

¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Libertad de Expresión e Internet*, Informe OEA/Ser.LN/II, de 31 de diciembre de 2013, párr. 36.

técnicas, económicas o culturales) que permitirían el desarrollo de formas más avanzadas de participación pública y de intercambio y libre expresión de ideas y creencias”.²

Ahora bien, dadas sus propias características, los potenciales riesgos que se derivan del uso inadecuado de Internet se potencializan. De tal forma que, si bien Internet es una poderosa herramienta para el ejercicio de los derechos humanos, también puede suponer un importante riesgo para el disfrute de los mismos, especialmente tratándose del derecho a la privacidad y, en general, de los derechos de la personalidad.

Así, la posible tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad admite una doble formulación: por un lado, el derecho a la privacidad puede ser concebido como un límite o restricción del derecho a la libertad de expresión o, en un sentido inverso, el derecho a la libertad de expresión puede considerarse como un límite o restricción del derecho a la privacidad. Todo lo cual denota la necesidad de armonizar ambos derechos y de establecer sus respectivos alcances cuando los mismos entran en conflicto.

Ello, por supuesto, no implica que la libertad de expresión y la privacidad siempre estén en una posición antagónica. De hecho, hay un gran

² BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *CTS+I: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, núm. 1, septiembre-diciembre, 2001, p. 3.

número de situaciones en las que la privacidad de las personas se torna necesaria para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión. A manera de ejemplo considérese el anonimato en la utilización de Internet, que a la vez que promueve un espacio libre de injerencias en la vida privada de las personas, garantiza la plena libertad para expresar ideas y opiniones sin el temor a recibir algún tipo de represalias por la emisión de las mismas.

De acuerdo con lo anterior, este trabajo pretende sistematizar algunos de los criterios más relevantes emitidos tanto a nivel internacional como nacional, que permiten establecer el contenido y configuración del derecho a la libertad de expresión y, con ello, estar en posibilidad de identificar aquellos estándares relevantes para su armonización frente al derecho a la privacidad, con especial énfasis en el entorno digital. Si bien el punto de partida obedece a la relación entre ambos derechos de manera genérica (lo que incluye cualquier medio de expresión), la particular configuración y diseño de Internet nos llevan a considerar algunas de sus características específicas.

2. Fundamentos del derecho a la libertad de expresión

2.1. En el ámbito internacional

El derecho humano a la libertad de expresión se encuentra reconocido de manera explícita en prácticamente todos los instrumentos internacionales,

que dan origen a los diversos Sistemas de Derechos Humanos de los que México es parte.

Por lo que hace al Sistema Universal de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París por la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 (III), el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 19 que:

[...]

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Con un mayor desarrollo, este dispositivo se recoge, ya con un carácter vinculante, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y en vigor a partir del 23 de marzo de 1976. Al respecto, este Pacto Internacional establece en su artículo 19 lo siguiente:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral.

Así, como puede observarse, este ordenamiento internacional permite establecer tanto el contenido del derecho a la libertad de expresión como sus posibles límites. Sobre estos últimos cabe observar que tienen un carácter taxativo (entre los que cabe destacar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás), están sujetos a una reserva de ley y deben guardar relación con una “necesidad”. A todo lo cual cabe añadir la previsión expresa de contenidos no protegidos dentro de este derecho, consistentes en particular en “la propaganda a favor de la guerra”, así como “la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” (Artículo 20 PIDCP).

De igual forma, en consonancia con el proceso de codificación de los Derechos Humanos pero ahora a nivel regional, el Sistema Interamericano

de Derechos Humanos también adopta de manera expresa el derecho a la libertad de expresión. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, señala en su Artículo IV que: “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

De acuerdo con lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-12), en San José de Costa Rica, adoptada el 22 de noviembre de 1969 y, en vigor desde el 18 de julio de 1978, indica en su Artículo 13, intitulado “Libertad de Pensamiento y de Expresión”, que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *a)* el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o *b)* la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Si bien, el propio Artículo 13 de la CADH establece en forma muy amplia el derecho a la libertad de expresión, lo que hasta cierto punto ya denota la relevancia que se le concede dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en apoyo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, emitió una “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”, adoptada

durante su 108o. periodo de sesiones, celebrado en Washington del 2 al 20 de octubre de 2000. En esta Declaración de Principios se especifica que:

[...]

La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación [...], debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión. (Principio 5).

Cabe hacer notar que esta propia Declaración, a pesar de estar dirigida a reforzar el derecho de libertad de expresión, establece algunos criterios generales de *habeas data*, especialmente al referirse, en el Principio 3, al derecho de acceso y rectificación de la información personal contenida en bases de datos o registros tanto públicos como privados. De igual forma establece que:

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo

intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. (Principio 10).

De esta forma, esta Declaración de Principios ya denota la constante preocupación que genera el derecho a la privacidad como un posible argumento para coartar el derecho a la libertad de expresión. Pero en cualquier caso, esta Declaración reconoce que el ámbito de protección de la privacidad de las personas que tengan relevancia para el interés público, sea por su función o por la realización de ciertas actividades, es presumiblemente menor frente a la libertad de expresión. De tal forma que este criterio orientativo ya establece un parámetro específico para ponderar ambos derechos ante circunstancias en las que impere el interés público, donde el umbral de protección de la privacidad de los funcionarios públicos se asume menor.

2.2. En el ámbito nacional

De igual forma, en el ámbito nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el derecho a la libertad de expresión.

El primer párrafo del artículo 6o. de esta Norma Fundamental establece de manera textual que “[l]a manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público”.

Por su parte, el artículo 7o. señala que “[e]s inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio”. Además, el citado precepto precisa que “no se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, [...] por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones”. En el segundo párrafo de esta misma disposición señala que “[n]inguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución”.

Así, puede observarse que nuestro orden constitucional se alinea con lo dispuesto tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De esta forma, “[n]o parece haber complejidades graves [...] en el juego intra-constitucional de normas cuando de la consagración nuclear de la libertad de expresión se trata: los significados son fundamentalmente coincidentes y claros”.³

3. Desarrollo jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión

Ahora bien, sin dejar de reconocer la relevancia que tiene la base textual de los derechos humanos, a partir de la cual se funda cualquier operación

³ POU GIMÉNEZ, Francisca, “La libertad de expresión y sus límites”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, José Luis CABALLERO y Christian STEINER (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, SCJN/UNAM/Fundación Konrad Adenauer, México, 2013, p. 908.

orientada a explorar su significación e implicaciones jurídicas, es necesario analizar su desarrollo interpretativo, pues el mero texto de los instrumentos internacionales no informa por sí mismo “de su vida real o esperada”.⁴ En ese sentido, ha sido fundamentalmente la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los órganos jurisdiccionales en México que cuentan con facultades para ello, la que desarrolla el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión.

Sólo para efectos expositivos, el análisis de estos criterios de interpretación, que nos permitan establecer las características y alcances del derecho a la libertad de expresión, se agrupa en varios ejes temáticos: 1) Dimensiones; 2) El estándar democrático; 3) Prohibición de la censura previa, y 4) Limitaciones a la libertad de expresión.⁵ Este último comprende los requisitos y estándares necesarios para ponderar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la privacidad.

3.1. Dimensiones

En la primera resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la interpretación del artículo 13 de la CADH, emitida con motivo de una Opinión Consultiva formulada por el Gobierno de Costa Rica y a

⁴ *Ibid.*

⁵ Cfr. BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos J., “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, en Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, SCJN/Fundación Konrad Adenauer, México, 2014, p. 323.

propósito de diversas disposiciones legales que preveían la colegiación obligatoria de periodistas, este Tribunal puso de manifiesto que la libertad de expresión, misma que “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, se caracteriza por ser un derecho con dos dimensiones, una individual y otra colectiva o social. Ello es así puesto que la libertad de expresión “[...] requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.⁶

En su dimensión individual, la Corte establece que la libertad de expresión comprende tanto el derecho a expresarse como “el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número posible de destinatarios [...] de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente”.⁷ En otras palabras, esta dimensión de la libertad de expresión es la que permite que este derecho se comprenda dentro de los llamados derechos de libertad o derechos-autonomía, “dirigidos a sustentar el espacio de autonomía personal

⁶ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 30.

⁷ *Idem.*, párr. 31. Asimismo, véase el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párr. 146; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, párr. 64; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C, núm. 111, párr. 78; *entre otros*.

de los individuos y a permitirles la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión”.⁸

Por lo que hace a su dimensión social, la Corte Interamericana ha establecido que “la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. [...] Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.⁹

Cabe decir que estas dos dimensiones de la libertad de expresión no se oponen, de hecho son igualmente relevantes e interdependientes, de tal forma que se requiere su garantía simultánea para dotar de efectividad al derecho consagrado por la CADH.¹⁰

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en diversas ocasiones, de manera consistente con la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el derecho a la libertad de

⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, en Eduardo DUHALDE (Coord.), *Anuario de Derecho a la Comunicación*, año 1, vol. 1, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2000. Disponible en: <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/05/EL-ACCESO-A-LA-INFORMACIÓN-COMO-DERECHO.pdf> [Consulta realizada el 15 de febrero de 2016].

⁹ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 7, párr. 32.

¹⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Informe OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF2/09, de 30 de diciembre de 2009, párr. 16.

expresión no sólo protege un espacio de autonomía personal de los individuos, sino que también garantiza un espacio público de deliberación política.¹¹ En consecuencia, la afectación del derecho a la libertad de expresión, en el sentido adoptado por este Alto Tribunal, puede generarse tanto en la dimensión individual como en la colectiva.¹²

Ciertamente la relevancia de esta distinción en las dimensiones del derecho a la libertad de expresión se relaciona de manera directa con el contenido de la información, ideas u opiniones que se pretenden comunicar. De tal forma que la dimensión individual de la libertad de expresión implica que “el contenido del mensaje no necesariamente debe ser de interés público para encontrarse protegido”.¹³

3.2. *El estándar democrático*

La Corte Interamericana ha puesto de manifiesto la relevancia del derecho a la libertad de expresión para la propia existencia de las sociedades demo-

¹¹ Tesis aislada 1a. XXXI/2016 (10a.). INTERÉS LEGÍTIMO EN AMPARO CONTRA LEYES PENALES. SE ACTUALIZA ANTE NORMAS CUYA MERA EXISTENCIA GENERA UN EFECTO DISUASIVO EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala, Décima Época, 19 de febrero de 2016. Reg. IUS 2010970.

¹² Tesis aislada 1a. XXX/2016 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. TIPOS DE AFECTACIÓN RESENTIBLE A CAUSA DE NORMAS PENALES, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala, Décima Época, 19 de febrero de 2016. Reg. IUS 2010973.

¹³ Tesis aislada 1a. CDXX/2014 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala, Décima Época, 5 de diciembre de 2014. Reg. IUS 2008100.

cráticas. Se trata de un derecho necesario para la formación de la opinión pública¹⁴. Además, cabe destacar que simultáneamente es una herramienta para controlar el funcionamiento de las instituciones políticas,¹⁵ toda vez que “la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”.¹⁶ Así, sin la plena vigencia de este derecho humano no puede haber Estados democráticos y sin democracia, se resquebrajan otros derechos fundamentales. En ese sentido, la libertad de expresión se constituye en una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales y, a la vez, en una forma de ejercicio de la democracia.¹⁷

En ese sentido, en opinión de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la importancia de la libertad de expresión se deriva de su triple función en el sistema democrático: *a*) refleja el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros los pensamientos, esto es, en su dimensión individual; *b*) tiene una relación estructural con la democracia, pues implica “el ejercicio pleno del derecho a expresar las propias ideas y opiniones y a circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que

¹⁴ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 70.

¹⁵ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la Libertad de Expresión*, México, IJ/UNAM, 2004, p. 85.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párr. 87.

¹⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, p. 85.

nos conciernen a todos” y, finalmente, c) se trata de una herramienta indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.¹⁸

De igual forma, en el ámbito nacional, la estrecha relación entre el derecho a la libertad de expresión y la democracia misma no ha pasado desapercibida. De hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado el papel fundamental del derecho a la libertad de expresión para el funcionamiento adecuado de la democracia representativa, toda vez que promueve el debate abierto sobre los asuntos públicos. Así, este Tribunal considera que la libertad de expresión cumple con diversas funciones, entre las que se encuentran la apertura de los canales para el disenso y el cambio político, la generación de contrapesos para el ejercicio del poder y la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y la consolidación de un electorado debidamente informado.¹⁹

3.3. Prohibición de la censura previa

La Corte Interamericana ha puntualizado en diversas ocasiones que la CADH establece una prohibición general de la censura previa “la cual es incompatible con la plena vigencia de los derechos humanos previstos por

¹⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, supra nota 11, párr. 7 a 9.

¹⁹ Tesis aislada 1a. CDXIX/2014 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN POLÍTICA DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL, Primera Sala, Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 5 de diciembre de 2014.Reg. IUS 2008101.

el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”.²⁰ Un ejemplo de lo anterior, que permite clarificar el alcance de esta prohibición, lo podemos encontrar precisamente en la interpretación sistemática que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CADH y nuestra Constitución, en el sentido de considerar que incluso las medidas cautelares derivadas de una orden judicial que restringen el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se constituyen en una forma de censura previa.²¹

Así, dados los términos en los que se expresan estos tribunales, la doctrina ha considerado que la prohibición de la censura previa es “prácticamente absoluta”.²² Todo lo cual no obsta para reconocer que a pesar de estar prohibida la censura previa, los Estados tienen la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, como veremos más adelante.

²⁰ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 7, párr. 38.

²¹ Tesis aislada 1a. CLXXXVII/2012 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE RESTRINGEN SU EJERCICIO CONSTITUYEN ACTOS DE CENSURA PREVIA. Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, septiembre de 2012. Reg. IUS 2001680.

²² BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos J., “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, *op. cit.*, p. 325.

En relación con lo anterior, la CADH establece la prohibición de restricciones mediante vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, sea por parte del Estado o bien de particulares. Como reafirma la Corte “la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente ‘la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’, sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los ‘controles... particulares’ mencionados en el párrafo 3 del artículo 13”.²³

Ciertamente, los medios a través de los cuales se limita la libertad de expresión no necesariamente son de fácil identificación. De hecho, la Corte Interamericana ha puesto de manifiesto que existen tanto supresiones “radicales”, como “no radicales” de la libertad de expresión. Sin duda, estas últimas son las que presentan una mayor complejidad no sólo en su identificación, sino también en su calificación de ilegítimas. Al respecto, este Tribunal ha establecido que “no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la

²³ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 48.

difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”.²⁴

3.4. Limitaciones a la libertad de expresión

En diversas ocasiones la Corte Interamericana ha puesto de manifiesto que la libertad de expresión no es un derecho humano absoluto.²⁵ Esto significa que el derecho a la libertad de expresión es susceptible de admitir ciertos límites y restricciones, siempre que se encuentren dentro de los parámetros establecidos por la propia CADH y, por ende, que cumplan con los requisitos esenciales que permitan afirmar su legitimidad.

En términos del artículo 13 de la propia Convención, existen tres supuestos que admiten la imposición de límites o restricciones a la libertad de expresión. Por una parte, están los medios de derecho doméstico que limitan el acceso de los menores de edad a ciertos espectáculos públicos. Por otra parte, este instrumento internacional es claro en dejar fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión cualquier apología del odio nacional, racial o religioso, así como la incitación a la guerra.

²⁴ *Ibidem*, párr. 54.

²⁵ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 17, párr. 54; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, supra nota 8, párr. 95; *Caso Mémoli vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C, núm. 265, párr. 123; entre otros.

Finalmente, las limitaciones al derecho a la libertad de expresión pueden derivarse de responsabilidades ulteriores —por la vía civil, penal o, incluso, administrativa— impuestas para garantizar el respeto a los derechos o la reputación de los demás frente a un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, así como por razones de seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.²⁶

Precisamente con motivo de la imposición de responsabilidades ulteriores por parte del Estado en el ejercicio de la libertad de expresión es que la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de analizar de manera conjunta este derecho humano y el derecho a la privacidad, también comprendido en el artículo 11 de la CADH. De ahí que sea este supuesto en el que centraremos nuestra atención.

Al respecto, cabe precisar que para que las responsabilidades ulteriores que se deriven del ejercicio del derecho a la libertad de expresión puedan considerarse como una limitación o restricción legítima, requieren de cumplir con ciertos requisitos esenciales, además de, por supuesto, cumplir con las garantías judiciales y de debido proceso. En términos generales,

²⁶ Nuestros tribunales se han pronunciado en este mismo sentido y con una referencia explícita a los límites admitidos por la CADH. Al respecto véase la siguiente Tesis jurisprudencial: I.4o.A.13 K (10a.). “CENSURA PREVIA. ESTÁ PROHIBIDA POR LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACIÓN Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, A MENOS DE QUE SE ACTUALICE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN SU ARTÍCULO 13, NUMERAL 4.”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, febrero de 2013, Reg. IUS 2002720.

estos requisitos de legitimidad son los siguientes: 1) Que estén previamente fijadas por la ley; 2) Que respondan a una finalidad legítima; y 3) Que sean necesarias en una sociedad democrática. Todo lo cual incluye que las medidas restrictivas del derecho a la libertad de expresión atiendan a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad propuesta (esto es, el llamado “test tripartito”).²⁷ Estos requisitos de legitimidad son necesariamente concurrentes o acumulativos, es decir, que para considerar que la imposición de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión es conforme a la CADH es necesario que se actualice el cumplimiento de todos y cada uno de ellos.

Por lo que hace al requisito de que la medida restrictiva de la libertad de expresión encuentre un sustento legal, la Corte Interamericana ha precisado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr los fines que la propia Convención señala. [...] la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa”.²⁸ Así, este requisito implica que cualquier límite o restricción del derecho a la libertad de expresión debe de estar previsto en la ley, tanto en su sentido formal como material.²⁹

²⁷ Cfr. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Libertad de Expresión e Internet*, supra nota 2, párr. 55.

²⁸ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 7, párr. 40.

²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 17, párr. 63.

Respecto de la búsqueda de finalidades legítimas que justifiquen la imposición de medidas restrictivas a la libertad de expresión, la Corte ha reiterado que estas finalidades están contempladas por el propio artículo 13.2 de la CADH. De tal forma que el derecho a la vida privada (en el que se comprende la privacidad), la reputación y la honra son sin duda ejemplos de estas finalidades, pues además de estar consagrados en el artículo 11 de la misma, se trata de derechos de terceros cuya vulneración por el ejercicio de la libertad de expresión pudiera dar lugar a responsabilidades ulteriores.

Cabe decir que la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre los derechos consagrados por el citado artículo 11 de la CADH en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.³⁰ En ambos casos, se trata de derechos reconocidos por el texto de la Convención, de ahí que no haya duda de que la imposición de responsabilidades ulteriores cuyo objetivo pretenden garantizar el honor, la reputación y, en general, la vida privada de las personas se considere como un objetivo legítimo.³¹ No obstante, para que estas medidas

³⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 17; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, supra nota 8; *Caso Mémoli vs. Argentina*, supra nota 26; *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, núm. 193.

³¹ Cabe advertir que si bien el artículo 11 de la CADH establece diversos derechos, aunque interrelacionados entre sí, la propia Corte IDH ha reconocido de manera expresa que "... los estándares que ha utilizado respecto a la protección de la libertad de expresión en los casos de los derechos a la honra y a la reputación son aplicables, en lo pertinente ..." a otros casos también previstos en el mismo

sean consideradas conformes a los estándares de protección previstos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es necesario, a su vez, el cumplimiento de los demás requisitos de legitimidad.

El tercer requisito para considerar que una medida que limita el ejercicio de la libertad de expresión es legítima atiende a que se trate de restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática. Esta interpretación sugiere que “la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.³² Asimismo, este Tribunal entiende por “necesaria”, “la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción”.³³

En ese sentido, para determinar la “necesidad” de una medida restrictiva a la libertad de expresión, así como su “idoneidad” es necesario comprender el análisis de las alternativas para alcanzar el fin legítimo perseguido y, con ello, determinar su mayor o menor lesividad.

En los casos en los que la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de ponderar el derecho a la libertad de expresión frente a los derechos consagrados por el artículo 11 de la CADH, se ha referido a la imposición

dispositivo, entre los que se encuentran el derecho a la privacidad e intimidad de las personas. Al respecto, véase la Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, supra nota 31, párr. 59.

³² Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 7, párr. 46.

³³ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, supra nota 31, párr. 54.

de responsabilidades ulteriores, tanto civiles como penales, por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión que conlleva la violación de los derechos a la honra, la reputación y la privacidad e intimidad de las personas.

Al respecto, este Tribunal ha afirmado que si bien las sanciones penales son el medio más restrictivo y severo para castigar una conducta ilícita y, por ende, deben adquirir un carácter excepcional,³⁴ lo cierto es que en ocasiones se justifica su utilización. De hecho, ha reiterado en diversas ocasiones que “[t]anto la vía civil como la vía penal son legítimas, bajo ciertas circunstancias y en la medida que reúnan los requisitos de necesidad y proporcionalidad [...]”.³⁵ De ahí que la Corte no estime contraria a la CADH la imposición de responsabilidades ulteriores que se deriven de la expresión de informaciones u opiniones que afecten la vida privada o intimidad personal. Pero en cualquier caso, es necesario ponderar la conducta del emisor, las características del daño causado y otros datos que permitan determinar la necesidad de recurrir a las sanciones.³⁶

De igual forma, la imposición de responsabilidades ulteriores que limitan el ejercicio de la libertad de expresión en aras de garantizar el derecho a la privacidad de las personas tiene que cumplir con el requisito

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 17, párr. 72 y ss.

³⁵ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, supra nota 31, párr. 55; *Caso Mémoli vs. Argentina*, supra nota 26, párr. 126.

³⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, supra nota 31, párr. 56.

de “proporcionalidad”, esto es, que las medidas restrictivas adoptadas no resulten exageradas o desmedidas frente a las ventajas que se obtienen de su aplicación. Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que “la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”.³⁷

En una clara alusión a los criterios establecidos dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Corte reitera que tratándose de temas de notorio interés público “no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”.³⁸

En cualquier caso, la Corte Interamericana ha sido consistente en reafirmar los diferentes umbrales de protección de los derechos a la privacidad,

³⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 17, párr. 84.

³⁸ *Ibidem*, párr. 88.

honra y reputación tratándose de los funcionarios públicos o de personas cuya actividad tiene un carácter de interés público. De hecho, en el caso *Fontevicchia y D'Amico*, relativo a la difusión de información personal del entonces presidente de Argentina, Carlos Saúl Menem, este Tribunal dejó entrever que este umbral de protección es aún menor tratándose de funcionarios públicos electos popularmente, donde el escrutinio social es necesariamente mayor, “no solo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público”.³⁹

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al indicar que “las personas con proyección pública deben admitir una disminución en la protección a su vida privada, siempre y cuando la información difundida tenga alguna vinculación con la circunstancia que les da proyección pública, o ellos la hayan difundido”.⁴⁰

De esta forma, el criterio relevante para analizar conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad no es propiamente la veracidad de la información, sino la relevancia pública de la información que revela datos relativos a la vida privada de una persona.⁴¹

³⁹ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, supra nota 31, párr. 59.

⁴⁰ Tesis aislada 1a. XLVI/2014 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL INTERÉS PÚBLICO CONSTITUYE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN PARA DIFUNDIR INFORMACIÓN PRIVADA. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Primera Sala, Décima Época, 14 de febrero de 2014, Reg. IUS 2005538.

⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y a la vida privada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVII, diciembre 2004, pp. 139 y ss.

A todo lo cual se añaden, por supuesto, las características que permiten determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas que restringen la libertad de expresión, antes indicadas.

En la gran mayoría de los asuntos en los que la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de referirse a los derechos consagrados por el artículo 11 de la CADH frente al derecho a la libertad de expresión, ha prevalecido ésta por considerar precisamente que la revelación de dicha información, si bien implica una injerencia en la vida privada de las personas, presenta una trascendencia para el interés público, sea por involucrar a funcionarios públicos, figuras públicas o hechos relacionados con el funcionamiento de las instituciones del Estado.⁴² Así, es prácticamente una posición común que en los casos de conflicto entre el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos frente al derecho a la libertad de expresión “el ejercicio de ponderación debe partir de la [...] prevalencia *prima facie* de libertad de expresión [...]”,⁴³ lo cual tiene importantes consecuencias para determinar a quién le corresponde la carga de la prueba.

No obstante, en el *Caso Mémoli vs. Argentina*, la Corte Interamericana tuvo la ocasión de referirse a un conflicto entre libertad de expresión y los

⁴² Cfr. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, supra nota 8; *Caso Kimel vs. Argentina*, supra nota 17; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, supra nota 31, y; *Caso Fontevecchia y D’Amicovs. Argentina*, supra nota 31.

⁴³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, supra nota 11, párr. 105.

derechos consagrados por el artículo 11 de la CADH (específicamente por lo que hace a la honra y reputación de las personas) donde el interés público de la información no era evidente, pues no se trataba de funcionarios públicos, figuras públicas o cuestiones tan directamente relacionadas con el funcionamiento del Estado. En este caso y por primera ocasión, la Corte Interamericana consideró que las medidas restrictivas a la libertad de expresión, consistentes en la imposición tanto de sanciones civiles como penales por la comisión del delito de injurias previsto en la legislación argentina, eran legítimas. Entre otras consideraciones, este Tribunal concluyó que la información difundida por los Señores Mémoli, a través de medios de comunicación periodística, no tenían relevancia o trascendencia para el interés público pues “se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, sólo afectarían a los miembros de una Asociación Mutua de carácter privado, [...]”.⁴⁴ Ello, contrario a los propios argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que la información vertida por los Señores Mémoli sí trataba asuntos de interés público por implicar un supuesto manejo irregular de bienes públicos y la posible comisión de un delito en el manejo de la propiedad pública, todo lo cual debería de estar abierto al debate público.⁴⁵

De esta forma, si bien podría afirmarse que hasta el momento la Corte Interamericana le ha otorgado un lugar privilegiado al derecho a la libertad

⁴⁴ *Caso Mémoli vs. Argentina*, supra nota 26, párr. 146.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 114.

de expresión frente a la privacidad, especialmente en aquellos casos en los que es notoria la relevancia pública de la información que se expresa, lo cierto es que el *Caso Mémoli* pone de manifiesto que no siempre es sencillo determinar cuándo las opiniones, ideas o informaciones en general presentan un efectivo interés público. Hasta el momento no se cuenta con criterios jurisprudenciales suficientes en el ámbito internacional que permitan esclarecer sus contornos, especialmente cuando la información en cuestión no se refiere de manera directa y expresa a funcionarios públicos o a las actividades relacionadas con el funcionamiento del Estado. Es así que no es adecuado ni legítimo afirmar de manera contundente que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos le otorga un mayor peso a la libertad de expresión frente al derecho a la privacidad. Todo dependerá, a fin de cuentas, de las circunstancias específicas de cada caso.

Aunado a lo anterior, cabe considerar un estándar adicional necesario para determinar la posible existencia de un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión en aquellos casos en los que la información vertida se considera de relevancia pública. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha introducido el llamado estándar de “real malicia” o “malicia efectiva”,⁴⁶ que implica demostrar la intención específica de injuriar, ofender o menospreciar a otro, mismo que a su vez ha sido tomado en diferentes ocasiones por nuestro Máximo Tribunal.

⁴⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 207, párr. 86.

De hecho, de manera reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de precisar el estándar de “malicia efectiva” a propósito de la resolución de un amparo directo en revisión promovido por el ex gobernador del estado de Aguascalientes, quien argumentaba la violación a su derecho a la privacidad, el honor y la reputación con motivo de diversas publicaciones realizadas mediante notas periodísticas.⁴⁷ Al respecto, la Corte sentó una tesis jurisprudencial de la que se deriva lo siguiente:

Conforme a esta doctrina, sólo puede exigirse a quien ejerce su derecho a la libertad de expresión o de información, responsabilidad ulterior por las opiniones o información difundida —de interés público— si se actualiza el supuesto de la malicia efectiva. Ahora bien, para que se actualice ésta no es suficiente que la información difundida resulte falsa, pues ello conllevaría a imponer sanciones a informadores que son diligentes en sus investigaciones, por el simple hecho de no poder probar en forma fehaciente todos y cada uno de los aspectos de la información difundida, lo cual, además de que vulneraría el estándar de veracidad aplicable a la información [y no propiamente a la libertad de expresión], induciría a ocultar la información en lugar de difundirla, socavando el debate robusto sobre temas de interés público que se persigue en las democracias constitucionales. Entonces, la doctrina de la “real malicia” requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación

⁴⁷ Amparo Directo en Revisión 3111/2013. Ministro ponente: Pardo Rebolledo.

sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar. Cabe agregar que, en torno al nivel de diligencia o negligencia del informador, la doctrina de la “malicia efectiva” señala que la mera negligencia o descuido no es suficiente para actualizarla, pues para ello se requiere un grado mayor de negligencia, una negligencia inexcusable, o una “temeraria despreocupación”, referida a un dolo eventual, lo que presupone la existencia de elementos objetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo sobre la inexactitud de los datos aportados, era consciente de esa inexactitud por las circunstancias de hecho del caso concreto y, además, disponía de los recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo, aquella inexactitud, y a pesar de ese estado de conciencia y de contar con los medios idóneos para corroborar la información, prescinde de ellos y decide exteriorizar los datos. Por tanto, la intención de dañar no se acredita mediante la prueba de cierta negligencia, un error o la realización de una investigación elemental sin resultados satisfactorios, sino que se requiere acreditar que el informador tenía conocimiento de que la información era inexacta, o al menos duda sobre su veracidad, y una total despreocupación por verificarla, pues sólo así puede acreditarse la intención de dañar.⁴⁸

⁴⁸ Tesis aislada 1a. XL/2015 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, 13 de febrero de 2015, Reg. IUS 2008412.

4. Internet como medio de expresión

Internet, como cualquier otro medio de comunicación, se comprende en el ámbito previsto por la CADH como instrumento para ejercer el derecho a la libertad de expresión, a pesar de la fecha en que la misma fue adoptada, cuando todavía era impensable su propia existencia. De hecho, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le concede a Internet un carácter especial por considerar que se trata de una “herramienta única de transformación”, dado el alto potencial que presenta para la realización efectiva y universal del derecho a buscar, recibir y difundir información.⁴⁹ Se trata de un instrumento que modifica el rol que desempeñan los demás medios tradicionales de comunicación social, tales como la radio, la televisión e, incluso, los periódicos,⁵⁰ hasta convertirse en el medio por antonomasia para que las personas se expresen de manera libre y abiertamente.

Bajo estas consideraciones, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha establecido una serie de principios generales que sirven de guía o criterios orientadores para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la

⁴⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Libertad de Expresión e Internet*, supra nota 2, párr. 53.

⁵⁰ DUTTON, William, et al., *Freedom of Connection—Freedom of Expression: The Changing Legal and Regulatory Ecology Shaping the Internet*, Report prepared for UNESCO's Division for Freedom of Expression, Democracy and Peace, Reino Unido, Oxford Internet Institute, 29 noviembre de 2010, p. 6.

libertad de expresión en el entorno digital, entre los que ocupa un lugar específico la privacidad de las personas.⁵¹

El primer principio consiste precisamente en el acceso a Internet en igualdad de condiciones. Ello implica no sólo la posibilidad de contar con la infraestructura necesaria para acceder al ecosistema *online*, sino también la implementación de políticas públicas que permitan erradicar la brecha digital, la alfabetización digital y la eliminación de cualquier barrera arbitraria para su uso y acceso. Así, en palabras de la Relatoría Especial, “el principio de acceso universal se refiere a la necesidad de garantizar la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, verdaderamente asequible y de calidad adecuada, a la infraestructura de Internet y a los servicios de las TIC”.⁵²

El segundo principio se refiere al pluralismo informativo. Ello implica la adopción de medidas que promuevan y mantengan el mayor número de voces y de contenidos posibles.⁵³ Tanto este principio como el anterior son consistentes y aplicables *mutatis mutandi* a cualquier medio de expresión. Sin embargo, en el entorno digital implica el sostenimiento del propio diseño y configuración de Internet como un medio multidireccional e interactivo, descentralizado, abierto y sin limitación de fronteras.

⁵¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Libertad de Expresión e Internet*, supra nota 2, párr. 14.

⁵² *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

⁵³ *Ibidem*, párrs. 18 y 19.

El tercer principio hace referencia a la no discriminación, de tal forma que se garantice el acceso y difusión de información en igualdad de condiciones, especialmente mediante acciones positivas dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad, “sin que haya un trato discriminatorio a favor de ciertos contenidos en Internet, en detrimento de aquellos difundidos por determinados sectores”.⁵⁴

En este tercer principio se inserta otro, con un carácter transversal respecto de los demás principios, que determina en gran medida la prohibición de restricciones ilegítimas para la utilización de Internet y, en consecuencia, para la libertad de expresión. Se trata del “principio de neutralidad de la red”, mismo que consiste en:

- a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.
- b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.⁵⁵

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 21.

⁵⁵ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la

A través del principio de neutralidad de la red se pretende garantizar que la utilización de Internet, sea como emisor o receptor de información, ideas u opiniones, no esté condicionada, restringida o direccionada por ningún medio de bloqueo, filtración o interferencia, a menos que exista una justificación que comprenda el cumplimiento de los requisitos de legitimidad aplicables para las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, antes vistas.⁵⁶

Finalmente, el cuarto principio hace referencia a la privacidad de las personas. Esto implica el pleno reconocimiento de que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión mediante la utilización de Internet no puede ser “abusiva”, de tal forma que pase por encima del derecho a la vida privada de las personas. Pero también implica, y quizá en ello está el énfasis de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que existe un espacio de privacidad en el entorno digital, libre de injerencias tanto del Estado como de terceros. En otras palabras, la privacidad no sólo se constituye en límite del derecho a la libertad de expresión, sino que también se constituye en un elemento esencial que garantiza su propia realización efectiva. En este sentido, la privacidad incluye, por ejemplo, “la preservación de plataformas

Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), adoptada el 1 de junio de 2011, numeral 5.

⁵⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Libertad de Expresión e Internet*, supra nota 2, párr. 25 y ss.

anónimas para el intercambio de contenidos y el uso de servicios de autenticación proporcionales”.⁵⁷

Entonces, hecha esta aclaración, es importante tener presente que cuando existe una posible tensión entre el derecho a la libertad de expresión en Internet y la privacidad de las personas, resultan aplicables los propios criterios de legitimidad establecidos para otras formas de comunicación que justifican la imposición de medidas restrictivas. De tal forma que la previsión en ley, la búsqueda de una finalidad legítima y la necesidad de que la medida sea necesaria en una sociedad democrática, lo que incluye, a su vez, los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad propuesta, se constituyen en elementos de análisis necesarios para determinar si las restricciones a la libertad de expresión, en aras de garantizar la privacidad de las personas, pueden considerarse como válidas.

En ese sentido, podríamos decir que la regla general es que el ejercicio de la libertad de expresión *online* sigue las mismas pautas de armonización y ponderación establecidas para otros medios de intercambio de información, opiniones, pensamientos o ideas.

Sin embargo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es clara en señalar que: “[a] evaluar la proporcionalidad de una restricción a

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 23.

la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto a los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses”.⁵⁸ Ello implica, también en términos de la propia Relatoría, que es necesario aplicar una “perspectiva sistémica digital”, que tome en consideración el propio diseño, características y configuración de la Red.⁵⁹

Sin duda alguna, el carácter universal, abierto y descentralizado de Internet, hacen que estas ideas cobren gran relevancia, toda vez que los límites y restricciones que se impongan dentro de la jurisdicción de un determinado país— lo que incluye medidas restrictivas dirigidas tanto a los generadores de la información como a los intermediarios que brindan servicios técnicos de Internet—, afectan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión con un alcance global. De ahí que las posibles restricciones específicas para el acceso a Internet y la expresión *online*, como es el caso del filtrado y bloqueo, deban adquirir un carácter excepcional.⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 54.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 56.

⁶⁰ *Cfr.* Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), adoptada el 1 de junio de 2011.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la justificación de los límites y restricciones impuestos a la libertad de expresión en el entorno digital en aras de proteger los derechos personales, tiene contornos inciertos y donde la interpretación jurisprudencial es aún escasa. Su desarrollo se hace imperioso especialmente para adoptar de manera efectiva la perspectiva sistémica digital. Ello podría revertir o, por lo menos, clarificar el sentido actual que se ha adoptado tras la resolución del ya paradigmático *Caso Costeja*, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶¹

5. Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, en Eduardo DUHALDE (Coord.), *Anuario de Derecho a la Comunicación*, año 1, vol. 1, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2000. Disponible en: <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/05/EL-ACCESO-A-LA-INFORMACIÓN-COMO-DERECHO.pdf> (Consulta realizada el 15 de febrero de 2016).
- BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos J., “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, México, SCJN/Fundación Konrad Adenauer, 2014.

⁶¹ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, Rec. 2012.

- BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *CTS+I: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, núm. 1, septiembre-diciembre 2001.
- DUTTON, William, *et al.*, *Freedom of Connection—Freedom of Expression: The Changing Legal and Regulatory Ecology Shaping the Internet*, Report prepared for UNESCO’s Division for Freedom of Expression, Democracy and Peace, Reino Unido, Oxford Internet Institute, 29 de noviembre de 2010.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites de la Libertad de Expresión*, México, IIJ/UNAM, 2004.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y a la vida privada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVII, diciembre 2004.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “La libertad de expresión y sus límites”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis CABALLERO y Christian STEINER (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN/UNAM/Fundación Konrad Adenauer, 2013.

- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Informe OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09, de 30 de diciembre de 2009.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Libertad de Expresión e Internet*, Informe OEA/Ser.L/V/II, de 31 de diciembre de 2013.

EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO DE INTERNET

*Olivia Andrea Mendoza Enriquez**

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación conceptual del secreto de las comunicaciones. 3. Secreto de las comunicaciones como un derecho humano. 4. Marco jurídico del secreto de las comunicaciones en México. 5. La sociedad de la información y los retos del Derecho. 6. La sociedad de la información y las nuevas fronteras de los derechos humanos. 7. Derechos humanos e Internet. 8. Secreto de las comunicaciones en Internet. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

Palabras clave: Internet; sociedad de la información y comunicación; derechos humanos; inviolabilidad; secrecía.

1. Introducción

El secreto de las comunicaciones encuentra su antecedente más relevante en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. El reconocimiento de esta figura jurídica como derecho humano ha permitido

* Doctoranda en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Profesora Investigadora de tiempo completo del Centro Público de Investigación y Desarrollo Tecnológico INFOTEC. Contacto: olivia.mendoza@infotec.mx

que sea incorporado a un gran número de legislaciones nacionales. En el caso particular de México, es un derecho fundamental protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, la aparición y desarrollo de nuevas tecnologías, particularmente las relativas a la información y comunicación en la sociedad digital, han traído de vuelta la discusión respecto al alcance de este derecho en ámbitos digitales.

Derivado de lo anterior, resulta necesario reflexionar respecto de la naturaleza jurídica de Internet, y del alcance del marco regulatorio nacional e internacional, para así determinar si éste resulta aplicable a las nuevas formas de interacción en Internet.

Para abordar este tema, es necesario decir que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), han traído innumerables beneficios y constituyen una de las características más importantes de la sociedad de la información y del conocimiento en la que estamos inmersos, pero también han supuesto una oportunidad única para vulnerar la esfera de los derechos humanos, particularmente al ser una herramienta idónea para contener y transmitir grandes cúmulos de información que circula a través de la Red. Si bien Internet sirve como herramienta de ejercicio de derechos humanos, también funge como instrumento de vulneración de los mismos, por lo que uno de los grandes retos radica en lograr un equilibrio entre el desarrollo tecnológico y la efectiva protección de derechos humanos en entornos digitales.

En este capítulo se hablará de los antecedentes del secreto de las comunicaciones, particularmente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para así dar una aproximación conceptual a esta figura jurídica en el ámbito nacional. En líneas posteriores analizaremos los alcances de la protección de la secrecía de las comunicaciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y reflexionaremos de los retos que ha supuesto la sociedad de la información y del conocimiento al derecho. Finalmente, propondremos algunos elementos para lograr la efectiva garantía del secreto de comunicaciones en ámbitos digitales, observando las variantes que confluyen en éstos.

2. Aproximación conceptual del secreto de las comunicaciones

Con la “denominación secreto de las comunicaciones” u otras como “inviolabilidad de la correspondencia”, se ha constituido una de las dimensiones o garantías “clásicas” de los derechos fundamentales que protegen la vida privada de la persona, aunque es ya, en definitiva, un derecho fundamental autónomo.¹

¹ DÍAZ REVORIO, Javier, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español”, en *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, 2006. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21770.pdf>.

En una aproximación conceptual del secreto de las telecomunicaciones, es importante destacar la Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, emitida por el Tribunal Constitucional español, la cual definió la libertad de las comunicaciones como:

Rectamente entendido, el derecho fundamental [al secreto de las comunicaciones] consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas.

El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del ‘secreto’— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).²

En esta interpretación del Tribunal Constitucional español, se establece la libertad de las comunicaciones como un derecho tutelado, lo cual

² Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984, citada en DÍAZ REVORIO, F, “El Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones...”, *op. cit.* 1, p. 127.

es semejante a lo establecido en la legislación mexicana al preverse la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En el contexto nacional, el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 05 de marzo de 2014, también da una definición de la intervención de comunicaciones privadas, al prever en el párrafo segundo del artículo 291, lo siguiente:

La intervención de comunicaciones privadas, abarca todo un sistema de comunicación, o programas que sean fruto de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos, que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, las cuales se pueden presentar en tiempo real o con posterioridad al momento en que se produce el proceso comunicativo.³

En este ordenamiento se desarrolla un concepto acorde a la evolución tecnológica en México, al prever que podría ser materia de intervención, tanto las comunicaciones en tiempo real como aquellas realizadas de manera previa a la intervención.

³ Código Nacional de Procedimientos Penales, consultado en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014

3. Secreto de las comunicaciones como un derecho humano

Como hemos dicho en líneas previas, el secreto de las comunicaciones tiene su antecedente más significativo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, al establecer en su artículo 12 lo siguiente:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.⁴

Esta disposición es trascendental para la regulación de la secrecía de las comunicaciones, ya que es la primera vez que adquiere el rango de derecho humano, con las implicaciones que esto conlleva; es decir, a partir de este momento es un derecho consagrado de carácter universal, y a la ratificación de este instrumento, su protección y cumplimiento adquiere el carácter de obligatorio por parte del Estado mexicano.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17 señala que:

⁴ Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.⁵

Dicho lo anterior, si bien encontramos los antecedentes históricos de la secrecía de las comunicaciones en la Nueva España, —a través de las Ordenanzas del Rey Don Carlos IV—, podemos decir que es a partir de 1948, en un reconocimiento inédito de la dignidad humana, que adquiere relevancia a escala internacional.

4. Marco jurídico del secreto de las comunicaciones en México

A manera de un breve antecedente histórico, encontramos que el proyecto de la Constitución Federal Mexicana de 1857, particularmente en su artículo 9, permitía la detención de la circulación de correspondencia privada y demás documentos circulantes, tratándose de interés de causa pública. Esta disposición fue inoperante ya que incluía un elemento subjetivo, al

⁵ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

determinar que el personal de correo tendría que dar una apreciación de aquellos documentos relacionados a la causa pública.⁶

El marco jurídico en materia de secrecía de las comunicaciones en México, ha tenido una evolución interesante reconociéndose este derecho en la Constitución y también al adaptarse en la medida de lo posible al desarrollo tecnológico, a través de la normativa secundaria.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 05 de febrero de 1917, en su texto original no contemplaba disposición específica alguna respecto de la intervención de telecomunicaciones.⁷ Fue a partir de 1996 cuando se reforman varios artículos de la Constitución, entre ellos el artículo 16, para establecer que en México las comunicaciones privadas son inviolables, y que únicamente la autoridad judicial federal, a petición del Ministerio Público Federal o de su homólogo en las entidades federativas, podía solicitar la intervención de las comunicaciones privadas. Quedaron exceptuadas de esta posibilidad de intervención las materias del orden electoral, fiscal, laboral, civil, mercantil o administrativo, y aquellas comunicaciones sostenidas por el detenido con su defensor.

⁶ Derechos del Pueblo Mexicano, *México a través de sus Constituciones*. H. Cámara de Diputados. LV Legislatura. México 1994. Tomo III, p. 210.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original publicado el 05 de febrero de 1917. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

Posteriormente, en 2008 se publicó una adición al artículo 16 constitucional a fin de prever la posibilidad de realizar intervenciones de comunicaciones privadas en cualquier materia, siempre y cuando la comunicación grabada fuera aportada por alguna de las partes que participaran en ella.

También se estableció la obligación de instaurar juzgados de control que dieran trámite a las solicitudes de intervención de comunicaciones, y llevar a cabo un registro de todas las comunicaciones sostenidas por Jueces y autoridades de investigación para estos fines.

Este texto se mantiene vigente en los párrafos 12 al 15 del citado artículo 16 constitucional, y se reproduce en su parte conducente:

Artículo 16. [...]

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El Juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con Jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre Jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.⁸

Los párrafos anteriores del artículo 16 establecen el concepto de inviolabilidad de las comunicaciones, el cual equivale a proteger aquellas

⁸ Disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>

comunicaciones privadas respecto de cualquier injerencia; sin embargo, se excluyen de este ámbito de protección aquellas comunicaciones aportadas por alguno de los participantes de la misma. Finalmente, establece que cualquier injerencia en las comunicaciones debe estar ordenada por una autoridad judicial competente.

En este sentido, cabe hacer mención de la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones está salvaguardado para terceros ajenos a las mismas; asimismo, establece que si uno de los participantes de la comunicación rompe la secrecía, no se considerará una violación al derecho fundamental consagrado en el artículo 16 constitucional.

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN. La reserva de las comunicaciones, prevista en el artículo 16, párrafos decimosegundo y decimotercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se impone sólo frente a terceros ajenos a la comunicación. De tal forma que **el levantamiento del secreto por uno de los participantes en la comunicación no se considera una violación a este derecho fundamental**. Lo anterior no resulta óbice para que, en su caso, se configure una violación al derecho a la intimidad dependiendo del contenido concreto de la conversación divulgada. Amparo en revisión 481/2008. 10 de septiembre de 2008. Cinco votos; José de Jesús Gudiño Pelayo reservó su derecho para formular voto concurrente.

Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo en revisión 650/2008. 26 de noviembre de 2008. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández; quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López. Amparo directo en revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldivar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Amparo directo en revisión 2934/2011. Inmobiliaria Eduardo, S.A. de C.V. 13 de junio de 2012. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. Amparo directo en revisión 2903/2011. Miriam Joaquina Espinosa Medina. 5 de septiembre de 2012. Cinco votos. José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. Tesis de jurisprudencia 5/2013 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de trece de marzo de dos mil trece.⁹

(Negritas agregadas por quien cita).

Por otro lado, la siguiente Tesis Aislada en materia Civil, establece lo procedente en relación a las comunicaciones obtenidas por un particular que no haya participado de la comunicación:

Registro No. 168917 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Fed-

⁹ Consultado en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/159/159859.pdf>

ración y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008 Página: 1273 Tesis: XXII.2o.21 C Tesis Aislada Materia(s): Civil GRABACIONES TELEFÓNICAS OBTENIDAS POR UN PARTICULAR FUERA DE LOS CASOS PERMITIDOS POR EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. CONSTITUYEN UNA PRUEBA CONTRARIA A DERECHO QUE NO DEBE SER ADMITIDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). Del análisis del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la exposición de motivos de la reforma efectuada a dicho numeral el día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, se advierte que la intervención de los medios de comunicación privada únicamente está permitida como una estrategia para combatir el crimen organizado, en los términos y con las condiciones que el propio numeral establece; sin embargo, cuando un particular realiza la intervención de alguna comunicación privada, ésta entraña una ilicitud constitucional, pues la primera parte del párrafo noveno del referido artículo 16 establece como principio universal que: “Las comunicaciones privadas son inviolables [...]”; en consecuencia, **las grabaciones telefónicas obtenidas fuera de los casos que prevé el invocado numeral, no pueden ser admitidas como medio de prueba en un procedimiento, porque al haberse obtenido a través de una conducta que entraña un ilícito constitucional, resulta evidente que se trata de pruebas contrarias a derecho, lo cual, vulnera no sólo la citada norma constitucional, sino lo que señala el artículo 266 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, en cuanto a que, para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, el juzgador puede valerse de cualquier persona,**

cosa o documento, sin más limitación que la consistente en que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 136/2008. 20 de mayo de 2008. Mayoría de votos. Disidente: Mario Alberto Adame Nava. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretaria: Susana Cuéllar Avendaño. (Negritas agregadas por quien cita).

Derivado de lo anterior, se observa que cualquier grabación telefónica (intervención de comunicaciones) formulada por un particular, fuera de los casos permitidos en el artículo 16 constitucional (quien aporte la comunicación haya sido parte de la misma), no será considerada como medio de prueba en un procedimiento, ya que vulnera al texto constitucional respecto a la secrecía de la información contenida en la comunicación y aquello dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro.

Finalmente, cabe mencionar que se ha establecido un alcance interesante del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas contenidas en dispositivos móviles:

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO.

En términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **para intervenir una comunicación privada se requiere autorización exclusiva de la autoridad judicial federal**, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, por lo que todas las formas existentes de comunicación y las que son fruto de la evolución tecnológica deben protegerse por el derecho fundamental a su inviolabilidad, como sucede con el teléfono móvil en el que se guarda información clasificada como privada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de ahí que **el ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se extiende a los datos almacenados en tal dispositivo, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video**. Por lo anterior, no existe razón para restringir ese derecho a cualquier persona por la sola circunstancia de haber sido detenida y estar sujeta a investigación por la posible comisión de un delito, de manera que si la autoridad encargada de la investigación, al detenerla, advierte que trae consigo un teléfono móvil, está facultada para decretar su aseguramiento y solicitar a la autoridad judicial la intervención de las comunicaciones privadas conforme al citado artículo 16 constitucional; sin embargo, **si se realiza esa actividad sin autorización judicial, cualquier prueba que se extraiga, o bien, la que derive de ésta, será considerada como ilícita y no tendrá valor jurídico alguno**.¹⁰ (Negritas agregadas por quien cita).

¹⁰ Tesis jurisprudencial: 1a./J. 115/2012. “DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS”. Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro XVII, febrero de 2013, Tomo I, p. 431. Reg. IUS 2002741.

De manera general podemos concluir que la intervención de comunicaciones privadas, de conformidad con el artículo 16 constitucional, se debe realizar únicamente mediante el mandato de la autoridad judicial correspondiente, y en el caso de que un particular llevara a cabo dicha intervención incurriría en un delito. Aunado a lo anterior, no se considerará una vulneración a la disposición constitucional si alguna de las partes que haya intervenido en la comunicación levanta la secrecía de la misma.

Finalmente, en este apartado hablaremos de la legislación secundaria que contiene disposiciones relativas a la intervención de comunicaciones en México.

4.1. Ley de Vías Generales de Comunicación

Artículo 571.- Los concesionarios o permisionarios que intervengan o permitan la intervención de comunicaciones sin que exista mandato de autoridad judicial competente, o que no cumplan con la orden judicial de intervención, serán sancionados con multa de diez mil a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse la infracción y deberán pagar la reparación del daño que resulte. En caso de reincidencia se duplicará la multa señalada.¹¹

¹¹ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/73_181215.pdf

4.2. Código Nacional de Procedimientos Penales

Artículo 291.

La intervención de comunicaciones privadas, abarca todo un sistema de comunicación, o programas que sean fruto de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos, que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, las cuales se pueden presentar en tiempo real o con posterioridad al momento en que se produce el proceso comunicativo.

El contenido de este artículo es aplicable a la telefonía móvil y equipos de cómputo y refleja la incorporación del desarrollo tecnológico a la norma. En este rubro vale la pena destacar que las comunicaciones a través de Internet configuran claramente en lo dispuesto por el citado artículo; sin embargo, como se verá más adelante, la principal complejidad para el efectivo cumplimiento de lo previsto es la falta de vinculación entre autoridades locales y grandes empresas trasnacionales que, en la mayoría de las ocasiones, desconocen la jurisdicción local del territorio en el que prestan sus servicios. En este sentido, aunado a la norma, se debe hacer un trabajo de vinculación con la empresa que permita disminuir los tiempos de actuación, a fin de crear acuerdos de colaboración, que para el caso particular, sirvan para evitar y combatir delitos. Aunado a lo anterior, se deberá hacer siempre

una ponderación respecto a los derechos en pugna, tratándose en este caso del derecho a la secrecía de las comunicaciones a la luz del derecho a la seguridad e impartición de justicia que pudieran tener terceros.

Se resalta el papel de las buenas prácticas como elemento que contribuye a generar confianza digital y permite colaborar con autoridades locales, a fin de lograr los objetivos de la norma.

En el mismo sentido, el artículo 294 del ordenamiento en comento establece el objeto de la intervención:

Artículo 294. Objeto de la intervención. Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. En ningún caso se podrán autorizar intervenciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su Defensor. El Juez podrá en cualquier momento verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, decretar su revocación parcial o total.¹²

¹² Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_120116.pdf

Resulta importante destacar que se reserva una facultad para el Juez, a fin de ordenar la revocación total o parcial de la intervención de comunicaciones en caso de que se hayan vulnerado los términos autorizados.

En caso de que, derivado de una intervención de comunicaciones privadas, se tuviera conocimiento de la comisión de un delito distinto a aquel que haya motivado la medida, se hará constar dicha situación a fin de iniciar una nueva investigación; asimismo, cuando derivado de la intervención de comunicaciones privadas, se advierta que es necesario intervenir a otros sujetos o lugares, será el Ministerio Público el competente para solicitar al Juez la orden de ampliación correspondiente.

Por otro lado, se deberán registrar todas las intervenciones de comunicación privada, acreditando que no se alteró la fidelidad, autenticidad y contenido de las mismas. Esta disposición ha planteado retos a la autoridad investigadora en México, a fin de contar con los conocimientos legales y técnicos necesarios que permitan ofrecer la comunicación como un medio de prueba idóneo.

Cuando se haya concluido la intervención, se informará al Ministerio Público del desarrollo y resultados de la misma para levantar el acta correspondiente. Cualquier intervención que se haya realizado sin la autorización del Juez de Control carecerá de valor probatorio; asimismo, al término de la intervención el órgano jurisdiccional solicitará la destrucción de los registros de la intervención que no se relacionen con la comisión de delitos.

Para el cumplimiento de las disposiciones jurídicas mencionadas en líneas previas, resulta primordial la colaboración de los concesionarios, permisionarios y demás titulares de medios o sistemas susceptibles de intervención, a fin de que colaboren con la autoridad competente en términos de las investigaciones respectivas. En este sentido, un elemento técnico que obstaculizaba dicha colaboración, era la imposibilidad de guardar los registros de fechas previas, por lo que a mandato de ley, tuvieron que hacer las adaptaciones técnicas correspondientes.

Finalmente, decir que la norma incluye un deber de secrecía de quienes participen de la intervención de comunicaciones privadas y que los concesionarios podrán proporcionar información en tiempo real de la localización de equipos de comunicación móvil asociados a hechos investigados.¹³

4.3. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

En concordancia con las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, encontramos la reciente Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

¹³ La geolocalización es una práctica relativamente nueva que ha tenido auge gracias al desarrollo tecnológico, particularmente de dispositivos móviles con acceso a Internet. Es también llamada georreferenciación y consiste en proporcionar una ubicación geográfica de modo automático de un objeto en un sistema de coordenadas determinado.

Este ordenamiento establece la obligación de los concesionarios de telecomunicaciones y, en su caso, los autorizados y proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos para atender todo mandamiento por escrito, fundado y motivado de la autoridad competente en los términos que establezcan las leyes.¹⁴

Un elemento a resaltar es que esta Ley establece que los titulares de las instancias de seguridad y procuración de justicia podrán solicitar la colaboración de los concesionarios; sin embargo, no define una lista de las autoridades que son consideradas en este rubro. Al tratarse de una limitación, o en su caso vulneración de un derecho fundamental consagrado en la Constitución, resulta necesario que se acote claramente quiénes podrían tener dichas facultades.

Esta legislación reitera la colaboración con las instancias de seguridad, procuración y administración de justicia, en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil, de acuerdo con los lineamientos expedidos por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones.¹⁵

¹⁴ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_090616.pdf

¹⁵ Dichos lineamientos fueron publicados el 2 de diciembre de 2015 a través del Acuerdo mediante el cual, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones expide los Lineamientos de Colaboración en Materia de Seguridad y Justicia y modifica el plan técnico fundamental de numeración, publicado el 21 de junio de 1996. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5418339&fecha=02/12/2015

Aunado a lo anterior, se deberán conservar los datos necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de las comunicaciones de telefonía móvil, tales como el número de destino, modalidad de líneas con contrato o plan tarifario, fecha, hora y duración de la comunicación, así como el servicio de mensajería o multimedia y la identificación y características técnicas de los dispositivos.

Para tales efectos, el concesionario deberá conservar los datos referidos durante los primeros 12 meses en sistemas que permitan su consulta y entrega en tiempo real a las autoridades competentes, a través de medios electrónicos. Concluido el plazo, el concesionario deberá conservar los datos por 12 meses adicionales en sistemas de almacenamiento electrónico.

Adicionalmente, los concesionarios deberán realizar la suspensión del servicio de los equipos o dispositivos terminales móviles reportados como robados o extraviados, a solicitud del titular.

Finalmente, el último párrafo del artículo 190, establece la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y que exclusivamente la autoridad judicial federal podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada.

5. La sociedad de la información y los retos del Derecho

El término “sociedad de la información” se utilizó por primera vez en 1993 en el Consejo de Europa con sede en Bruselas, en donde se elaboró el

documento denominado *White Paper on Competitiveness, Growth and Employment*, el cual estableció las bases para el desarrollo de las economías europeas, destacando la utilización de las tecnologías en la sociedad de la información.¹⁶

De esta forma se vislumbraba la importancia de las TIC en las sociedades postmodernas. Particularmente Internet constituyó el gran paradigma, consecuencia del desarrollo tecnológico iniciado en los años setenta, consolidado en los ochenta y generalizado en los noventa, al ser el medio de información y comunicación más emblemático de la época.¹⁷

En espacios cibernéticos como Internet, el intercambio de información y la comunicación entre individuos ha superado el pronóstico propuesto en la modernidad, lo cual permite que sea una herramienta colaborativa, de comunicación y de acceso a la información; pero, a su vez, un instrumento idóneo para captar o interceptar información protegida en términos de la legislación internacional y nacional.

Derivado de lo anterior, y atendiendo al vertiginoso desarrollo tecnológico, el ámbito jurídico ha tenido que dar una respuesta tardía a las

¹⁶ DEVOTO, Mauricio, *Comercio electrónico y firma digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Argentina, Ed. La Ley, 2001, p. 28.

¹⁷ Las TIC han permitido enfatizar la brecha entre modernidad y postmodernidad, relacionando a la primera, con medios de comunicación tradicionales tales como la imprenta, telégrafo, radio, televisión, teléfono, entre otros, y a la segunda, con la aparición de nuevas tecnologías de la información, creando así medios globales, especialmente el Internet.

vulneraciones, particularmente en la esfera de los derechos humanos. En este sentido, temas tales como la jurisdicción aplicable ante un conflicto en el ámbito tecnológico, las autoridades competentes con facultades plenas de emitir resoluciones o sentencias vinculatorias, así como la legislación aplicable en un entorno global, son temas que han quedado pendientes de resolver por el Derecho.

En la postmodernidad que nos toca vivir, el motor de la producción y riqueza de una nación es la información y no así la producción característica de las eras anteriores. En relación a lo anterior, la agricultura tuvo una transición relativamente lenta a la era industrial, pero el cambio paradigmático a la era digital ha sido rápido y vertiginoso, lo que explica la intervención tardía del ámbito jurídico.

La sociedad de la información, de la que hablamos en líneas previas, rige sus aspectos más importantes en la tecnología y avances científicos, y surge gracias a la convergencia tecnológica (computadoras, medios de telecomunicación e intercambios de recursos). Hoy día hablamos de sociedades cibernéticas globales en las que, pese a la contradicción de la propia denominación, la conexión cibernética ha servido para disminuir o abatir distancias y fronteras, pero al mismo tiempo ha propiciado una menor interacción entre los miembros de dicha sociedad.

6. La sociedad de la información y las nuevas fronteras de los derechos humanos

El preámbulo del reconocimiento de los derechos humanos surge de la organización de la comunidad internacional en junio de 1945, bajo la forma de las Naciones Unidas, la cual estuvo motivada expresamente por “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, que aparece en la Carta de las Naciones Unidas.

Dicho reconocimiento se manifiesta de manera expresa con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyos postulados fueron incluidos en muchas de las constituciones de posguerra, y posteriormente en Tratados y Convenios internacionales relacionados de una u otra forma con la protección de estos derechos.¹⁸

Los derechos humanos surgieron en un clima cultural ilustrado de la modernidad y fueron formulados como categorías que pretendían expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana, como conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos.¹⁹

¹⁸ LEFRANC WEEGAN, Federico, *Los límites de la interpretación de la dignidad humana. La presencia Kantiana en su concepción jurídica actual*. Tesis Doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, ed. Universitas, Madrid, 2012, p. 13.

El nacimiento del Estado constitucional de Derecho no es casualidad ya que se origina de la necesidad de garantizar a los ciudadanos derechos fundamentales, y de delimitar la actuación del propio Estado. Este modelo privilegia los derechos humanos,²⁰ entendidos como derechos inherentes a todos los individuos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.²¹

Dicho lo anterior, los derechos humanos al igual que todos los aspectos de una sociedad, han evolucionado. Esta perspectiva evolutiva implica el reconocimiento de nuevos derechos que intentan dar respuesta a las nuevas necesidades históricas y, por otro lado, suponen la redimensión de viejos derechos.

En el terreno de la sociedad tecnológica y los derechos humanos, muchos han sido los efectos producidos por el avance tecnológico, lo cual implica nuevos retos en la regulación jurídica de temas como la privacidad, la intimidad y el derecho a la protección de los datos personales.

En este sentido, habrá que decir que los derechos humanos se formaron en sociedades en las que los cambios se producían de manera lenta, por lo que la ciencia jurídica se hallaba en condiciones de poder asumirlos

²⁰ La Carta Internacional de Derechos Humanos está contenida en diversos instrumentos, entre los cuales destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con sus dos Protocolos Facultativos.

²¹ Refiere a la definición de derechos humanos establecida por la Organización de las Naciones Unidas. Consultada el 25/10/2012 en: <http://www.un.org/es/globalissues/humanrights/>

y alojarlos en los correspondientes conceptos jurídicos;²² sin embargo, hoy en día la sociedad de la información, plantea nuevos retos al ámbito jurídico en relación a los derechos humanos, ya que el desarrollo tecnológico es tan rápido que no permite una respuesta idónea desde el Derecho.

Estos retos versan en tener categorías de análisis y comprensión de los nuevos fenómenos tecnológicos, a fin de salvaguardar los derechos humanos conocidos en el ámbito tradicional.

Introducir la variable tecnológica significa atender a la necesidad de traducir el discurso de los derechos humanos en términos que puedan abarcar también a la ciencia y la tecnología, en virtud de que éstos son elementos que modifican el concepto de espacio o ámbito en el que se manifiestan, profundizan y desarrollan los derechos humanos en general. De tal forma que este nuevo contexto abre nuevas perspectivas para comprender de una forma más amplia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al surgir problemas éticos, políticos y jurídicos que tienen que ver con nuestros derechos.²³

El desarrollo tecnológico como característica esencial de nuestra sociedad trae como consecuencia la necesidad de repensar nuestra condición

²² PÉREZ LUÑO, Enrique, *op. cit.*, nota 19, p. 9.

²³ Véase PESCHARD MARISCAL, Jacqueline, "El derecho fundamental a la protección de datos personales en México", en PIÑAR MAÑAS, José Luis y ORNELAS NÚÑEZ, Lina (coord.), *La Protección de Datos Personales en México*, Tirant lo Blanch, México, 2013, p. 21.

humana y el discurso ético de los derechos humanos; asimismo, nos lleva a reflexionar en torno a las políticas y los derechos que reconocen el nuevo contexto tecnológico y sus implicaciones sociales.²⁴

Los derechos humanos juegan un rol importante en la sociedad de la información y comunicación, en virtud de la globalización tecnológica, los derechos humanos ejercidos a través de nuevas tecnologías, la libre circulación de la información y finalmente, la protección de los datos personales.

7. Derechos humanos e Internet

Las TIC han posibilitado que los seres humanos podamos establecer una comunicación sin límites de espacio y tiempo. También han permitido nuevas formas de acceso y ejercicio de derechos humanos, propiciando sociedades más democráticas. En este sentido, Internet constituye la gran revolución de nuestro tiempo y sus efectos, como hemos dicho, también se proyectan en la esfera de las libertades.²⁵

En esas coordenadas se está iniciando un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendiente al reconocimiento del derecho a la libertad informática y a la facultad de autodeterminación en la esfera informativa.²⁶

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibidem*, nota 23, p. 22.

²⁶ *Ibidem*, pp. 22-23.

Es evidente, por tanto, que para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema nodal el establecimiento de garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades.²⁷

En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea, todos los ciudadanos, desde el nacimiento, nos encontramos expuestos a violaciones a la intimidad cometidas por el uso y abuso de las TIC.

Esta proyección de los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humana incide también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad. La libertad en las sociedades más avanzadas, se halla acechada por el empleo de técnicas informáticas de control individual y colectivo que comprometen o erosionan gravemente su práctica. Contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro periodo histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tienen acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute.²⁸

Finalmente, resulta oportuno decir que si bien el acceso a Internet por sí mismo, no constituye un derecho humano, sí resulta una herramienta o instrumento de acceso al ejercicio de derechos humanos.

²⁷ *Idem.*

²⁸ PÉREZ LUÑO, Enrique, *op. cit.*, nota 18, p. 23.

8. Secreto de las comunicaciones en Internet

Los avances tecnológicos del día a día han permitido eliminar las fronteras de las limitaciones humanas, teniendo como sustento el progreso de la técnica y el desarrollo científico; sin embargo, estos dos postulados, no llevan implícito *per se* un beneficio otorgado a las personas.

Hoy día hemos avanzado hacia una sociedad del conocimiento con nuevas formas de vida sintética y de inteligencia artificial, en donde la tecnología se encuentra implícita en los procesos diarios e incluso hemos planteado la singularidad tecnológica como solución al mejoramiento de la condición humana; sin embargo, estos desarrollos en la mayoría de ocasiones no consideran la dignidad humana²⁹ como la encargada de establecer el límite respecto al avance de la técnica y de la ciencia, por lo que uno de los grandes pendientes de la postmodernidad radica en el desarrollo y la utilización de las TIC, respetando dicha dignidad en todo momento.

Cuando hablamos de la secrecía de las comunicaciones en Internet, es importante destacar que recientemente los Estados han tenido interés en la supervisión de contenidos a través de la Red, atendiendo a los ataques

²⁹ La invocación a la dignidad humana en el derecho apareció ligada a las atrocidades cometidas por el régimen nacionalsocialista. Su comprensión, que ha sido paulatina, requiere asumir esta relación, porque tan paradigmático resultó el reconocimiento de la dignidad en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH), como particulares fueron los procesos que llevaron a la perpetración del Holocausto. Consultado en: LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana*, Ubijus, México, 2011, p. 296.

terroristas de los últimos días y del interés en garantizar la seguridad nacional. En este sentido, encontramos una colisión de derechos entre la no injerencia a la vida privada en una de sus acepciones (secrecía de las comunicaciones) y la seguridad nacional, por lo que resulta necesaria una ponderación de derechos para determinar aquel que deba prevalecer sobre los demás.

En el mismo sentido, en el contexto internacional se impulsan diversos instrumentos jurídicos que permiten la injerencia en las comunicaciones a través de Internet, tales como el Convenio de Budapest o el Manual de Tallín.³⁰

Dicho lo anterior, la injerencia en las comunicaciones en el ámbito de Internet también suponen una violación a la regulación tradicional que se ha hecho, ya que si bien el derecho tutelado es la secrecía, éste no cambia

³⁰ El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, mejor conocido como Convenio de Budapest, invita a los Estados firmantes a colaborar a escala internacional, a fin de combatir el *cibercrimen*. El objeto de este instrumento a la luz de los derechos humanos tendría implicaciones respecto a la secrecía de las comunicaciones en Internet, ya que habilita la facultad del Estado para supervisar e interceptar comunicaciones presuntamente vinculadas a delitos cometidos en el ámbito digital.

Por otro lado, el Manual de Tallín (*Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*) emitido por el Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de OTAN (CCD COE), con el objetivo de examinar cómo aplicar las normas existentes del derecho internacional a la Ciberguerra, impone a los Estados responsabilidades —debida diligencia— respecto de las actuaciones que pudieran cometer personas ubicadas físicamente en su territorio, en detrimento de otro Estado a través de Internet. También habilita a los actores estatales, no solo a interceptar comunicaciones, sino a supervisar de manera constante todo aquel flujo de información que sea circulado por personas con ubicación física en su territorio (vinculados o no con delitos o acciones en detrimento de un país), para así detectar cuando se pudiera cometer algún acto de los catalogados como Ciberguerra. Cabe destacar que este instrumento no hace diferencia respecto a quienes pudieran realizar una acción en detrimento de otro país, ya que pueden ser personas físicas o actores estatales. Las complejidades en el cumplimiento de las obligaciones impuestas resultan evidentes, al dejar a la luz la necesaria supervisión de las comunicaciones en Internet.

respecto de los medios que contengan información, por lo que la vigilancia cibernética que los Estados pudieran realizar, será considerada una violación al secreto de la comunicación, ya que en la mayoría de los casos, se trataría de comunicaciones no vinculadas a hechos delictivos.

Es importante destacar que existe una diferencia entre las comunicaciones contenidas en Internet y aquellos datos de tráfico; es decir, por una parte podríamos encontrar comunicaciones contenidas o almacenadas en servicios de cómputo en la nube y por otro lado, comunicaciones en circulación a través de redes sociales o servicios de mensajería. Dicho lo anterior, la injerencia en las comunicaciones de ambos ejemplos, constituiría una violación a la secrecía de las mismas en Internet.

Otro de los aspectos a considerar en el secreto de las comunicaciones en el ámbito de Internet, es que el mundo digital ha tenido un gran desarrollo como modelo de negocio, impulsado desde Estados Unidos de Norteamérica. Actualmente la mayoría de empresas que ofrecen servicios de tecnología fueron constituidas en dicho país, por lo que las reglas son distintas, considerando las dos familias jurídicas en interacción: el *common law* o derecho anglosajón, y el derecho continental o la familia romano germánica.

Dicho lo anterior, es necesario destacar que las comunicaciones contenidas y circulantes en servicios ofrecidos por empresas estadounidenses, son susceptibles de interceptación en cualquier momento, atendiendo como antecedente a las disposiciones de la Patriot Act (*Uniting and Strengthening*

America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act), y a la plena vigencia de las mismas a través de la Ley *USA Freedom Act* del 2 de junio de 2015.³¹ La diferencia en términos generales, es que la primera permitía una vigilancia indiscriminada de las comunicaciones en Internet, —que, como se dijo, también aplica a ciudadanos de otros países— y la segunda solo permite la interceptación de comunicaciones en situaciones especiales, solicitando a los prestadores de servicios de telecomunicaciones almacenen los datos e información de los usuarios por un periodo de tiempo, en caso de que pudieran ser requeridos por la autoridad competente (modelo similar a la intervención de comunicaciones en México).³²

9. Conclusiones

La utilización de nuevas tecnologías, particularmente Internet, ha permitido que podamos acceder y compartir información, hacer compras electrónicas,

³¹ Instrumentos jurídicos con disposiciones similares tuvieron un desarrollo significativo a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, ya que en el marco de la guerra contra el terrorismo, se aplicaron normas de Estado de Excepción, con el argumento de salvaguardar la seguridad nacional. Estas acciones implicaron un significativo acotamiento de los derechos civiles tanto de ciudadanos estadounidenses, como del resto de países en el mundo. Es interesante analizar que en términos del derecho internacional, existe una vulneración a la soberanía de los Estados, que ha sido aceptada a la luz de los actos terroristas.

³² Uno de los objetivos de la *Patriot Act* era la obtención de la información de cualquier ciudadano, lo cual significó un estado de vigilancia constante con la finalidad de tener el control de la información —comunicaciones— en Internet. En un principio la duración de la *Patriot Act* fue declarada limitada, pero su aplicación fue prolongada por el Senado estadounidense en dos ocasiones (2006 y 2011). La última ampliación fue por un periodo de cuatro años, que terminaron en 2015. En junio de 2015 fue emitida la Ley *USA Freedom Act*, en la cual las partes de la Ley anterior que habían caducado fueron restauradas y tendrán vigencia hasta 2019. La única disposición modificada de manera significativa es la 215 con el fin de impedir al servicio de inteligencia NSA continuar con sus programas de vigilancia masiva e indiscriminada.

consultar redes sociales, etc.; sin embargo, también ha supuesto un instrumento idóneo de vulneración de derechos humanos. En este sentido, el marco jurídico por sí mismo, no podrá salvaguardar derechos como la privacidad o la protección de datos personales, si no está acompañado de políticas públicas, modelos de confianza digital y buenas prácticas.

En lo que respecta al secreto de las comunicaciones es un derecho reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la normativa secundaria, por lo que es obligación de autoridades y prestadores de servicios de telecomunicaciones dar cabal cumplimiento a las disposiciones limitativas de los casos en los que se podrá intervenir las comunicaciones de usuarios.

Si bien es cierto que el desarrollo tecnológico es rápido y vertiginoso, la figura actual de protección permite aplicar las disposiciones normativas al ámbito digital. No obstante lo anterior, tratándose de Internet, se deberá observar lo relativo a la jurisdicción competente, acuerdos de cooperación con las empresas de telecomunicaciones y facultades de las autoridades para solicitar intervenciones.

Finalmente, habrá que decir que la transparencia de las solicitudes de intervención de comunicaciones que emita el Estado mexicano otorgará certeza respecto a que no se trata de intromisiones arbitrarias por parte de las autoridades.

10. Bibliografía

10.1. Libros

- *Derechos del Pueblo Mexicano*, México a través de sus Constituciones. H. Cámara de Diputados. LV Legislatura. México 1994. Tomo III, p. 210.
- DEVOTO, Mauricio, *Comercio electrónico y firma digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Argentina, La Ley, 2001.
- DÍAZ REVORIO, F. Javier, “El Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, s.d., pp. 125-145. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21770.pdf>.
- LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la dignidad humana*, México, Ubijus, 2011.
- PÉREZ LUÑO, Enrique, *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, España, Universitas, 2012.
- PESCHARD MARISCAL, Jacqueline, “El derecho fundamental a la protección de datos personales en México”, en PIÑAR MAÑAS, José

Luis y ORNELAS NÚÑEZ, Lina (coords.), *La Protección de Datos Personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

10.2. Páginas de Internet

- DÍAZ REVORIO, Javier, El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21770.pdf>.
- LEFRANC WEEGAN, Federico, *Los límites de la interpretación de la dignidad humana. La presencia Kantiana en su concepción jurídica actual*. Tesis Doctoral de la Universidad de Barcelona.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, consultado en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014
- UNESCO, Declaración Universal de Derechos Humanos, OREALC/UNESCO Santiago. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>
- OHCHR, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original publicado el 05 de febrero de 1917: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

- <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>
- <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/159/159859.pdf>
- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/73_181215.pdf
- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_120116.pdf
- http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5418339&fecha=02/12/2015
- <http://www.un.org/es/globalissues/humanrights/>

DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO DE INTERNET

*Eduardo de la Parra Trujillo**

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos sustantivos. 3. Aspectos procesales. 4. Conclusiones.

Palabras clave: Derechos de autor, Internet, derechos humanos, propiedad intelectual, México, puesta a disposición, autores.

1. Introducción

El propósito del presente trabajo es dar una visión panorámica a la situación de los derechos de autor en Internet, tanto en los aspectos sustantivos como en los adjetivos, poniendo énfasis en la tutela constitucional a los derechos de autor.

Se omite en este estudio la situación del tema en el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) por no estar todavía aprobado

* Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Abogado postulante y profesor de la Facultad de Derecho de UNAM y del Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (IPIDEC). Datos de localización: eduardo.delaparra@delaparra.com.mx, <https://www.facebook.com/DeLaParraAsociados>.

por el Senado (y no formar parte aun de nuestro ordenamiento jurídico), aunque cabe decir que este tratado, de aprobarse, tendrá mucha incidencia en México a propósito de la protección procesal de los derechos de autor en Internet. Asimismo, por cuestiones de espacio (más no de relevancia), no trataremos el tema del sistema de responsabilidades de los proveedores de servicios de Internet (ISP).

2. Aspectos sustantivos

En primer lugar, corresponde aludir a la regulación de fondo aplicable a los derechos de autor en el ámbito de Internet, es decir, cómo aplican tales derechos.

2.1. *¿Derechos de autor en Internet?: el falso cuestionamiento inicial*

A pesar de que Internet forma parte importante de las relaciones humanas desde hace más de 20 años, todavía hoy es común escuchar voces que afirman que los derechos de autor no aplican o no existen en Internet. Ese cuestionamiento, falso desde las postrimerías del siglo pasado, es hoy francamente inadmisibles a la luz de las normas jurídicas (nacionales e internacionales) aplicables.

En efecto, no sólo partimos de la base de que la llamada “primera generación de pensamiento sobre Internet”¹ (que postulaba que Internet

¹ LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, Nueva York, 1999, p. 24.

no podía regularse y que era —y debía seguir siendo— algo ajeno al mundo del Derecho,² sólo susceptible de autorregulación) ha sido superada y de que la doctrina más destacada considera que Internet debe regularse para evitar que prevalezcan los poderes fácticos (ley del más fuerte) en perjuicio de los usuarios de Internet;³ sino también, hay que considerar que nunca han existido razones de fondo para tener a Internet como algo que escapa a la regulación de los derechos de autor (al menos en los países ajenos a la familia del *common law* —sistema de *copyright*—). Lo anterior en atención a dos razones: el carácter omnicompreensivo de los derechos de explotación de autor, y la protección iusfundamental a los derechos de autor. Podríamos dar cuenta de otras razones adicionales pero con estas dos basta.

2.1.1. El carácter omnicompreensivo de los derechos de explotación y la máxima de neutralidad tecnológica

Los derechos de explotación (término más preciso y moderno para lo que tradicionalmente se conoce como “derechos patrimoniales”) son aquellos que permiten *autorizar o prohibir cualquier utilización pública* de una obra,⁴

² Algunos califican esta postura de “alergia” inicial al Derecho en el ámbito de Internet. *Cfr.* ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, Porrúa/UP, México, 2011, p. 55.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Internet y los derechos humanos”, *Derecho y conocimiento*, España, Universidad de Huelva, vol. 2, 2002, p. 109; OLIVER, Paulo, “Pirataria: direito autoral e tecnologia” en PIMENTA, Eduardo Salles (coord.), *Estudos de combate à pirataria em homenagem ao desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*, Letras Jurídicas, Brasil, 2011, p. 562; LESSIG, Lawrence, *op. cit.*, p. 24.

⁴ Por ejemplo, *vid.* DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 30; y SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, Porrúa/IJ-UNAM, México, 1998.

incluso sin fines de lucro⁵ (esto último es fácilmente apreciable en cualquier ley autoral, incluyendo la mexicana).⁶ Esto implica un carácter general u omnicomprendivo de los derechos de explotación, ya que *prima facie* cubren todo acto de explotación o utilización pública de las obras, de manera que las facultades del derecho de explotación señaladas en las leyes no están sometidas a *numerus clausus*, sino que sólo recogen las formas más comunes de explotación, pero no quedan descartadas otras maneras de explotación no mencionadas.⁷

Al respecto, con las claras palabras de Delia Lipszyc en su clásica obra en la materia: “Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado [...] porque los derechos patrimoniales

⁵ Bien explica Litman: “The public appears to believe that copyright law incorporates a distinction between commercial and noncommercial behavior [...] that has never, ever been the rule”. LITMAN, Jessica, *Digital copyright*, Prometheus Books, Nueva York, 2001, p. 180.

Mientras que Ribera Blanes refiere: “el aspecto patrimonial del derecho de reproducción no consiste simplemente en obtener una remuneración por parte del que reproduce la obra, sino que además el autor o titular del derecho tiene la facultad de decidir quién, cómo y en qué condiciones se va a llevar a cabo esa reproducción”. RIBERA BLANES, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 199.

⁶ De conformidad con el art. 27 de la LFDA, el derecho de explotación faculta para autorizar o prohibir una serie de actos (reproducción, comunicación pública, etc.), pero nunca se condiciona a que tales actos tengan finalidad lucrativa. De hecho, el propio art. 27 en su fr. IV regula casos en donde no hay esa intención lucrativa, como es la hipótesis del comodato de copias (usualmente llamado “derecho de préstamo gratuito”) o la de la donación de ejemplares de la obra.

⁷ Vid. BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 690; CABALLERO LEAL, José Luis y JALIFE DAHER, Mauricio, “Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor” en *Legislación de derechos de autor*, Sista, México, 1998, p. IV; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, pp. 197-198.

son reconocidos con carácter genérico”.⁸ Como bien explica Ribera Blanes, con esta fórmula usual en la legislación comparada se busca “evitar los problemas que podría plantear la aparición de nuevas formas de utilización de las obras intelectuales que no estuvieran enumeradas en el precepto”.⁹

De ahí que ese carácter genérico de los derechos de explotación atienda al principio de *neutralidad tecnológica*: las obras y sus autores están protegidos, sin importar cuál sea la clase de tecnología que usen para difundir sus obras al público. Así, por ejemplo, los derechos de autor aplican para la utilización pública de una obra musical, sin importar que tal conducta se realice a través de un piano, aparatos de radiodifusión o Internet. La tecnología o el medio usados son irrelevantes, lo importante es el acto mismo de difusión de la obra.

Por lo tanto, no es difícil concluir que, desde los albores de Internet, la utilización de obras mediante esta tecnología estaba protegida por derechos de autor. En estricto sentido, no era necesario reformar las leyes autorales (en sus aspectos sustantivos) para que éstas resultaran aplicables a Internet. El *quid* del asunto no estaba (como muchos erróneamente creyeron) en saber si los derechos de autor aplicaban o no a la difusión de obras por Internet, sino, más bien, en la calificación del tipo de acto que se realiza en Internet (reproducción, comunicación pública, distribución, etc.) y,

⁸ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/Zavalía, Buenos Aires, 1993, pp. 175-176.

⁹ RIBERA BLANES, Begoña, *op. cit.*, p. 198.

como consecuencia, el tipo de derecho patrimonial aplicable (derecho de reproducción, derecho de comunicación pública, derecho de distribución, etc.). Sobre esto profundizamos más adelante.

2.1.2. La protección iusfundamental a los derechos de autor

Otra de las razones por las que Internet no es ajeno a la regulación de los derechos de autor, deriva del hecho de que existe un derecho fundamental que, como verdadero mandato de optimización, exige que se protejan los intereses materiales de los autores en la mayor medida de lo posible. Veamos.

Desde mediados del siglo XX el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comenzó a pregonar la protección de los intereses de los autores, como se observa en forma paradigmática en el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Derecho que también se reconoce en otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIII), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 25), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 14).

Asimismo, la protección iusfundamental a los derechos de autor se ha derivado de la interpretación extensiva del derecho humano a la propiedad, como se puede observar en las sentencias de varios tribunales internacionales, tanto americanos¹⁰ como europeos.¹¹ Las constituciones de muchos países del mundo también brindan protección a los derechos de autor, como sucede en el caso de México, Argentina, Croacia, Chile, Perú, Bielorrusia, Suecia, Uruguay, Eslovenia, etcétera.¹²

En el caso de México, todo ese entramado de disposiciones de derecho fundamental ha llevado a un sector mayoritario de la doctrina¹³ y de

¹⁰ Cfr., la sentencia del caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como se observa en el caso *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros v. Chile* (informe 90/05).

¹¹ Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacan los casos *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* (2007) y *Balan v. Moldavia* (2008). Sobre esta postura del Tribunal de Estrasburgo, vid. Helfer, Laurence R., "The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights", *Harvard international law journal*, EUA, vol. 49, núm. 1, 2008, pp. 19 y ss.

Pronunciamientos similares pueden encontrarse en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se observa en los casos *Laserdisken* (C-479/04) y *Promusicae* (C-275/06).

¹² Para referencias más amplias y análisis de los textos constitucionales, remitimos a nuestro trabajo: DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*, UNAM, México, 2014, pp. 307 y ss.

¹³ Por ejemplo: SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *op. cit.*, p. 63; OBÓN LEÓN, J. Ramón, "Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales" en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección*

los tribunales,¹⁴ a concluir que los derechos de autor son derechos humanos. Empero, esa conclusión es un tanto simplista, pues si bien es cierto que existe una relación estrecha entre los derechos de autor (concretamente los derechos de explotación) y el derecho humano de toda persona a la protección de sus intereses materiales, se trata de derechos diferentes.

Uno de los documentos más esclarecedores sobre el particular es la Observación General núm. 17 de 2005 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Por nuestra parte, y basándonos en la distinción de Ferrajoli entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, distinguimos entre los *derechos de autor* (derechos ordinarios e instrumentales) y el *derecho humano a la protección jurídico-autoral* (derecho humano).¹⁵

Este último, como derecho humano que es, está fuera de la esfera de lo decidible,¹⁶ por lo que *los Estados no pueden decidir que no se proteja a los autores en Internet*, por existir un coto vedado derivado del mencionado

del derecho de autor, México, Themis / BMA, 1998, p. 9; ARAIZA HERNÁNDEZ, Alma, "La propiedad intelectual: un derecho humano" en VV.AA., *Avances tecnológicos de los derechos humanos*, CNDH, México, 2004, p. 96.

¹⁴ Por ejemplo, las sentencias de amparo dictadas por los siguientes Jueces en los siguientes expedientes: Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (899/2015), Juzgado Décimo Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (1045/2015), Juzgado Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (886/2015), Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (959/2015), etc.

¹⁵ Para más detalles, *cfr.* DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *op. cit.*, pp. 361-391.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 131; y ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, Madrid, 2003, p. 94.

derecho fundamental. Inclusive, al haber un mandato de optimización sobre el particular,¹⁷ los Estados no pueden ignorar el fenómeno de la utilización de obras en Internet, sino que, más bien, deben buscar la forma de utilizar ese medio de comunicación para beneficiar, *en la mayor medida de lo posible*, a los autores.

Así, no cabe duda que el Estado debe intervenir para proteger los derechos de los autores en Internet. El problema que se genera es el del alcance de esa protección, pues no deben dejarse a un lado otros valores presentes en Internet como la circulación de información y cultura. Se trata, pues, de encontrar un equilibrio entre la protección a los autores y los valores o intereses que, en ciertas circunstancias, se llegan a contraponer. Empero, esto no es una peculiaridad de Internet, sino es el eterno debate que ha existido en materia de derechos de autor.¹⁸

Así, los derechos humanos exigen, por un lado, que no se soslaye la protección de los autores en Internet, pero por otro lado, también exigen que tal protección, a pesar de ser un mandato de optimización, no sea a tal grado excesiva que afecte severamente otros derechos humanos.

¹⁷ Sobre los mandatos de optimización ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

¹⁸ “The copyright regime traditionally strikes a delicate balance between the interests of authors and other rights holders in the control and exploitation of their writings on the one hand, and society’s competing interest in the free flow of ideas, information and commerce on the other hand”. GUIBAULT, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 1.

2.2. El debate sobre la calificación jurídica del uso de obras en Internet

Las redes de Internet pueden utilizarse para transmitir todo tipo de obras, desde literarias, musicales, fotográficas, pictóricas, audiovisuales, hasta programas de cómputo, hasta bases de datos. Esto constituyó una nueva forma de explotación de obras,¹⁹ y no es muy complicado concluir que tales utilidades públicas de obras violan el derecho de explotación si se hacen en forma no autorizada.²⁰

Lo que resultó complicado fue darle una calificación jurídica al acto de la transmisión de obras en línea, es decir, saber si estamos ante una comunicación pública, una distribución, una reproducción o ante una nueva situación.²¹ Esto repercute en determinar qué facultad del derecho de explotación es la que aplica a Internet.²² Parte de la complicación deriva de que, en Internet, muchas de las transmisiones de obras son de las que se califican como “a la carta”, pues con un marcado carácter interactivo, el usuario

¹⁹ KEREVER, André, “Problems involved in the adaptation of the right to reproduction and the right of communication to the public in the digital multimedia environment”, *Copyright bulletin*, Paris, UNESCO, vol. XXXI, núm. 2, abril-junio 1997, p. 5.

²⁰ RANGEL MEDINA, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill / IJ-UNAM, 1998, pp. 142-143; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Del ‘entorno analógico’ a la tecnología digital (el derecho de autor y los derechos afines al compás del avance tecnológico)” en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, REUS/Fundación AISGE, 2007, p. 320; y LÓPEZ MAZA, Sebastián, *Los límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, p. 33.

²¹ VON LEWINSKI, Silke, *International copyright law and policy*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 456.

²² Recuérdese que son cuatro los derechos o facultades básicas de los derechos de explotación (comúnmente llamados “derechos patrimoniales”), a saber: la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación.

es quien elige la obra a la que accederá y, además, escoge en qué momento lo hará.

Así, estas transmisiones presentan tres características:²³ a) la obra se transmite a solicitud del usuario, quien accede a ella en el momento y lugar que desee; b) la transmisión se hace de “punto a punto”, a diferencia de las comunicaciones tradicionales de “punto a multipunto” (por ejemplo las transmisiones de radio o el ver una película en un sala de cine); y c) la transmisión trae aparejada la reproducción de la obra, incluyendo las copias que se hacen en la memoria RAM de la computadora.

Estas peculiaridades de la transmisión de obras en línea abrieron la discusión sobre qué facultad del derecho de explotación la controlaba, pues existían varias posibilidades que se discutieron: la facultad de comunicación pública en términos amplios, sus modalidades de radiodifusión y exhibición pública, la facultad de reproducción, la facultad de distribución, sus modalidades de alquiler y préstamo e, incluso, la creación de un nuevo derecho particular aplicable a las transmisiones interactivas en Internet.²⁴

Dicha discusión adquirió mucha relevancia en el ámbito internacional, pues contrario a lo que acontecía en varias legislaciones nacionales, el Convenio de Berna no contempla un derecho general de explotación (sino

²³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, 2a. ed., Ganada, Comares, 2003, p. 173.

²⁴ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 231-232.

sólo la facultad de reproducción, y algunas modalidades de la comunicación pública y de la transformación), por lo que era importante determinar si las transmisiones interactivas estaban cubiertas por algunas de las modalidades del derecho de explotación ya reguladas en los tratados o si era apremiante crear una nueva facultad *ad hoc*.²⁵

En este contexto, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) convocó a una conferencia diplomática a realizarse en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996, con el fin de adoptar un nuevo tratado sobre derechos de autor, entre otros acuerdos.²⁶ Tal convenio terminó siendo el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).

Sobre el tema de la calificación jurídica de las transmisiones en Internet, Garrote explica: “La introducción de un nuevo derecho *ad hoc*, aunque había sido propuesta por la doctrina, nunca se planteó seriamente en el proceso de discusión de los Tratados de 1996, debido a la preferencia entre las delegaciones de enfocar el problema utilizando el abanico de derechos ya existentes a escala internacional”.²⁷

Tampoco era viable incluir en el TODA un derecho general de explotación, pues los países del *common law* seguramente se habrían opuesto, ya

²⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 175; y VON LEWINSKI, Silke, *op. cit.*, p. 456.

²⁶ FICSOR, Mihály, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 44.

²⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 177.

que en las leyes de *copyright* sólo se conceden derechos de explotación concretos y limitados.

De hecho, sólo fueron dos las opciones que tenían posibilidad de incluirse en el TODA. En primer lugar, la propuesta de los Estados Unidos de América, impulsaba un *derecho de distribución* con ligeras adaptaciones para la transmisión en línea. En segundo lugar, estaba la postura de la Unión Europea (respaldada por el bloque latinoamericano) que veía a las transmisiones por Internet como una operación compleja, y la cual abarca tanto a la aplicación de la facultad de *comunicación pública* como la de *reproducción*.²⁸

La propuesta de los Estados Unidos de América (derecho de distribución) fue seriamente criticada por varias delegaciones, debido a una razón básica: la facultad de distribución se refiere a la circulación de ejemplares *materiales* de las obras, cosa que no sucede en las transmisiones en Internet.²⁹ Y si tomamos en cuenta que lo que ocurre en línea son *transmisiones* de obras entre computadoras u otros aparatos, ya sea con o sin cables, la facultad de *comunicación pública* se perfilaba como la opción correcta desde

²⁸ ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Comares, Granada, 2006, p. 84; FICSOR, Mihály, *op. cit.*, p. 493; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 177-178.

²⁹ BARZALLO, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Quito, Corporación MYL/Universidad Andina Simón Bolívar, s/f, p. 265; y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 178.

Inclusive, la declaración concertada que los países signantes hicieron al art. 6o. del TODA (relativo a la facultad de distribución) fue en el sentido de que las expresiones “copias” y “originales” se refieren a copias fijadas que puedan ser materia de circulación en forma tangible.

el punto de vista teórico. De hecho, la propuesta básica del TODA preparada por la OMPI se inclinó por la postura europea, caracterizando a las transmisiones en línea como actos de comunicación pública.³⁰

Empero, los Estados Unidos se opusieron a la propuesta básica del TODA, pues se negaban a aceptar la solución por vía de la facultad de comunicación pública e insistieron en la facultad de distribución.³¹ El argumento básico de este país era que, mediante la facultad de distribución (particularmente en su modalidad de importación de copias), se permitiría ejercer un control territorial sobre el ingreso de obras a cada territorio.³² ¿Cómo se resolvió el debate? ¿En qué términos se reguló Internet en el Derecho Internacional? Lo veremos en el siguiente apartado.

2.3. Derechos de explotación aplicables a Internet según el Derecho Internacional (comunicación pública y reproducción)

Como ya vimos, se discutía sobre si la utilización de obras en Internet estaba regulada por el derecho o facultad de comunicación pública (postura que es la teóricamente correcta y la apoyada por la mayoría de los países), o por el de distribución (postura impulsada por los Estados Unidos).

³⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 180-181; VON LEWINSKI, Silke, *op. cit.*, p. 456.

³¹ ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *op. cit.*, pp. 84-85.

³² FICSOR, Mihály, *op. cit.*, pp. 225-226.

Tal debate llevó a encontrar una solución de consenso entre ambas posturas al momento de pactarse el TODA, postura a la que se le llamó “solución paraguas” (*umbrella solution*), consistente en adoptar una definición amplia de *puesta a disposición del público*, sin caracterizar la facultad del derecho de explotación que le daría amparo, dejando a la soberanía de los legisladores nacionales la libertad de elegir la facultad de comunicación pública, la de distribución o cualquier otra solución.³³ Dicha solución quedó plasmada en el art. 8o. del TODA, cuyo texto es el siguiente:

Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11bis.1) i) y ii), 11ter,1) ii), 14.1) ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Se aprecia que dicha disposición, además de regular el derecho general de comunicación pública, al final menciona la descripción neutral de las

³³ GINSBURG, Jane C., y RICKETSON, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, 2a. ed., Oxford University Press, Nueva York, 2006, vol. I, p. 747; FICSOR, Mihály, *op. cit.*, nota, p. 496; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 182-183; CABALLERO LEAL, José Luis, “Principios generales en materia de derecho de autor y derechos conexos. Marco normativo internacional”, Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para Jueces y fiscales de América Latina, Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004, pp. 12-13.

transmisiones digitales derivada de la solución paraguas. El hecho de que la modalidad neutral de “puesta a disposición” se hubiera incluido en el artículo relativo a la *comunicación pública*, lleva a Ficsor a mencionar que, al final, el TODA implementó un paraguas medio abierto (*half-opened umbrella*).³⁴ De ahí que Nimmer afirme que, al final, prevaleció la postura europea (aunque en forma ambigua para dar concesiones a los Estados Unidos).³⁵

Independientemente de la calificación que cada país otorgue a las transmisiones en Internet, la solución de fondo del art. 8o. del TODA, al utilizar la fórmula “puesta a disposición del público”, es satisfactoria y resuelve todos los problemas que la concepción tradicional de comunicación pública planteaba al uso interactivo de obras,³⁶ pues el mero acto de poner la obra a disposición del público (por ejemplo, cargar o “subir” la obra a un sitio web) queda amparado por el derecho de explotación, sin que sea necesario que el público en realidad tenga acceso a la obra, bastando sólo la mera posibilidad, la mera puesta a disposición. Asimismo, tampoco se requiere que el público esté concentrado en un mismo lugar y que acceda a la obra al mismo tiempo (como sucede con las formas más tradicionales de la comunicación pública), pues dado el carácter interactivo de Internet, el comunica-

³⁴ FICSOR, Mihály, *op. cit.*, p. 497.

³⁵ NIMMER, David, *Copyright: Sacred Text, Technology and the DMCA*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2003, pp. 150-151.

³⁶ GOLDSTEIN, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, p. 269.

dor pone la obra a disposición del público y cada miembro del público elige el momento y el lugar en que accederá a la obra.³⁷

Además del derecho de comunicación pública, el derecho de reproducción era el candidato idóneo respecto de los derechos de autor en el ámbito de Internet. Sin embargo, aquí hubo mucha mayor polémica.

La digitalización de obras que previamente estaban en formato analógico, el subir obras a Internet (*uploading*), y el descargar o bajar obras (*downloading*), son claramente actos de reproducción, cuya calificación no presenta mayor problema.³⁸ En realidad, lo problemático es lo relativo a las llamadas *reproducciones intermedias* que se dan en una transmisión de Internet, y que incluyen copias en el servidor de acceso, en *routers*, en la memoria RAM de la computadora de destino, en el navegador, etcétera.³⁹ En este sentido, explica De Miguel:

destaca el hecho de que la transmisión de información en Internet exige la realización continua de copias, que con gran frecuencia son efímeras; pues, en general, todos los servicios de Internet operan a través de la reiterada copia de documentos de unos ordenadores

³⁷ En general, *cfr.* VON LEWINSKI, Silke, *op. cit.*, pp. 456-457.

³⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 275-276; y LÓPEZ MAZA, Sebastián, *op. cit.*, p. 11.

³⁹ RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 112; RIBERA BLANES, Begoña, *op. cit.*, pp. 340-344; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 277; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, pp. 448-449.

a otros, que pueden ser almacenados temporalmente en ordenadores intermedios.⁴⁰

De hecho, y contrario a lo que sucede en el mundo analógico, en el entorno digital la mera visualización de una obra en pantalla implica su reproducción, pues esto genera un almacenamiento temporal en la memoria RAM.⁴¹ Desde luego, esto trajo a colación otra serie de problemas, como el relativo a si el almacenamiento de obras en la memoria de las computadoras podía considerarse una copia privada y si debía estar amparada por una restricción al derecho de explotación.

La propuesta básica del TODA preparada por la OMPI se inclinaba por considerar como actos de reproducción los de carácter temporal, sin importar la forma en que se realizaran (aunque con la posibilidad de restringir el derecho de reproducción).⁴² Dicha disposición fue materia de amplia polémica. En particular, se temía una afectación al acceso a la información y la libertad de expresar ideas, además hubo oposición de instituciones docentes y de investigación, así como de prestadores de servicios en línea y empresas de telecomunicaciones.⁴³

⁴⁰ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *op. cit.*, p. 233.

⁴¹ STOKES, Simon, *Digital copyright: law and practice*, Reino Unido, Hart, 2009, p. 17; y LESSIG, Lawrence, *Free Culture*, The Penguin Press, Nueva York, 2004, p. 143.

⁴² KAKUNGULU-MAYAMBALA, Ronald, *The impact of new technologies of protection, exercise and enforcement of copyrights & related rights*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2006, p. 22; FICSOR, Mihály, *op. cit.*, pp. 130-131; GINSBURG, Jane C., y RICKETSON, Sam, *op. cit.*, pp. 684-685.

⁴³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 291; y VON LEWINSKI, Silke, *op. cit.*, p. 449.

Después de arduas negociaciones, se convino que el texto del TODA no incluiría disposición alguna respecto de la facultad de *reproducción*, y sólo se haría una declaración concertada que se anexaría al texto del tratado. Empero, la adopción de la declaración concertada no fue nada fácil, y sólo se logró al final de la conferencia diplomática, en lo que Ficsor llama la “noche loca”.⁴⁴ En el Comité Principal I se propuso el siguiente texto de declaración concertada, la cual fue aceptada por votación dividida:

El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.

Así, el tema de la reproducción en Internet no encontró una respuesta clara en el texto del TODA, sino sólo una declaración concertada cuyo valor jurídico se ha cuestionado.⁴⁵

⁴⁴ FICSOR, Mihály, *op. cit.*, p. 140 (aunque la conferencia diplomática debía concluir el 20 de diciembre, los debates se prolongaron hasta las dos de la mañana del 21 de diciembre de 1996).

⁴⁵ GINSBURG, Jane C., y RICKETSON, Sam, *op. cit.*, p. 687; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 294; NIMMER, David, *op. cit.*, p. 154.

De ahí que resulten acertadas las palabras de Ribera Blanes cuando indica que: “si durante la tramitación del texto no se pudo lograr una disposición ponderada y aplicable globalmente que afrontara las preocupaciones de los titulares de derechos, de los proveedores de infraestructura y del público en general, con mayor razón debe descartarse que la declaración concertada pueda otorgar la solución definitiva a esta cuestión”. RIBERA BLANES, Begoña, *op. cit.*, p. 34.

Como conclusión general sobre el TODA, podemos destacar que a la transmisión de obras en Internet le aplican simultáneamente la facultad de reproducción y, además, la de comunicación pública.⁴⁶ Sin embargo, el TODA no resolvió la cuestión de la aplicación de la facultad de reproducción a las reproducciones temporales.⁴⁷

2.4. La implementación del TODA en México y la regulación de Internet en la LFDA

Como ya constatamos en el apartado previo, según el art. 8o. del TODA (relativo a la comunicación al público) la calificación de las transmisiones de obras por Internet depende de la legislación interna (solución “paraguas”), pero debe de protegerse el acto de mera *puesta a disposición* por virtud del cual el usuario esté en aptitud de acceder en el lugar y en el momento que elija. Veamos cómo se refleja esto en México.

2.4.1. El texto de la LFDA

Nuestra Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) *cumple* con esa obligación internacional, misma que se encuentra implementada de la forma que explicamos a continuación.

⁴⁶ LIPSZYC, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/Zavalia, Buenos Aires, 2004, pp. 124-125.

⁴⁷ NIMMER, David, *op. cit.*, p. 156.

Si bien, la facultad de *comunicación pública* del derecho de explotación no está regulada en forma muy técnica en nuestra ley, podemos apreciar que las normas vigentes dan cabal cumplimiento al TODA. En primer lugar, la LFDA proporciona una definición muy amplia del acto de “comunicación pública”, como se desprende de la fr. III de su art. 16:

Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

[...]

III.- Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;

Cuando dicha disposición señala que la obra “se pone al alcance general”, está reflejando el espíritu de la “puesta a disposición” que establece el art. 8o. del TODA, sin que exija que el público acceda simultáneamente a la obra, y siendo irrelevante que la comunicación pública sea de punto a multipunto o de punto a punto. Todo esto se refuerza por la referencia abierta a “cualquier medio o procedimiento”, lo que, incuestionablemente, de cabida a las transmisiones interactivas por Internet.⁴⁸

⁴⁸ Cfr: LÓPEZ PANIAGUA, María Elsa, “Internet: desenredando los derechos de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año 1, núm. 1, vol. 1, abril-junio 2001 p. 26; y MORA RODRÍGUEZ, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, FD-UNAM, División de Estudios de Posgrado, 2005, p. 13.

Asimismo, hay que recordar que, en una torpeza legislativa, la LFDA da otra definición genérica del acto de comunicación pública (bajo el rubro de “ejecución o representación pública”, que son, más bien, modalidades de la comunicación pública). Sin embargo, a pesar de la pifia del redactor de la ley, esta diversa definición de comunicación pública nos lleva a la misma conclusión respecto de la implementación del TODA, como se desprende del art. 16, fr. IV de la ley:

IV.- Ejecución o representación pública: Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. No se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro;

De nueva cuenta, se califica el mero acto de puesta a disposición de la obra (bajo la frase “presentación de una obra”) y no se requiere su efectivo acceso por parte del público, así como tampoco se exige el acceso simultáneo por parte de los espectadores u oyentes. La referencia a “cualquier medio” termina por confirmarnos la calificación de las transmisiones por Internet como actos de comunicación pública.

En este orden de ideas, si bien queda claro que los autores pueden autorizar o prohibir el uso de sus obras en Internet, dado que los arts. 24 y 27, fr. VII, de la LFDA conceden un derecho general de explotación sobre

cualquier utilización pública de la obra por cualquier forma (con o sin fines de lucro), el propio art. 27 nos refuerza la aplicabilidad de la facultad de comunicación pública a este tipo de casos. Efectivamente, el art. 27, fr. II, le da el siguiente alcance a la facultad de comunicación pública:

II.- La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

De entrada, la referida fr. II habla de controlar “la comunicación pública”, pero no define este término, lo que significa que debemos remitirnos a la definición del art. 16, fr. III de la ley, la cual, según hemos visto, da cabida a las transmisiones interactivas de obras por Internet.

Pero además, el inciso c) de la fracción en comento habla del “acceso público por medio de la telecomunicación”, lo que incluye a Internet,⁴⁹ pues a través de esta red se hace telecomunicación (comunicación a distancia),

⁴⁹ En el mismo sentido, SCHMIDT, Luis C., “Digital millenium ‘a la mexicaine’”, *Copyright world*, diciembre 2000-enero 2001, p. 23; y CABALLERO LEAL, José Luis, “Explotación en línea de las obras musicales y audiovisuales: nuevos modelos de negocio”, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital, Asunción, 7 a 11 de noviembre 2005, p. 3.

y el texto normativo sólo habla de acceso público, pero nunca nos dice que tal acceso debe ser simultáneo, ni que no pueda ser sólo de punto a punto.

Ahora bien, como se recordará, uno de los errores de técnica legislativa de la LFDA es que, en su art. 27, dedicó una fracción adicional para la modalidad de transmisión pública, separada de la fracción que regula genéricamente la comunicación pública.⁵⁰ Sin embargo, esta fracción relativa a la transmisión pública nos confirma la conclusión ya esbozada en relación a Internet:

III.- La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;
- b) Fibra óptica;
- c) Microondas;
- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido por conocerse.

Y decimos que esto también da cabida a las transmisiones por Internet, dado que la fr. III habla de transmisión “en cualquier modalidad”, lo

⁵⁰ En este sentido, Mora indica que “la técnica legislativa no es muy correcta, ya que la aludida fracción III está de más, pues el acceso al público por medio de la telecomunicación, referida en el inciso c) de la fracción II, es precisamente el contenido de la III”. MORA RODRÍGUEZ, Brenda Andrea, *op. cit.*, p. 14.

que permite incluir las transmisiones interactivas en Internet o transmisiones “a la carta”, en donde el usuario elije el contenido, así como el momento y lugar en donde accede. De igual forma, nada en el texto de la referida fracción, establece que el público debe acceder a la obra al mismo tiempo o en el mismo lugar. Además de que la referencia a cualquier medio “conocido o por conocerse”, de plena cabida a Internet.

De hecho, esta forma de interpretar la ley mexicana es la avalada por la OMPI, pues de conformidad con la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, el derecho de comunicación al público previsto en el art. 8o. del TODA se implementó a través de las fr. II y III del art. 27 de la LFDA.⁵¹

De hecho, una comparación jurídica de diversos ordenamientos en el mundo nos demuestra que el mero derecho de comunicación pública (con los requisitos establecidos por el TODA), es más que suficiente para implementar el referido tratado.

Finalmente, cabe citar el art. 113 de la LFDA, que si bien nada abona al art. 27, fr. II y III, reitera la protección de las obras que circulan por Internet, al señalar que quedan protegidas transmitidas por medios electrónicos a través de redes de telecomunicaciones.

⁵¹ Cfr. “Estudio sobre las disposiciones nacionales de aplicación del WCT y el WPPT”, estudio preparado por la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, p. 528.

Por todo lo anterior, se concluye que el art. 8o. del TODA está implementado en el derecho mexicano, y que, conforme a la LFDA, las transmisiones de obras en Internet *califican como actos de comunicación pública*, controlados por la facultad de comunicación pública.⁵² Esta conclusión se refuerza con la exposición de motivos de la LFDA que, sobre el particular, señala que el autor tiene facultades en materia de “comunicación pública de su obra en cualquier medio, inclusive los más modernos medios electrónicos”.

En cambio, de la lectura del art. 16, fr. V,⁵³ y 27, fr. IV⁵⁴ de la LFDA, se concluye que, de conformidad con la postura generalmente aceptada en los países de tradición jurídica europea continental, *las transmisiones por Internet no pueden considerarse actos de distribución*, pues estos implican la traslación de la propiedad o el uso sobre un ejemplar de la obra, cosa que no sucede en las transmisiones en línea, en las que hay circulación de *bits* (pedazos intangibles de información digitalizada) y no tanto de soportes materiales de las obras.

⁵² Cfr. también, en este sentido, MORALES MONTES, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (segunda de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 12, abril-junio 2004, p. 28.

⁵³ “V. Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma”.

⁵⁴ “IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley”.

Como consecuencia, la figura del agotamiento de la facultad de distribución (también conocida como *first sale doctrine*) no aplica para las transmisiones en Internet, como tampoco aplica en ningún otro acto de comunicación pública; no sólo porque la ley no lo diga, sino también porque nunca hay una *venta* (ni otro acto traslativo de la propiedad o del uso) de un objeto material.

En otro orden de ideas, ya anticipamos que el TODA no contiene artículo alguno relativo a la facultad de reproducción, y sólo una de sus declaraciones concertadas (cuyo alcance jurídico es cuestionable) señala que la facultad de reproducción, tal y como se prevé en el Convenio de Berna, es aplicable en el entorno digital y que el almacenamiento digital en un soporte electrónico constituye una reproducción.

Empero, en el caso de México no sólo no queda lugar a dudas que la facultad de reproducción aplica a Internet, sino además, que *toda* clase de almacenamiento temporal de obras se considera un acto de reproducción,⁵⁵ como se desprende de la definición contenida en el art. 16, fr. VI de la LFDA:

⁵⁵ En este sentido, CABALLERO LEAL, José Luis, "Explotación en línea...", *art. cit.*, p. 3; LÓPEZ PANIAGUA, María Elsa, *op. cit.*, p. 26; y MORA RODRÍGUEZ, Brenda Andrea, *op. cit.*, p. 7.

De igual forma, la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI apunta que el a. 16, fr. VI de la LFDA considera como actos de reproducción los almacenamientos temporales. *Cfr.* "Estudio sobre...", *art. cit.*, p. 544.

VI.- Reproducción: La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier *almacenamiento permanente o temporal* por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa. (Énfasis añadido).

Lo que nos lleva a concluir que el almacenamiento *temporal* de obras está sujeto al *ius prohibendi* del derecho de explotación, dado el alcance que la LFDA le da a la facultad de reproducción, como se observa en su art. 27, fr. I, mismo que permite controlar todo acto de reproducción (que, como vimos, incluye el almacenamiento temporal de obras), así, en términos amplios, sin importar el medio por el que se realice la reproducción. Incluso, el texto normativo hace mención expresa a los medios de carácter electrónico, como lo es Internet.

En fin, de lo señalado, podemos concluir que, conforme a nuestra LFDA, la calificación jurídica de la transmisión de obras en Internet es la de un *acto complejo de comunicación pública y reproducción*, como sucede en el grueso de la legislación comparada.⁵⁶ Y por tanto, las transmisiones de obras en línea están sujetas tanto a la facultad de comunicación pública, como a la de reproducción.

⁵⁶ Por eso sorprenden voces como las de Kiyoshi Tsuru, quien ignorando el texto de la LFDA (y su interpretación por la doctrina más calificada, la SCJN y la OMPI), niega que el TODA y la figura de la “puesta a disposición” estén implementados en la ley autoral. *Cfr.* “Exigen a México aplicar tratados OMPI”, *Reforma*, Sección Economía, 7 de mayo de 2015.

2.4.2. El criterio de la SCJN (caso “Regalías”)

Siguiendo la ortodoxia en materia autoral (y el texto de la LFDA), el Pleno de la SCJN ya ha explicado que el derecho patrimonial de comunicación pública incluye la “puesta a disposición” y su complemento en el ámbito digital a partir de la facultad de reproducción. Esto lo dijo a propósito de uno de los asuntos más relevantes de los que ha conocido, el identificado como caso “Regalías” (contradicción de tesis 25/2005), en donde ese tribunal sienta su doctrina constitucional sobre derechos de autor. Sobre el tema que ahora nos interesa, el Pleno de la SCJN nos refiere:

Ahora, los derechos de explotación se manifiestan en una serie de prerrogativas fundamentales para los autores, que habrán de ampliarse en la misma medida en que las posibilidades de uso de una obra lo determinen o permitan. Pueden enumerarse las siguientes:

1) El *derecho de reproducción*. Por reproducción puede entenderse simplemente la multiplicación de ejemplares de una obra, que puede llevarse a cabo de varias maneras y en toda clase de soportes materiales, o su fijación en un soporte material que permita la comunicación de la obra así como la posibilidad de obtener copias o ejemplares de ésta. *La concepción moderna del derecho de reproducción incluye como una modalidad de éste la digitalización de las obras*, es decir, su representación digital a través del empleo del lenguaje binario. Se ha admitido ya que *el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción* en el

sentido que da a tal concepto el artículo 9 del Convenio de Berna (así lo dispone expresamente la declaración concertada respecto del artículo I (4) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor).

2) El *derecho de comunicación pública*, mediante el cual una obra se pone al alcance del público en general por cualquier medio o forma que la difunda, pero que no consista en la distribución de ejemplares tangibles de las obras. Como parte integrante del derecho de comunicación pública, existen las siguientes modalidades:

[...]

5) El derecho de radiodifusión, a través del cual señales portadoras de obras protegidas por el derecho de autor se hacen accesibles al público en general a través de diversos medios, tales como la televisión satelital, los servicios *direct-to-home* y demás tecnologías aplicables a este medio de comunicación masiva.

El alcance del derecho de comunicación pública ha sido ampliado, o al menos aclarado, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. En este instrumento internacional —que conjuntamente con el Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas han sido denominados como los Tratados Internet— se precisa que el derecho de comunicación al público consiste en el derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos e inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma

que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor) (énfasis añadido).

Si bien, en dicho asunto, nuestro tribunal constitucional no resolvió ninguna controversia sobre Internet, sienta las bases para la correcta interpretación de la LFDA explicando que el uso no autorizado de obras en Internet se traduce en una violación a los derechos de comunicación pública (en modalidad de puesta a disposición) y de reproducción (modalidad de almacenamiento digital).

2.4.3. Criterio del IMPI (caso “Ba-k.com”)

De conformidad con la LFDA, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)⁵⁷ tiene cierta competencia (que no monopolio)⁵⁸ en la observancia o defensa de derechos de autor, lo cual se implementa a través de procedimientos de infracción administrativa.⁵⁹

Aunque durante mucho existió silencio del IMPI respecto de violaciones a los derechos de autor en Internet, en el año 2015 dictó su primera resolución de fondo en una controversia de este tipo. Se trata de la resolución

⁵⁷ Organismo descentralizado de la administración pública federal.

⁵⁸ *Cfr.* el art. 213 de la LFDA, aa. 137 y 138 de su reglamento, y la sentencia de la Primera Sala de la SCJN en el amparo directo 49/2013 (caso *Alessandri*, ejecutoria de 19 de noviembre de 2014).

⁵⁹ *Vid.* los aa. 2o., 231, 232 y 234 de la LFDA.

dictada en 2015 en el expediente IMC 2036/2013 (M-340) 20995, mejor conocida como el caso *Ba-K.com*.

En dicho asunto, los autores Reyli Barba y Armando Manzanero (a través de la Sociedad de Autores y Compositores de México, S.G.C. de I.P.), Sony BMG Entertainment México, S.A. de C.V., Warner Music México, S.A. de C.V., Warner Bros. Entertainment Inc., y Universal City Studios LLP, solicitaron al IMPI la inspección y, en su caso, imposición de medidas cautelares respecto del sitio *www.ba-k.com*, del cual se pueden descargar canciones y películas, y en donde aparece publicidad y propaganda de terceros.

El demandado no opuso excepciones ni defensas, sino que sólo intentó incidentes de nulidad alegando, entre otras cosas, que en las inspecciones oculares que se hicieron a su sitio web se realizaron sin su presencia y que desconocía la clave de acceso que se usó para ingresar los contenidos de su sitio. El IMPI desestimó todas las argumentaciones y determinó entrar al fondo del asunto. En la etapa de alegatos,⁶⁰ el demandado invocó violación a la libertad de expresión (art. 6o. constitucional), señalando que la manifestación de ideas no debe ser objeto de inquisición judicial o administrativa, a lo que el IMPI respondió que la misma disposición iusfundamental advierte la salvedad de que sí puede hacerse cuando afecten los derechos de terceros.

⁶⁰ Que, por cierto, no debe tramitarse en esta clase de procedimientos a la luz del art. 199 de la Ley de la Propiedad Industrial (norma adjetiva en estos casos).

Se hicieron valer tres causales de infracción ante el IMPI, correlativas a las fr. I, III y X del art. 213 de la LFDA. Por cuestiones de espacio, veamos cómo dio respuesta el IMPI a las dos primeras de esas causales.

Respecto de la causal relativa a la citada fracción I,⁶¹ inicia el IMPI afirmando (con acierto) que la mayoría de los actores (empresas titulares de derechos conexos) carecían de interés jurídico, pues la fr. I sólo se refiere a “obras” y sólo tutela derechos patrimoniales de autor.⁶² En cambio, les reconoce interés jurídico a Armando Manzanero y Reyli Barba al haber demostrado ser autores de diversas obras musicales con letra.⁶³

Posteriormente, el IMPI entra al análisis de si hubo o no utilización o comunicación pública de las obras de esos autores, afirmando lo siguiente:

De acuerdo a lo previsto por los artículos 24 y 27 fracción II inciso c) de la Ley Federal del Derecho de Autor, en virtud del derecho patrimonial, corresponde al titular del mismo, el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la citada Ley; por lo que, los titulares de los derechos patrimoniales *podrán autorizar*

⁶¹ Ésta señala que se considera una infracción administrativa, si se realiza con fines de lucro, la siguiente conducta: “Comunicar o utilizar públicamente una obra protegida por cualquier medio, y de cualquier forma sin la autorización previa y expresa del autor, de sus legítimos herederos o del titular del derecho patrimonial de autor”.

⁶² Aunque cabe apuntar que *Universal y Warner Bros* sí acreditaron ser titulares de derechos de autor, además de tener sus derechos conexos.

⁶³ Sin embargo, llama la atención que el IMPI no haya invocado la presunción de autoría del art. 77 de la LFDA.

o prohibir la comunicación pública de su obra, entre otras maneras, a través del acceso público por medio de la telecomunicación, pudiéndose entender esta como aquellas transmisiones por medios electrónicos, a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones, alámbricas o inalámbricas.

Asimismo, como ya se ha señalado, el artículo 16 fracción III del ordenamiento citado, establece que una obra podrá hacerse del conocimiento público mediante la comunicación pública, que es el acto mediante el cual *la obra se pone al alcance general*, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y *que no consista en la distribución de ejemplares*, es decir, del contenido del precepto legal mencionado se aprecia claramente que un acto de comunicación pública no está circunscrito a que una obra se haga del conocimiento público, *sino que resulta del acto en el cual la misma se pone al alcance general*, por cualquier medio o procedimiento que la difunda, esto mediante *la acción o efecto de transmitir la obra mediante implementos técnicos apropiados para hacerla accesible a distancia a un público determinado*. Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones contenidas en los tratados internacionales administrados por la OMPI, en especial el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), se desprende lo siguiente: (énfasis añadido).

El fundamento jurídico que da el IMPI es prácticamente impecable, pues no sólo se basa en el art. 8o. del TODA, sino que invoca las disposiciones pertinentes de la LFDA, relativas al derecho de comunicación pública en su modalidad de “puesta a disposición”.

Luego, conforme a la valoración de las pruebas, el IMPI concluye que el demandado realizó actos de comunicación pública, motivándolo de la siguiente manera:

[...] se determina que DANIEL GONZÁLEZ CUELLAR comunica públicamente las obras musicales (ya sea la obra musical completa, la parte literaria o la parte musical) sobre las cuales ARMANDO MANZANERO y REYLI, acreditaron su interés jurídico, respectivamente, y que en obvio de inútiles repeticiones se tienen aquí por reproducidas, toda vez que en la página de Internet que opera y administra, a saber www.ba-k.com, se están llevando a cabo actos mediante los cuales las obras musicales base de la acción *se ponen a alcance general*, es decir, cualquier persona puede ingresar a la página www.ba-k.com, y mediante una búsqueda localizar cualquiera de las canciones que ARMANDO MANZANERO Y REYLI hicieron valer en el presente procedimiento, y como resultado de esa búsqueda obtener varios links que al darles click *hacen accesible* al usuario el ingreso a diversas páginas en las cuales se encuentran copias digitales de dichas obras mismas que pueden ser escuchadas y descargadas, lo cual, en razón de lo expuesto en los párrafos anteriores, *constituye un acto de comunicación pública, al proporcionar la posibilidad de acceso a esas obras* a través de la página www.ba-k.com, sin autorización de sus titulares.⁶⁴ (Énfasis añadido).

⁶⁴ Más adelante, explica el IMPI que el “*Inline Linking*” que da acceso directo a archivos digitales con obras, se considera una actividad ilícita, siguiendo la doctrina mayoritaria sobre derechos de autor.

Tal argumentación del IMPI es correcta, y se aprecia un conocimiento técnico respecto de las normas de derechos de autor aplicables al ámbito de Internet. También es muy destacable, que dicho instituto hable, con acierto, de que el demandado “ha comunicado públicamente, a través de la modalidad de puesta a disposición, las obras musicales”.

En fin, el IMPI encuentra que se cumple también con el último extremo necesario para la configuración de la infracción administrativa de la fr. I del art. 231 de la ley, es decir, la finalidad lucrativa, pues al haberse probado la presencia de publicidad en el sitio web, la autoridad concluye que hubo un lucro indirecto (no se cobra por el acceso a la obra, pero si se obtienen beneficios económicos de terceros por realizar esa publicidad).⁶⁵

Posteriormente, el IMPI entra al estudio de la segunda causal de infracción (art. 231, fr. III).⁶⁶ Primero, dicho instituto explica (también con acierto) que dicha fr. III sí aplica tanto a derechos de autor como a derechos conexos, reconociéndoles los primeros a Reyli y Manzanero, y los segundos a las empresas colitigantes, en su carácter de productores de fonogramas y videogramas.

Al entrar a la interpretación de la referida infracción prevista en la LFDA, el IMPI encuentra varias conductas tipificadas: “producir”, “repro-

⁶⁵ *Cfr.*, el art. 11 del Reglamento de la LFDA.

⁶⁶ Que sanciona: “Fijar, producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta Ley” (texto vigente al momento de los hechos).

ducir”, “almacenar”, etc. Sin embargo, es en esta parte de la resolución donde los argumentos del IMPI comienzan a flaquear, llegando a contradicciones y haciendo a un lado el correcto manejo de las figuras de una materia tan técnica como el derecho autoral.

De entrada, comienza su argumentación con base en el derecho de comunicación pública de autores y productores ¡cuando la fr. III no contempla la comunicación pública como conducta infractora! De ahí que sean gratuitas e inaplicables todas las consideraciones que hace el IMPI respecto a la puesta a disposición.

También comete el garrafal error de pretender justificar la titularidad de derechos de autor de los productores audiovisuales con el art. 83 de la LFDA (contrato de encargo de obra),⁶⁷ cuando el verdadero fundamento es el art. 97 *in fine* (presunción legal de titularidad de derechos a favor del productor).⁶⁸

Pero el yerro del IMPI más contundente en este punto, es que, luego de analizar las conductas infractoras, ¡concluye que son actos de distribución!, señalando al efecto:

⁶⁷ Que además exige la carga probatoria de acreditar la existencia de ese contrato de encargo de obra, cosa que no sucedió en este caso.

⁶⁸ Cfr. DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, “El contrato de producción audiovisual”, CABALLERO LEAL, José Luis, y MICHAUS ROMERO, Martín (coords.), *Estudios de derecho de autor y propiedad industrial. Homenaje al licenciado José Luis Caballero Cárdenas*, Porrúa, México, 2015, pp. 52-55.

Además, salta a luz la incongruencia de que esos artículos regulan los *derechos de autor* de los productores audiovisuales, y el IMPI previamente determinó que no habían acreditado ser titulares de derechos de autor, sino sólo de *derechos conexos*.

En ese sentido, una vez que han sido estudiadas y valoradas las pro-
banzas y manifestaciones aportadas por las partes en el presente proce-
dimiento, [...] se actualiza la determinación del supuesto normativo
respecto de la DISTRIBUCIÓN de las obras musicales, de los dos
fonogramas y de los dos videogramas base de la acción, ya que se
acreditó fehacientemente que en la página de Internet www.ba-k.com,
se pueden realizar búsquedas de las obras musicales consisten-
tes en [...], y en dicha página por medio de diversos links, se puede
remitir a los usuarios a los usuarios a diversas páginas, en las cuales
se encuentran dichas obras, mismas que pueden ser escuchadas y
descargadas, por lo que dicha conducta constituye una DISTRIBU-
CIÓN a través de una puesta a disposición, al proporcionar la posi-
bilidad de acceso a estas obras, pues está poniéndose a disposición
del público una copia digital a través de la página www.ba-k.com,
sin la debida autorización de los respectivos titulares de los derechos
patrimoniales.

La conducta descrita por el IMPI es, en realidad, un acto de comuni-
cación pública (en la modalidad de puesta a disposición), y no un acto de
distribución. De hecho, la distribución y la comunicación pública son actos
excluyentes (como se aprecia en la doctrina citada, en la LFDA⁶⁹ y hasta en
el TODA),⁷⁰ en tanto la distribución exige cualquier acto traslativo de la

⁶⁹ El art. 16 de esta ley al definir la comunicación pública, claramente establece que abarca proce-
dimientos que *no consistan en la distribución* de ejemplares; mientras que define al acto de distribución
como: "Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento
y, en general, cualquier otra forma".

⁷⁰ Que en su art. 6o. se refiere al derecho de distribución de la siguiente manera: "Los autores de obras
literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del origi-
nal y de los ejemplares de sus obras mediante *venta u otra transferencia de propiedad*" (énfasis añadido).

propiedad o del uso de un ejemplar físico de la obra (bien tangible o corpóreo).

Si bien es cierto que existe la noción de “distribución por puesta a disposición”, esta no tiene el alcance que le da el IMPI, sino que se trata de actos de oferta de distribución de ejemplares *físicos* (oferta de venta, de renta, de comodato, de permuta, etc.).⁷¹ En el asunto en estudio, en el sitio *www.ba-k.com*, nunca se realizaron actos traslativos de la propiedad o del uso de ejemplares materiales de obras (ni se ofertó la realización de esos actos), por lo que no puede hablarse de actos de distribución.

Esperemos que en un futuro el IMPI corrija su desafortunado criterio, que echó por la borda la argumentación más técnica y precisa con la que había iniciado su resolución.

3. Aspectos procesales

En la actualidad, el verdadero *quid* de la protección a los derechos de autor en Internet, es el relativo a la observancia o *enforcement*, es decir, a las reglas

Mientras que la declaración concertada 5 de ese tratado explica con claridad: “Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones ‘copias’ y ‘originales y copias’ sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en *circulación como objetos tangibles*” (énfasis añadido).

⁷¹ Para referirse a actos de Internet, durante la conferencia diplomática de Ginebra de 1996, los Estados Unidos trataron de impulsar la idea de “distribución por puesta a disposición”, pero se desechó por antijurídica, pues en Internet no puede haber distribución. Si bien la solución paraguas del art. 8o. del TODA pudo abrir la puerta en México de aplicar con calzador el derecho de distribución en Internet, la LFDA desechó esa opción, y en cambio, decidió aplicar la solución más ortodoxa, sólida y común, de aplicar el derecho de comunicación pública, como ya explicamos.

procesales aplicables al caso. De hecho, puede decirse que la última década ha estado marcada por las más variopintas propuestas normativas, muchas de ellas ya en el olvido, como las leyes de respuesta graduada o tres strikes (HADOPI en Francia) o la iniciativa de la *Stop On-line Piracy Act de los Estados Unidos* (SOPA), o el polémico Acuerdo Comercial Antifalsificación (ACTA) que no ha sido aprobado por el Senado.

Por cuestiones de espacio sólo nos referiremos a los aspectos procesales que previsiblemente tendrán mayor impacto en México en el futuro próximo: la obtención de información sobre infractores y las medidas cautelares.

3.1. Obtención de información sobre infractores

Uno de los problemas más frecuentes de quienes buscan hacer valer sus derechos de autor en Internet es que, a pesar de lo fácil que es encontrar violaciones a estos derechos en el ámbito digital, resulta sumamente complicado saber quién es la persona real detrás de esas infracciones y cuál es su domicilio para notificarle una reclamación.

Empero, en muchos de los casos, esta información de los infractores suele estar en manos de ISP, por ejemplo, de aquellos que dan servicio de alojamiento o *hosting* a estos infractores. No obstante lo anterior, dada la relación de confidencialidad y las obligaciones derivadas de la protección

de datos particulares, los ISP son reacios (con justa razón) a compartir esa información con los titulares de los derechos intelectuales.

De ahí que no sorprenda que en los últimos años hayan proliferado iniciativas de ley que buscan resolver esta problemática. Por ejemplo, el ACTA contiene la siguiente disposición:

ARTÍCULO 11: INFORMACIÓN RELACIONADA CON LA INFRACCIÓN

Sin perjuicio del privilegio que otorga su legislación, la protección de la confidencialidad de las fuentes de información, o el procesamiento de datos personales, cada Parte establecerá que en los procedimientos judiciales civiles relacionados con la observancia de los derechos de propiedad intelectual, sus autoridades judiciales estén facultadas, ante una solicitud justificada por parte del titular de los derechos, para ordenar que el infractor, o alternativamente el presunto infractor, proporcione al titular de los derechos o a las autoridades judiciales, al menos para efectos de recopilar pruebas, información pertinente conforme a sus leyes y reglamentos aplicables, que dicho infractor o presunto infractor posea o controle. Dicha información podrá incluir información relacionada con cualquier persona o personas involucradas en cualquier aspecto de la infracción o la presunta infracción, e información relacionada con los medios de producción o circuitos de distribución de los bienes o servicios infractores o presuntamente en infracción, incluida la identificación de terceros

presuntamente involucrados en la producción y distribución de tales bienes o servicios, y de sus circuitos de distribución.

A pesar del loable propósito de este artículo, su aspecto más criticable es que permita que la información no sólo se entregue a la autoridad (que verificaría su correcto y estricto uso), sino al titular de derechos, lo que puede generar un uso indiscriminado y no controlado de información privada y confidencial, e incluso, dar pie a que personas inicien procedimientos infundados con el propósito último de acceder a esa información.

En México, también hubo iniciativas de este tipo, como por ejemplo, el siguiente artículo de la mal llamada “Ley Döring”:⁷²

Artículo 202 Bis 3.- En los casos del procedimiento de notificaciones respecto de las infracciones en contra de la explotación normal de la obra, el titular del derecho afectado, directamente, a través de apoderado legal o en su caso la sociedad de gestión colectiva que lo represente, podrá solicitar al Instituto Mexicano de la Propiedad industrial que notifique al proveedor de servicios de valor agregado, quien a su vez proporcionará, dentro de un plazo de tres días, la información de identificación de la dirección IP que presuntamente ha cometido la conducta infractora.

⁷² Iniciativa de ley presentada en 2011, y que hasta el momento, no ha prosperado. El artículo citado se hubiera introducido en la Ley de la Propiedad Industrial.

Llama la atención que esa disposición sólo se faculte para pedir “la información de identificación de la dirección IP”, cuando pudiera haber más datos relevantes con fines probatorios, y lo que es más desconcertante, que la iniciativa no tome en cuenta el problema de las direcciones IP dinámicas, por lo que dicha información en muchos casos será de poca ayuda para perseguir al infractor. Independientemente de lo anterior, el contenido del artículo es superfluo, pues el IMPI cuenta ya con esas facultades de pedir, no sólo la información de la dirección IP, sino muchos otros datos relevantes para la *litis*, como se aprecia en el vigente art. 204 de la Ley de la Propiedad Industrial (LPI). Facultades de las que también goza el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA), como se desprende de las fr. I, II y V del art. 210 de la LFDA, así como los arts. 161 y 162 del reglamento de esa ley. Y ni se diga del clásico (pero para muchos, desconocido) art. 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable a los juicios civiles por violación a derechos de autor (art. 213 LFDA) y supletoriamente en los procedimientos de infracción administrativa ante el IMPI y el INDA. Dicha disposición ordena:

Artículo 90.- Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales, en las averiguaciones de la verdad. Deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros, por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con

esta obligación; pero, en caso de oposición, oirán las razones en que la funden, y resolverán sin ulterior recurso.

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deban guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados.

De hecho, en nuestra opinión, muchas de las pretendidas reformas procesales en materia autoral no son estrictamente necesarias, pues varias de las reglas y principios jurídicos ya vigentes son suficientes para lograr los mismos fines.

Un ejemplo de esto, son los precedentes que sentó la Primera Sala de la SCJN en los casos “Esquela” y “Lidia Cacho y Random House” (también conocido como “Los Demonios del Edén”). En el primero de dichos casos,⁷³ se discutió la responsabilidad civil del periódico *Reforma* por una esquela que publicó, en donde falsamente se afirmaba el fallecimiento de una persona a causa del SIDA. La Primera Sala determinó que sería contrario a la libre circulación de información imponer a los periódicos el deber de vigilar y revisar el contenido de las inserciones pagadas. Empero, la SCJN determinó que los periódicos, al ser medios que hacen llegar la información a terceros, deben operar de tal manera que tampoco hagan nugatorios los

⁷³ Sentencia dictada en el amparo directo en revisión 1302/2009, el día 12 de mayo de 2010.

derechos y libertades de terceros, por lo que deben establecer ciertos controles, a saber:

[...] el primero es solicitar de los contratantes la información necesaria para poder determinar, de buena fe, quiénes son y cuáles son sus datos básicos de identificación al autor y responsable de los dichos que se publican en esas inserciones, de manera tal que esos datos permitan a los potenciales afectados saber y tener contra quién interponer, en su caso una demanda judicial por supuesta vulneración del derecho al honor, o la intimidad o a cualquier otro derecho fundamental que consideren afectado; y, en segundo lugar, debe cerciorarse de que el texto que queda inserto en el medio de difusión corresponde en sus términos con aquel cuya publicación le fue solicitada.

Así, con base en el art. 60. constitucional, la SCJN determinó que los medios deben resguardar los datos personales de quienes difundan información a través de ellos, y poner tales datos a disposición de los terceros para una reclamación en contra del responsable de la difusión. A mayor abundamiento, estableciendo una especie de “puertos seguros” (según la terminología del derecho autoral), la Primera Sala determina que si el periódico no cumple esos deberes mínimos, entonces adquiere la responsabilidad jurídica de lo publicado:

Ahora bien, si el periódico no satisface esos dos deberes mínimos, no registra o conserva los datos que permitan que el tercero que se

sienta agraviado por la publicación pueda enderezar su acción contra quién sea el auténtico emisor de la comunicación, entonces, el periódico debe de asumir el riesgo de tener entonces que responder, ante los tribunales competentes, por esos daños; pues, en la medida en que no toma las mínimas diligencias para asegurar la armonización de todos los derechos que confluyen en esa actividad, en la medida en que no conserva y proporciona los datos del emisor o no registra la información necesaria para su identificación en los términos ya dichos, así como para acreditar que se ha cumplido una mera función vehicular para el particular contratante del espacio (con el registro del texto solicitado), se ve imposibilitado para deslindar su responsabilidad en ello y trasladarla hacia otro, y debe asumir la responsabilidad de lo publicado, pues de lo contrario se dejaría en estado de absoluta indefensión a todo tercero que pudiera considerarse afectado, extremo este último que tampoco es constitucionalmente admisible atento a la tutela constitucional que también revisten esos derechos.

El mismo criterio fue repetido por la Primera Sala en el caso *Lidia Cacho y Random House*,⁷⁴ donde reiteró los dos controles previos para que los medios trasladen responsabilidad al autor o responsable del mensaje, aclarando que estos controles son absolutamente aplicables a editoriales de libros.⁷⁵

⁷⁴ Sentencia dictada en el amparo directo 3/2011, el día 30 de enero de 2013.

⁷⁵ Para más detalles y un análisis de ambos casos, *cfr.*, COSSÍO DÍAZ, José Ramón, HERNÁNDEZ SALGADO, J. Omar, MEJÍA GARZA, Raúl M., y VELASCO RIVERA, Mariana, *La libertad de expresión en*

Tales criterios de la SCJN son fácilmente extrapolables a la actividad de los ISP en Internet, no sólo porque el fundamento constitucional aplicable es el mismo (art. 6o., que regula la libertad de expresión y su interacción con los derechos de terceros), sino porque la posición de los ISP es similar a la de los periódicos y editoriales, en tanto son medios por los que circula información puesta a disposición por terceros, respecto de la que los ISP no tienen que ejercer ningún control previo (y en muchos casos, es materialmente imposible hacerlo, dado el alto volumen de contenidos que circulan a través de su infraestructura).

No obstante, el ISP debe contar con los datos personales de su cliente y no alterar o intervenir en los contenidos que este pone a disposición en Internet, para tener el “puerto seguro” y estar eximido de responsabilidad. Evidentemente, tendrá que revelar esos datos mediante mandamiento escrito de autoridad competente, a efecto de que el titular de derechos de autor que se considere afectado, pueda ejercer las acciones que jurídicamente tiene disponibles.

3.2. *Medidas cautelares*

Otro tema de gran relevancia, es el de las medidas cautelares en Internet, especialmente la relativa a la *cesación* de la violación.

las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tirant lo Blanch, México, 2014, pp. 35-40 y 80-88.

Uno de los aspectos fuertes de litigar infracciones a derechos de autor ante el IMPI, es que esta institución cuenta con un sólido marco jurídico para imponer estas medidas (arts. 199 Bis a 199 Bis 7 de la LPI⁷⁶) y muchos años de experiencia. En cambio, las autoridades judiciales civiles cuentan con un marco jurídico menos sofisticado en estos temas (el Código Federal de Procedimientos Civiles) y mucho menos experiencia (y a veces, menos disposición).

Este marco jurídico de medidas cautelares es plenamente aplicable a Internet, incluyendo la cesación del acto lesivo, sin embargo, el IMPI apenas se está estrenando en aplicar esas disposiciones al ámbito de Internet, por lo que estamos en una época de ensayo y error (por no decir de franco aprendizaje).

De entrada, y a propósito del referido caso “Ba-k.com”, la SCJN ha reconocido que el marco jurídico de las medidas cautelares contemplado en la LPI y el Reglamento de la LFDA, no adolece de vicios de inconstitucionalidad. En efecto, en la correspondiente sentencia, la Segunda Sala de

⁷⁶ Aplicable a las infracciones a derechos de autor calificadas por la LFDA como “infracciones en materia de comercio”, según se desprende del art. 234 de esa ley, complementándose con el reglamento a esta (especialmente su art. 177, que reza *in fine*: “La orden de suspensión o cese de los actos que presuntamente constituyan infracción en materia de comercio podrá recaer sobre la representación, recitación, ejecución pública, radiodifusión, transmisión, comunicación al público por redes de telecomunicaciones o cualquier otra forma de utilización o explotación de derechos de autor, derechos conexos”, etcétera).

nuestro Tribunal Constitucional resolvió sobre la regularidad del art. 199 Bis de la LPI (y su aplicación a Internet):

En ese orden de ideas, es factible concluir que contrario a lo que refiere la quejosa, el artículo 199 Bis de la Ley de la Propiedad Industrial, no incorpora una valoración *ex ante* respecto a la calificación de infractor, pues es facultad del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial en términos del artículo 234 de la Ley Federal del Derecho de Autor adoptar las medidas precautorias previstas en la Ley de la Propiedad Industrial, en consecuencia, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 199 Bis 1 de la última legislación, el Instituto, en uso de las facultades que le irroga el artículo 199 Bis podrá establecer las medidas provisionales o precautorias que estime conducentes, sin que esto signifique un prejuzgamiento de la responsabilidad del presunto infractor o incluso de terceros que están obligados a cumplir con dichas medidas.

Respecto de la constitucionalidad del art. 177 del Reglamento de la LFDA, la Segunda Sala de la SCJN hace una *interpretación conforme*, para concluir:

Así, el Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, amplía las medidas provisionales que puede decretar el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial a la suspensión o cese de los actos que presuntamente constituyan infracción en materia de comercio, las que podrán recaer sobre la representación, recitación, ejecución

pública, radiodifusión, transmisión, comunicación al público por redes de telecomunicaciones o cualquier otra forma de utilización o explotación de derechos de autor, derechos conexos y reservas de derechos.

En ese sentido, no asiste razón a la quejosa cuando aduce que el artículo 177, penúltimo párrafo del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, viola los principios de reserva de ley y subordinación jerárquica, a que alude la propia quejosa, ello porque existen principios que limitan la facultad reglamentaria prevista en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por las razones siguientes:

[...]

En principio, debe señalarse que la quejosa hace una interpretación incorrecta de la porción reglamentaria transcrita, ello porque parte de la idea de que al establecer ésta, que la orden de suspensión o cese de los actos que presuntamente constituyan infracción en materia de comercio podrá recaer sobre la representación, recitación, ejecución pública, **radiodifusión, transmisión, comunicación al público por redes de telecomunicaciones** se está legislando en materia de Telecomunicaciones, lo que esta Sala estima incorrecto, porque la Ley Federal del Derecho de Autor, de conformidad con su artículo 1o., tiene como objeto, entre otros, la protección de los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, así como sus interpretaciones ejecuciones, ediciones, fonogramas o videogramas

y sus emisiones, lo que pone en evidencia que el hecho de que el Reglamento contemple la posibilidad de ordenar el cese o suspensión de los actos que presuntamente constituyan una infracción en materia de comercio **sobre la representación, recitación, ejecución pública, radiodifusión, transmisión y comunicación al público por redes de telecomunicaciones**, no resulta contrario al artículo 89, fracción I Constitucional, ello porque dicha disposición en forma alguna inhibe el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, el acceso a la infraestructura activa y pasiva, los recursos orbitales, la comunicación vía satélite, la prestación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, y la convergencia entre éstos sectores, lo que es parte del objeto que persigue la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

En efecto, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, las medidas provisionales que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial puede decretar tanto en términos del artículo 199 Bis de la Ley de la Propiedad Industrial como del diverso 177 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, sólo se refieren, en el caso concreto, a la protección y salvaguarda de los derechos de autores, artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los productores, editores y organismos de radiodifusión, y la suspensión o cese de aquellas actividades que presuntamente constituyan infracción en materia de comercio a que se refiere el penúltimo párrafo del ya citado artículo 177, remite a la ejecución, transmisión o reproducción de los contenidos protegidos por la Ley Federal del Derecho de

Autor a través de cualquier medio de comunicación y no así de la afectación a las redes de telecomunicaciones y radiofrecuencia como lo pretende hacer valer la recurrente toda vez que lo que se impedirá es la ejecución o reproducción de los contenidos protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor en sitios determinados dentro de la red de telecomunicaciones y no así la emisión, tránsito, transmisión o recepción de signos y señales a través de la misma. (énfasis en el original)

Es acertada esta postura de la SCJN (aunque su argumentación quizás no sea la más clara), pues las normas autorales en nada inciden en temas como concesiones, reglas de transmisión, infraestructura, etc., o cualquier otro propio del Derecho de las Telecomunicaciones, sino sólo en las responsabilidades por usar esas redes para violar derechos de autor y conexos.

Un tema de la mayor importancia que se planteó en ese amparo, fue el de la contravención a los arts. 6o. y 7o. constitucionales, a los que la Segunda Sala dio una respuesta muy escueta, insuficiente y hasta *cantinflasca*:

Es así que la medida prevista en el artículo 177, penúltimo párrafo del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor no es contraria al principio de acceso a la información, ello porque no se está ante un derecho de carácter absoluto.

En ese orden de ideas, de una interpretación armónica de los preceptos referidos con antelación, es factible concluir que contrario a

lo que refiere la quejosa, el artículo 177 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, no violenta el principio de distribución orgánica de funciones del Estado al no regular u ordenar como medida provisional el cese o suspensión de la transmisión, radiodifusión y comunicación por redes públicas de telecomunicaciones.

Habría sido más deseable que la Segunda Sala hubiera entrado de lleno a uno de los grandes temas de nuestra era: la relación entre derechos de autor y derecho a la información (versión moderna de la libertad de expresión).⁷⁷

Por otro lado, las medidas de cesación que ha ordenado el IMPI suelen abarcar la suspensión de acceso total al sitio web, así como la incorporación de una leyenda para que el público aprecie que esa suspensión se debe a un litigio en materia de derechos de autor.⁷⁸

⁷⁷ Sobre tan apasionante tema, sugerimos las siguientes lecturas: DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, "Derecho a la información y derechos de autor: ¿aliados o enemigos?" en ORTEGA, Jorge (coord.), *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*, Reus-ASEDA-Fundación AISGE, Madrid, 2010; GRIFFITHS, Jonathan, y SUTHERSANEN, Uma (coords.), *Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses*, Oxford University Press, Nueva York, 2005; NETANEL, Neil Weinstock, *Copyright's Paradox*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

⁷⁸ El texto que suele usar el IMPI es comúnmente así: "Por lo cual, se ordena suspender la prestación del servicio de acceso a la página de internet cuya dirección es [...], con dirección [...], a efecto de que los usuarios que pretendan ingresar a la misma, se encuentren impedidos para hacerlo. Adicionalmente, se ordena a [...], que en la página de internet [...], con dirección [...], se coloque la leyenda: 'En cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley de la Propiedad Industrial, Ley Federal del Derecho de Autor y su ordenamiento reglamentario, es imposible visualizar la página de internet [...], por existir una orden de suspensión o cese de actos que presuntamente constituyen una infracción en materia de comercio, la cual fue ordenada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial'".

A nuestro entender tal proceder del IMPI es contrario al principio de proporcionalidad, dado que limita el acceso a *todos* los contenidos de un sitio, y no sólo a los contenidos que se tachan de infractores. Para que el lector comprenda el tamaño de la desproporción, es como si en el mencionado caso “Esquela”, o alguno similar, se hubiera prohibido la circulación en total del periódico *Reforma*, y no sólo de la nota o contenidos supuestamente infractores. Otro ejemplo similar es bloquear el acceso en general a *Youtube*, y no sólo a los videos que violen derechos (como usualmente ocurre).

Por tal razón, no es de extrañarse que al IMPI le haya ido muy mal cuando las autoridades judiciales revisaron la regularidad de las medidas cautelares aplicadas al ámbito de Internet.

De esta manera, a guisa de ejemplo, tenemos otra vez el caso “B-ka.com”, donde el ISP que daba servicios al infractor presentó una demanda de amparo que, en este rubro, fue declarada fundada por el Juez Décimo Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal:

Aunado a lo anterior, en el acto reclamado la ahora autoridad responsable ordenó la suspensión o el cese de los actos que puedan constituir una violación a ciertas obras musicales; sin embargo, ordenó a la hoy quejosa que se restringiera la página de internet de origen y en su lugar se colocara la leyenda ‘En cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley de la Propiedad Industrial, Ley

Federal de Derecho de Autor, y su ordenamiento reglamentario, es imposible visualizarla página de internet B-ka.com, por existir una orden de suspensión o cese de actos que presumiblemente constituyen una infracción en materia de comercio, la cual fue ordenada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, misma que se está tramitando en el IMC 2036/2013 (M-340) 20995', esto es, ordenó la restricción total de la página de internet en mención así como que la hoy quejosa colocara la leyenda transcrita sin fundar ni motivar porqué si sólo ordenó la suspensión o el cese de los actos que puedan constituir una violación a ciertas obras musicales se ordenaba a la hoy quejosa la restricción total de la página y no sólo en relación con las obras musicales que dieron origen al procedimiento de origen.⁷⁹

Como se observa, la argumentación del Juez no es muy precisa, pero le reprocha al IMPI la orden de permitir el acceso a la totalidad del sitio web. Empero, cabe aclarar que el Juez no dice que esto se encuentre prohibido, simplemente se limita a decir que la autoridad administrativa no fundó ni motivo debidamente esa decisión.⁸⁰

Otro asunto destacado (y sumamente polémico) es el caso “Mymusiic.com”, en el que el IMPI dictó una medida provisional muy similar a la del caso “B-ka.com”, lo que dio origen a una demanda de amparo por el correspondiente ISP.

⁷⁹ Sentencia dictada en el amparo indirecto 1454/2013, el día 14 de marzo de 2014.

⁸⁰ Cabe mencionar que esta decisión del Juez, fue confirmada en la revisión por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Dicha demanda se turnó al Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, en cuya sentencia concedió el amparo al quejoso. En cuanto al fondo, dicha resolución se divide en dos partes; en la primera de ellas, encontramos una proclama de un anacrónico liberalismo radical, donde el Juez afirma:

En ese orden de ideas, este juzgador encuentra el **derecho fundamental de acceso a internet** obliga a que impere, por regla general, un **principio de indisponibilidad del espacio virtual para el Estado**, en tanto que la intromisión de éste a través de la ‘regulación’ del contenido o material que se publica en dichas redes genera el riesgo de que pueda convertirse en una restricción o censura previa de tales contenidos y, por lo mismo, en una restricción injustificada o desproporcionada de dicho derecho fundamental, interrelacionado con los derechos de acceso a la información y libertad de expresión, por virtud del principio de interdependencia reconocido en el artículo 1o. constitucional.

Lo anterior, pues bloquear, interferir, discriminar, entorpecer o restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido que este consulte o use, alguna aplicación y/o servicio, así como cualquier interferencia gubernamental³ en este sentido, afecta además al principio de neutralidad de la red.

La neutralidad de la red requiere que Internet se mantenga como fue concebida desde su creación, esto es, como una plataforma abierta

autorregulada en la que debe privilegiarse la libertad de los intereses y derechos de los usuarios, sin intromisión ni inferencias públicas y privadas.

De manera que el derecho fundamental de acceso a internet y el principio de neutralidad de la red no debe ser afectado, limitado o suspendido sino como **última medida** y exclusivamente para la prevención de algún acto que infrinja otros derechos fundamentales y previa realización de una ponderación de la afectación de cada interés legítimo que se encuentre en conflicto.

En ese sentido, en las discusiones sobre el tema, se ha establecido que solamente en casos extremos en que se éste facilitando, permitiendo o llevando a cabo actos como Terrorismo, Tráfico de órganos, Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad, Pornografía de personas menores de edad, Lenocinio, Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, delitos en materia de trata de personas o actos similares a través de internet (o cualquier otro medio), sí sería permisible que de forma preventiva y urgente se adopten medidas proporcionales en la red para combatir esos actos, ante la gravedad e irreparabilidad de los daños que su continuación podrían significar, lo que no sucede así en casos como el presente, en que están en juego intereses patrimoniales de un grupo limitado y definido de personas, o preferencias y/o opiniones particulares, máxime cuando tales derechos patrimoniales de autor no se han definido mediante una resolución firme de autoridad competente.

A la luz de las consideraciones anteriores, este juzgador constitucional observa que el derecho de acceso a internet debe privilegiarse a pesar de que se halle en conflicto con derechos de carácter patrimonial (de autor), toda vez que, por un lado, el bloqueo del acceso a internet afecta otros derechos humanos como el derecho a la información, a la libertad de expresión y el principio de neutralidad de la red, de manera irreparable, mientras que los derechos de carácter patrimonial de autor podrían verse reparados posteriormente en términos precisamente económicos, habida cuenta que su posible afectación no tiende a consumarse de manera instantánea o irreparable, más aún cuando el conflicto en materia autoral se halla en una fase preliminar en que no es posible determinar en términos definitivos sobre su afectación o no en el caso concreto, lo que ocurre solamente cuando existe una resolución firme de autoridad competente a esos efectos. (Énfasis en el original)

Esta postura del Juez nos parece criticable, pues se adhiere a la primera corriente de pensamiento de Internet (ya superada, como explicamos) y desconoce los peligros de la ausencia del Estado (y la mera autorregulación) a los que ya nos hemos referido. Asimismo, pasa por alto el mandato de optimización de proteger los intereses materiales de los autores en la mayor medida de lo posible, lo que implica *ponderar* ese derecho fundamental con los otros que se contraponen, como la libertad de expresión.⁸¹

⁸¹ Sobre cómo hacer estas ponderaciones, *cfr.* DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 853 y ss.

Posteriormente, en una parte más encomiable, continúa diciendo la sentencia de mérito:

De lo cual se sigue que, no obstante que la medida cautelar está dirigida en contra del Administrador, Titular, Propietario y/o Responsable del sitio web www.mymusiic.com con número de IP ***** se ordena también a la parte quejosa la restricción total de la página de internet en mención, no sólo en relación con las obras musicales que dieron origen al procedimiento de origen, sin considerar que tal suspensión podría implicar hacer nugatorio el acceso de múltiples personas a diversa información y contenido no relacionado con el procedimiento en comento, pero más aún, que se ordena tal medida restrictiva sin antes verificar si el Administrador, Titular, Propietario y/o Responsable del sitio web dio o no cumplimiento a la medida provisional ordenada, suspendiendo el acceso a las obras en cuestión, por lo cual **dicha medida resulta desproporcionada y sobrecomprensiva**, pues ordena a un proveedor de acceso a internet (ISP) que suspenda el acceso a sus suscriptores, no sólo a la sección en donde pudiera encontrarse la copia de la obra, interpretación, edición, fonograma o videograma y/o emisión materia del procedimiento de origen, sino a toda la página de internet respectiva.

Máxime que la prohibición de acceder a una página de internet en su totalidad podría tener implicaciones de censura unilateral de contenidos por parte de una autoridad administrativa sin intervención de un organismo autónomo, como el Poder Judicial, que garantice los

derechos fundamentales de los usuarios de tales contenidos y de los proveedores del servicio.

Todo lo anterior conlleva a concluir que, en casos como el presente, en que se dicta una medida cautelar que podría perseguir una finalidad legítima, en tanto que busca proteger los derechos de autor de las personas morales que solicitaron la medida cautelar en el procedimiento administrativo natural, pero coloca en riesgo el derecho fundamental de acceso a internet y el principio de neutralidad de la red, **la autoridad responsable se encuentra obligada a realizar una valoración pormenorizada, clara y específica que demuestre la necesidad, idoneidad, proporcionalidad y procedencia de la imposición de tal limitación** a los derechos de la colectividad, dado que éstos no deben ser afectados, limitado o suspendido sino como última medida y exclusivamente para la prevención de algún acto que infrinja otros derechos fundamentales y **previa realización de una ponderación** de la afectación de cada interés legítimo que se encuentre en conflicto. (Énfasis en el original)

Aquí es donde el Juez da en el clavo (y con mayor claridad que el Juez Décimo Quinto), determinando que el bloqueo al acceso a la totalidad del sitio web es contrario al principio de proporcionalidad. Incluso matiza su radicalismo inicial, dejando abierta la puerta a que el IMPI imponga medidas cautelares, siempre y cuando cumpla con el principio de proporcionalidad (en especial, ponderando) y argumente (motive) satisfactoriamente su proceder.

4. Conclusiones

Desde el punto de vista sustantivo, la LFDA cumple con los estándares internacionales de protección a los derechos de autor en Internet (en especial, mediante la modalidad de “puesta a disposición”); sin embargo, se requieren algunos ajustes en los aspectos procesales para hacer más efectiva la protección. El nuevo marco internacional que se está generando en la materia seguramente impactará en la legislación sobre estos temas.

COMPETITIVIDAD Y ECONOMÍA DE INTERNET

*Jimena Moreno González**

Sumario: 1. Introducción. 2. Economía de Internet. 3. Competencia económica. 4. Marco normativo de la competencia en el sector de telecomunicaciones en México. 5. Regulación y economía de Internet. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Palabras clave: Economía de Internet; economía digital; competencia económica; competitividad; regulación; innovación; telecomunicaciones; Internet; despliegue de infraestructura; banda ancha.

1. Introducción

El incremento de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y de Internet se ha incrementado de manera vertiginosa en los últimos años. Esto ha tenido como consecuencia que se hayan desarrollado plataformas para el intercambio comercial a través del uso de Internet, lo

* Maestra en Dirección. Profesora Asociada y Secretaria General del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Correo electrónico jimena.moreno@cide.edu; Twitter @jimenacide.

que ha provocado un cambio en la manera en cómo se hacen los negocios, cómo se compite en los mercados y cómo se establecen relaciones comerciales. Es una plataforma atractiva ya que reduce costos tanto de distribución como de búsqueda de clientes potenciales, diluye las barreras geográficas, con lo cual incrementa el potencial para tener un mayor intercambio comercial en otras partes del mundo.

Este capítulo tiene como objetivo hacer una revisión de la economía de Internet partiendo, en la primera sección, del concepto de la economía de Internet y de la situación de la economía del mismo en México y el mundo. A continuación se aborda el tema de la competencia económica como un factor indispensable de la competitividad en esta industria. En esta sección, se pretende hacer un análisis de aquellos tratados o convenios internacionales que han tenido una influencia en el desarrollo de la competencia en México. Posteriormente, partimos del análisis de la normatividad mexicana que tenga una relación directa con la competencia y las telecomunicaciones. Es importante mencionar que los temas de competencia económica están vinculados a las telecomunicaciones y se mencionan los aspectos que consideré los más importantes para entender el tipo de normatividad aplicable, con el objeto de promover un mercado más competitivo en la materia.

Para poder hablar de la economía de Internet y de competitividad es importante tomar en cuenta que existen otros factores que influyen en el desarrollo del mismo, como la innovación, la inclusión, la protección a la privacidad y a los datos personales y los derechos a la propiedad intelectual.

tual. Estos temas se abordarán en la última sección. Finalmente se esbozan las conclusiones de este capítulo.

2. Economía de Internet

La economía de Internet, o la economía digital, comprende una serie de actividades económicas y sociales que usan como plataforma los servicios de Internet. Esto incluye, entre otras herramientas, al cómputo en la nube y las redes móviles. Se vincula directamente con el desarrollo del *software* y del *hardware*, lo que lo hace una industria muy proclive hacia la innovación en el diseño de plataformas que mejoren tanto la seguridad de los usuarios, como la velocidad y la información para el intercambio comercial, así como para el uso de las redes sociales.

Uno de los elementos fundamentales para su crecimiento es la cobertura en la infraestructura de las telecomunicaciones, y el acceso a la banda ancha que permita la conectividad de todos los sectores de la sociedad, para convertirse en un factor de inclusión que pueda mejorar las condiciones de vida de la mayor parte de la población.¹

El desarrollo de la economía de Internet depende, por un lado, del desarrollo y del despliegue de infraestructura de banda ancha que pueda

¹ CEPAL, *Economía digital para el cambio estructural y la igualdad*, 2013. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35408-economia-digital-para-el-cambio-estructural-y-la-igualdad>, p. 13.

abarcando zonas geográficas de difícil acceso, en poblaciones marginadas, con el objetivo de generar políticas de inclusión social para que la mayor parte de la población pueda tener acceso a Internet; y, por el otro, garantizar el libre flujo de la información. Esto representa un reto para los Estados ya que deberán trabajar de manera conjunta para regular y generar esquemas jurídicos con la finalidad de proteger la privacidad, los datos personales, a los consumidores, los derechos de propiedad intelectual dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales.²

La economía de Internet tiene la ventaja de que disminuye los costos de transacción, incursiona más rápidamente en los mercados, elimina las distancias geográficas, generando que la cadena de valor y las operaciones sean más eficientes. De esta forma se produce un esquema muy atractivo para las empresas y los consumidores.

2.1. La evolución de la economía de Internet en México y el mundo

Las TIC e Internet son instrumentos que ayudan a hacer más eficientes los servicios públicos, la actividad comercial y financiera, lo que ha sido un incentivo para el crecimiento y desarrollo de estas tecnologías. Internet ha cambiado la forma en que las personas, el comercio y las transacciones

² OECD (2014), *OECD Principles for Internet Policy Making*. p. 5. Disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>

financieras interactúan, esto a su vez, también ha tenido un impacto importante en la comunicación global, ya que este medio tiene cada vez más, una gran importancia en la forma de comunicar acontecimientos mundiales.³

Internet forma parte fundamental de la vida de las personas, de las empresas, de las instituciones educativas y de las instituciones gubernamentales. Mientras que en el año 2000 la penetración de Internet era menor al 5% a nivel mundial, hoy en día casi 40% de la población mundial está conectada.⁴

De acuerdo con la CEPAL, el impacto de la economía de Internet en el Producto Interno Bruto (PIB) de cuatro países de América Latina (Argentina, Brasil, Chile y México) ha sido positivo, con una contribución aproximada del 2%, y se prevé que para el 2016 podría alcanzar 3,3%. Según las estimaciones de la consultora *Boston Consulting Group*, en los países más desarrollados, la economía de Internet contribuye, en promedio, con 6,8% del PIB, mientras que en países como China e India, exportadores netos de *software* y *hardware*, su aportación es de 4,8 por ciento.⁵

En 2013, más del 75% de la población mundial ya tenía acceso a un teléfono celular y la cantidad de suscripciones a los servicios de telefonía

³ Por TIC podemos entender el uso de equipos de telecomunicaciones y computadoras para la transmisión, el procesamiento y el almacenamiento de datos.

⁴ KOSKE, Isabell, *et al.*, "The Internet Economy—Regulatory Challenges and Practices", *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 1171, OECD, 2014. <http://dx.doi.org/10.1787/5jxszm7x2qmr-en> Koske, p. 5.

⁵ *Op. cit.* CEPAL. *Economía digital para el cambio estructural*, p. 15.

móvil llegó a 7,000 millones.⁶ Sin embargo, todavía existen países con una débil inclusión en la conexión de banda ancha que permite que un porcentaje importante de la población mundial quede fuera de los beneficios de la economía de Internet.

Aun cuando el incremento de los usuarios de Internet a nivel mundial se ha triplicado significativamente en la última década, en 2005 había cerca de 1,000 millones de usuarios, y se estimaba que a finales de 2015 habría aproximadamente 3,200 millones de usuarios.⁷ Todavía falta mucho para que la inclusión de la población de más bajos recursos sea una realidad. El desarrollo de plataformas para agilizar el intercambio comercial ha dado como resultado que el comercio electrónico no sólo aumente, sino que empiece a interactuar desde una realidad diferente, esto nos lleva a pensar que también existen ciertos factores que podrían promover u obstaculizar el desarrollo de Internet y su impacto en la economía, en temas como la innovación, la competitividad, la regulación y la inclusión.

En cuanto al uso de Internet en México, según la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), al finalizar 2014, la población potencialmente usuaria (mayores de 6 años) conectada a Internet en México, alcanzó 51% de penetración, lo que equivale a 53,9 millones de usuarios. Esto significa

⁶ <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/NEWSSPANISH/tecnologías-de-la-información-y-comunicaciones.html>, p. 1.

⁷ BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos digitales*, cuadernillo del "Panorama general", Banco Mundial, Washington DC. Licencia: *Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO*, 2016, p. 2.

un crecimiento de 5,3 % con respecto al año anterior, con una exposición diaria de aproximadamente 6 horas –24 minutos más respecto al 2013–.⁸

La evolución del mercado en el comercio electrónico en México ha tenido un avance significativo en los últimos años. En 2009, el valor del mercado era de 24,5 miles de millones de pesos, para el 2014 esta cifra se elevó a 162,5 miles de millones de pesos.⁹

2.2. Declaración de Seúl sobre el futuro de la economía de Internet

Ante la preocupación de impulsar el desarrollo de la economía de Internet como una de las herramientas para el desarrollo económico de los países, el 17 y 18 de junio del 2008, alrededor de 53 Ministros de los países miembros y no miembros de la OCDE adoptaron la llamada “Declaración de Seúl”, en la que se establecieron los principios para mejorar la coordinación y cooperación global del futuro de la economía de Internet, estimular un crecimiento económico sostenible creando un entorno político y regulatorio que fomenten la innovación, la inversión y la competitividad en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).¹⁰

⁸ Asociación Mexicana de Internet. 11o. estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México. Disponible en https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNauta_MEXICANO_2015.pdf, diapositiva 1.

⁹ Asociación Mexicana de Internet. *Estimación del valor de mercado del comercio electrónico en México 2014*. www.amipci.org.mx, p. 4.

¹⁰ Disponible en <http://www.oecd.org/internet/consumer/40839436.pdf>

Entre los acuerdos más importantes destacan los siguientes:

- Trabajar de manera conjunta con el sector privado, la sociedad civil y la comunidad de Internet para asegurar las redes de TIC, ya que éstas son las que sostienen la economía de Internet.
- Tomar las medidas necesarias para proteger a los usuarios de la economía de Internet. Proteger los datos personales, así con la privacidad de las personas en línea. Esto incluye la cooperación transfronteriza.
- Proteger al consumidor, procurando regímenes de protección eficientes y de solución de controversias que sean accesibles, incluyendo el resarcimiento del daño económico derivado del comercio en línea.
- Incrementar la cooperación para mejorar la ciberseguridad, la protección a la privacidad, a los consumidores y a los menores de edad.
- Trabajar para determinar la aplicación de los instrumentos de la OCDE relacionados con la protección al consumidor, la privacidad y la seguridad a raíz de los distintos cambios tecnológicos, de los cambios en las estructuras de los mercados y del comportamiento de los usuarios y de las entidades digitales.

Esta declaración establece las directrices para que los países puedan promover la economía de Internet y verse beneficiados en el uso de las tecnologías de la información. Es un paso muy importante para discutir y poner sobre la agenda los problemas de competencia, regulatorios, de protección a la privacidad, datos personales y consumidores y derechos de propiedad intelectual. La cooperación de los países para generar directrices comunes es indispensable si se quiere asegurar la privacidad y avanzar en el comercio.

3. Competencia económica

El crecimiento de la economía de Internet tiene como consecuencia una constante preocupación en las reglas de la competencia económica y una demanda de los actores para su regulación.¹¹

Debido a que Internet recae en redes de tecnología fijas y móviles, la competencia en el sector de las telecomunicaciones juega un papel fundamental en la economía del internet. La red de telecomunicaciones tiene grandes economías de escala que pueden impedir la competencia. Fomentar el desarrollo de internet implica una mayor penetración de las redes, lo que puede llevar a que podamos ver a más empresas con posiciones dominantes en el mercado. Estas empresas pueden adoptar políticas de precios u

¹¹ EVANS, David, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Internet Global Economy*, University of Northwestern, vol. 102, núm. 4, p. 1988.

otras estrategias que pudieran no ser compatibles con las reglas básicas de la competencia y en donde los beneficios a los consumidores se pudieran ver mermadas.¹²

El desarrollo de las TIC y el impulso a la economía de Internet favorecen los monopolios naturales debido a la inversión en infraestructura y a la capacidad técnica que deben tener los competidores, esto puede dar lugar a una mayor concentración de los mercados, lo que beneficia a las empresas ya establecidas creando importantes barreras de entrada al mercado.¹³

Las autoridades de competencia están ante el gran reto de regular el mercado para evitar conductas anticompetitivas, promover la competencia económica y la libre concurrencia, ya que puede dar lugar a una concentración del mercado, evitando prácticas monopólicas y, a su vez, procurando no inhibir la innovación que es parte fundamental del desarrollo de este sector. Por otro lado, debe proteger al consumidor del mal uso de sus datos personales y de la intromisión a la vida privada.

Como hemos mencionado, Internet ha creado nuevas maneras de hacer negocios, ha generado nuevas estructuras de mercado y nuevos y

¹² *Op. cit.*, KOSKE, I., *et al.*, “The Internet Economy-Regulatory...”, p. 8.

¹³ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos digitales*, cuadernillo del “Panorama general”, Banco Mundial, Washington DC., 2016 Licencia: *Creative Commons* de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO, p. 30.

diferentes consumidores. Esta realidad necesariamente lleva a que las autoridades de competencia tengan que entender bien este nicho de mercado para poder regularlo, tarea que no es fácil debido a la velocidad de transformación que tiene. Resulta desafiante aplicar las mismas reglas a escenarios absolutamente distintos, es decir, hay conductas que no encuadran en los modelos actuales debido a la singularidad en su operación. Por ejemplo, empresas como Google que es líder a nivel mundial en buscadores de información pero que su actividad principal es la publicidad, con servicios gratuitos para los consumidores y con una posición dominante en el mercado de la publicidad que además, hace que los esquemas regulatorios no encuadren necesariamente en este tipo de actividades.¹⁴

3.1. La competencia y la economía de Internet *¿Competencia perfecta?*

La competencia perfecta parte del supuesto de que las empresas participantes son idénticas en funciones de producción y tecnología, costos, localización, habilidades gerenciales, además de que no existen barreras de entrada ni de salida del mercado.¹⁵ Es decir, son idénticas en condiciones de mercado, de precios, las barreras a la entrada y salida son inexistentes y en donde los productos son homogéneos, la información de los compradores y vendedores es idéntica, ofreciendo los mayores beneficios de calidad y

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵ CALL, Steve T. y HOLAHAN, William L., *Microeconomía*, 2a. ed., Grupo Editorial Iberoamérica, México, 1985, p. 241.

precios a los consumidores. En este tipo de mercado, el precio es igual al costo marginal manteniendo la oferta y la demanda en el punto de equilibrio.¹⁶

Sin embargo, la competencia perfecta es difícil de alcanzar. Existen barreras a la entrada, hay asimetrías en la información, los productos están diferenciados y hay costos de transacción importantes.

Internet, como herramienta en el proceso de búsqueda y proveedor de información en las transacciones comerciales, juega un papel preponderante en la toma de decisiones del consumidor debido a que bajan los costos de transacción casi a cero. Estos factores generan mejores condiciones de mercado,¹⁷ lo que se traduce en un mercado con precios más accesibles y sumamente atractivo para los usuarios del mismo. Sin embargo, las barreras de entrada en cuanto a la tecnología aplicada pueden generar distorsiones.

3.2. Apertura comercial y competencia económica en México

No podemos hablar de competencia económica sin entender el contexto y la evolución comercial de México. De ahí que tendremos que remontarnos al primer paso de apertura que México dio en 1986 al incorporarse al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés).

¹⁶ O. ROURKE, Maureen A., "Shaping Competition on the Internet: Who Owns Product and Pricing Information?", *Vanderbilt Law Review*, 2000, p. 1988.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1969.

A partir de ese momento, las reglas del comercio internacional cambian y empieza el intercambio de bienes y servicios con la comunidad de Estados.

En 1994 entra en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el que se establece no sólo el mecanismo para reducir aranceles y abrir el mercado de bienes, sino también se establecieron las reglas para la apertura en materia de inversión, servicios financieros e incluye capítulos innovadores en relación a la propiedad intelectual, compras gubernamentales, y a la competencia económica, entre otros, creando un Tratado de Libre Comercio con características únicas.

Tal como un estudio de la OCDE señala:

Después de la entrada en vigor del TLCAN el comercio con los Estados Unidos y Canadá se triplicó, y en el periodo comprendido entre el inicio del proceso de liberalización en 1984 y 2002, las importaciones anuales experimentaron un incremento de más del 1000 por ciento, mientras que las exportaciones aumentaron en un 555 por ciento. Tal como se había anticipado, la liberalización de las importaciones, representó un estímulo positivo para la competencia a nivel nacional en los sectores de bienes comerciables de México.¹⁸

El artículo 1501 del capítulo XV del TLCAN establece el compromiso para que las Partes adopten medidas que prohíban prácticas contrarias

¹⁸ OECD, *Políticas y Ley de competencia económica en México*. Disponible en <http://www.oecd.org/mexico/31430897.pdf> p.11.

a la competencia económica, lo que de alguna manera presionó a México para crear una legislación que evitara y castigara las prácticas desleales de comercio, fomentara la competencia económica y prohibiera los monopolios.

En 1992, antes de la entrada en vigor del TLCAN se expidió la Ley Federal de Competencia Económica,¹⁹ en la exposición de motivos de esta ley se establece la necesidad de promover la eficiencia económica y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas y evitar las prácticas monopólicas, con el objetivo de tener menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios; asimismo, se crea la Comisión Federal de Competencia como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, con autonomía técnica y operativa, encargada de la prevención, investigación y combate de los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones.²⁰

4. Marco normativo de la competencia en el sector de telecomunicaciones en México

4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, en adelante) establece las bases de la libre concurrencia, prohíbe

¹⁹ La Ley Federal de Competencia Económica fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, y entró en vigor el 22 de junio de 1993.

²⁰ Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia de 1992. Disponible en http://cofece.mx/attachments/article/38/Compendio_CFCE_enero_2014.pdf

los monopolios y todas aquellas prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia.

Asimismo, establece las bases para fijar precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular y para imponer modalidades a la distribución de esos productos, a fin de evitar escasez y por consiguiente el alza de precios.

Establece excepciones a los monopolios cuando el Estado ejerce de manera exclusiva sus funciones en las áreas estratégicas como son correos, telégrafos, y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad, acuñación de moneda y emisión de billetes y las actividades que señale el Congreso de la Unión.

El dominio de la vía de comunicación satelital, queda en manos del Estado, al otorgar concesiones o permisos a sujetos del sector social o privado para su uso o aprovechamiento como lo prevé el artículo 25 párrafo quinto y del artículo 28 párrafo cuarto.

Como lo hemos mencionado a lo largo de este capítulo, el acceso y el despliegue de la infraestructura es parte fundamental para el desarrollo de la economía de Internet. La Constitución establece ciertas normas relacio-

nadas con la instalación y aprovechamiento de la infraestructura para proveer servicios de telecomunicaciones

El artículo 6, tercer párrafo establece que el Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información, comunicación, telecomunicaciones y radiodifusión incluido en del banda ancha e Internet y mandata al Estado a establecer condiciones de competencia efectiva de forma tal que garantice a toda persona el acceso a éstos. Este precepto tiene como principal mandato el proveer las bases para la inclusión social a los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión.

4.2. Reforma constitucional en materia de competencia, radiodifusión y telecomunicaciones

En la iniciativa de Decreto de la reforma constitucional que el Ejecutivo presentó al Congreso de la Unión en materia de competencia, radiodifusión y telecomunicaciones, el 11 de marzo de 2013, señala que ésta es una oportunidad para corregir anomalías estructurales en los mercados con el objeto de establecer condiciones de competencia y libre concurrencia en los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión y una oportunidad para que la población pueda acceder a las Tecnologías de la Información y Comunicación, incluida la banda ancha.²¹ Se trata de una reforma que promueve

²¹ Véase la “Iniciativa de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, presentada por el Ejecutivo Federal y los Diputados

la inclusión de la población a las TIC, estableciendo el derecho acceso a las tecnologías de la información y servicios de radiodifusión y telecomunicaciones.

Adicionalmente, promueve el despliegue de infraestructura y la conectividad, establece medidas para estimular la competencia en televisión abierta y restringida, radio, telefonía, telecomunicaciones y servicios de datos en general.

Esta reforma también sienta las bases para que la población tenga más oportunidades de acceso a los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, y para mejorar las condiciones de competencia y libre concurrencia en estas materias, ya que los grupos de ciudadanos puedan operar sus propios medios de comunicación a través de las concesiones de uso social (incluye a los medios comunitarios e indígenas). Las concesiones también podrán ser para uso comercial, público o privado.

Se establece que las telecomunicaciones serán servicios públicos de interés general, *“por lo que el Estado garantizará que los mismos sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias”* (artículo 6o., inciso B, fracción II de la CPEUM). El acceso a

Coordinadores de los Grupos Parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional, del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Verde Ecologista de México, ante la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, el 11 de marzo de 2013.

las tecnologías de la información, radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet se considera como un derecho de acceso universal.

La reforma constitucional promueve el uso de las TIC y el Internet y tiene entre sus prioridades promover la libre competencia y la inclusión social en los servicios de telefonía, radiodifusión e Internet.

4.3. Instituto Federal de Telecomunicaciones

Con la reforma constitucional del 2011 se crea el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) como órgano regulador con autonomía constitucional, y es la autoridad encargada de regular y sancionar en materia de competencia económica. En esta reforma se amplían sus facultades para regular la competencia económica, promover el desarrollo de la infraestructura y ampliar el acceso de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión a la población.

En términos generales, se le otorgan facultades para regular de manera asimétrica a quienes participan en los mercados de telecomunicaciones y radiodifusión, imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al régimen de concesiones y a la propiedad cruzada de varios medios de comunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica.

El IFT tiene como uno de sus principales objetivos el de facilitar el despliegue y el acceso de la banda ancha, factor indispensable para el desarrollo de la economía de Internet. Uno de los mecanismos propuestos es a través de la compartición de infraestructura como mecanismo para disminuir costos y minimizar los impactos sobre la urbanización y el medio ambiente. Además, se contempla la explotación de infraestructura pública para el despliegue de redes de telecomunicaciones.²²

Es de vital importancia tomar en cuenta las facultades que se le otorgaron al IFT para regular en esta materia. Así, observamos como en el artículo 28 constitucional, párrafos décimo quinto a décimo octavo le otorga amplias facultades para regular (i) el uso, aprovechamiento y explotación del *espectro radioeléctrico, redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones*; el acceso a la infraestructura activa, pasiva y a otros insumos esenciales para el despliegue de las telecomunicaciones, y la limitación a la concentración nacional y regional de frecuencias, pudiendo ordenar la desincorporación de activos (*infraestructura*), derechos o partes necesarias para tal efecto, en función de los principios enunciados anteriormente (*cobertura universal, interconexión, convergencia, acceso libre, etcétera*).

4.4. Preponderancia

La reforma constitucional también incorporó el concepto de preponderancia para aquellos agentes económicos con presencia significativa en los

²² MARISCAL, Judith y RENTERÍA, César, *La Reforma de Telecomunicaciones y los Estados*, Instituto Mexicano para la Competitividad, s/d, p. 48.

mercados de telecomunicaciones y radiodifusión, por agente económico debe entenderse *aquellas personas que, por su actividad, se encuentran estrechamente vinculadas con la producción, la distribución, el intercambio y el consumo de artículos necesarios, que repercute y trasciende necesariamente en la economía de un Estado.*²³ Esto sucede cuando el agente económico cuenta con más de 50% de suscriptores.

Se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, “a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el IFT”.²⁴

El IFT es el órgano encargado de declarar la preponderancia tanto a un agente económico, como a un grupo de interés económico. Por grupo de interés económico debe entenderse cuando “una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, ejercer una influencia decisiva o control sobre otras, de iure o de facto”.²⁵

²³ Tesis aislada, amparo en revisión 761/99. AGENTES ECONÓMICOS, CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XV*, Novena Época, p. 457, 20 de febrero de 2002. Reg. IUS 187336.

²⁴ Artículo 262, párrafo segundo de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

²⁵ Tesis aislada I.1o.,A,E,57 A(10a.). INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. PUEDE DECLARAR PREPONDERANTE TANTO A UN AGENTE ECONÓMICO, COMO A UN GRUPO

Una vez que el IFT haya declarado a un agente económico como preponderante, podrá ordenar una serie de medidas de regulación asimétrica como la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de los límites a efecto de reducir su participación nacional por debajo del 50% en el sector donde hayan sido declarados preponderantes y siempre que, con la ejecución de dicho plan se generen condiciones de competencia efectiva en los mercados que integran los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Adicionalmente, el agente económico declarado como preponderante en el sector de las telecomunicaciones deberá permitir a los concesionarios y a los autorizados a comercializar servicios de telecomunicaciones en el ámbito geográfico de su concesión.

Esto para el efecto de reducir su participación nacional por debajo del 50% en el sector donde hayan sido declarados preponderantes y siempre que con la ejecución de dicho plan se generen condiciones de competencia efectiva en los mercados que integran los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

4.5. Compartición de infraestructura

En relación con la compartición de infraestructura, se establecen ciertas regulaciones para promover la competencia en el mercado, así, el IFT será

DE INTERÉS ECONÓMICO, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Décima Época, 19 de junio de 2015, pág. 2245. Reg. IUS 2009320.

el encargado de aprobar las ofertas públicas de referencia para los servicios de interconexión, usuario visitante, compartición de infraestructura pasiva, desagregación efectiva de la red pública de telecomunicaciones local, accesos (incluyendo enlaces) y servicios de reventa mayorista sobre cualquier servicio que preste de forma minorista.

También deberá permitir la interconexión e interoperabilidad entre concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones en cualquier punto factible, independientemente de donde se ubiquen, permitir a otros concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones el acceso de manera desagregada a su infraestructura sobre tarifas individuales no discriminatorias. En cuanto al servicio de acceso a la red pública de telecomunicaciones local, el IFT deberá ofrecer el servicio, al circuito físico que conecta el punto de conexión terminal de la red en el domicilio del usuario a la central telefónica o instalación equivalente de la red pública de telecomunicaciones local desde la cual se presta el servicio al usuario.

Con el objeto de que exista una mayor competencia y se generen mayores oportunidades a los competidores, los operadores dominantes en telecomunicaciones tienen la obligación de desagregar la red de acceso tanto telefónica como de Internet para que otros operadores puedan utilizarla.

Se permite la participación de la inversión extranjera en el mercado de las telecomunicaciones del 100% y en el mercado de la radiodifusión el

límite es de 49%, éste bajo un principio de reciprocidad. Se le ordena al Ejecutivo Federal a incluir en el Plan Nacional de Desarrollo un programa de trabajo para garantizar el uso óptimo de las bandas de 700 MHz y 2.5 GHz bajo principios de acceso universal, no discriminatorio, compartido y continuo.

4.6. Ley Federal de Competencia Económica

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia. Se establece la prohibición de los monopolios y estancos, así como las prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.²⁶

En materia de imposición de precios a los productos que sean necesarios para la economía nacional o consumo popular, el Ejecutivo Federal determinará los bienes y servicios sujetos a precios máximos siempre y cuando no haya condiciones de competencia efectiva en el mercado relevante de que se trate. En este sentido, la COFECE será la autoridad encargada de emitir la declaratoria para determinar si no hay condiciones de competencia.²⁷

²⁶ Artículo 8 de la Ley Federal de Competencia Económica.

²⁷ Artículo 7 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Adicionalmente a las excepciones a los monopolios establecido en el artículo 28 constitucional señalado en el apartado anterior, la LFCE señala que no se consideran monopolios las asociaciones de trabajadores ni los privilegios que se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras ni a los inventores para perfeccionar el uso de sus inventos.²⁸

4.7. Comisión Federal de Competencia Económica

La reforma constitucional del 2011 crea a la Comisión Federal de Competencia Económica,²⁹ como la autoridad en competencia económica dando un rango de órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como misión garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

²⁸ Artículo 5 de la Ley Federal de Competencia Económica.

²⁹ Antes de la reforma era la Comisión Federal de Competencia que está adscrita a la Secretaría de Economía.

Derivado del análisis anterior podemos decir que el IFT es la autoridad reguladora en competencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y la COFECE es la autoridad de competencia para los mercados. Sin embargo, existe la posibilidad de que emitan criterios para temas comunes o no respeten las competencias de cada uno, pudiendo ser contradictorios. Ya lo advierte el Segundo Tribunal Especializado en al señalar lo siguiente:

Tratándose específicamente de redes de telecomunicaciones, el estudio de la competencia económica correspondiente no puede realizarse de manera segmentada en razón de las diversas fases del proceso productivo que conllevan, primero, la construcción y, después, la operación de dichas redes, ya que ello implicaría soslayar la íntima relación que guardan entre sí y el grado de influencia y/o dependencia que el desarrollo tecnológico de una fase genera en otra. De ahí la importancia de que estén coordinadas y trabajen conjuntamente para crear certeza jurídica en cuanto a la regulación de los mercados.³⁰

5. Regulación y economía de Internet

Las economías actuales dependen de una serie de factores externos que se vinculan de manera sistemática. Así, tenemos que no sólo importan las

³⁰ Conflicto Competencial C.C.A. 2/2015. CONFLICTO COMPETENCIAL ADMINISTRATIVO SUSCITADO ENTRE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, Sentencia, Segundo Tribunal de Circuito en Materia Administrativa en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones Especializado, 8 de octubre de 2015.

políticas internas para impulsar el desarrollo económico de los países sino que influyen de manera directa diferentes jugadores que hay que tomar en cuenta como las asociaciones comerciales por región y mundiales, organizaciones financieras internacionales (como el FMI), organizaciones no gubernamentales que cada vez más presionan a los gobiernos en cuestiones ambientales y sociales.³¹ Es decir, existen cada vez más actores externos en el escenario gubernamental.

Los gobiernos nacionales están frente al reto de regular un mercado con diferentes jugadores, en donde las fronteras para hacer negocios son invisibles, en donde las transferencias financieras por vía electrónica mueven las grandes inversiones, en donde los avances tecnológicos en las redes y el uso de Internet están poniendo un dinamismo importante en las relaciones comerciales y sociales; y en donde la obligación de Estado para regular tiene que darse con el objeto de proteger a los consumidores, evitar la competencia desleal, procurar la innovación pero sobre todo, debe fomentar el desarrollo de las economías nacionales y locales con instituciones nacionales que deberán interactuar con una economía global cada vez más presente en la economía interna y más sólida en el ámbito internacional, por lo que los gobiernos deben replantearse sus sistemas de regulación.³²

³¹ En este sentido México tiene celebrados 11 Tratados de Libre Comercio, y está en ratificación en el Senado el Acuerdo Transpacífico de Libre Comercio (TPP) que abarca 12 países que representan 40% del PIB mundial, con un mercado de 800 millones de personas, es miembro de la Organización, Mundial del Comercio, entre otras organizaciones internacionales.

³² MESSNER, Dirk, "La arquitectura de gobernanza global en la economía globalizada. El concepto del World Economic Triangle", *Revista Instituciones y Desarrollo*, núm. 14-15, 2003, pp. 139-170.

Los gobiernos deben ser cautelosos en la forma en cómo van a regular, ya que en una industria tan dinámica como la de las TIC, puede entrar en conflicto el sistema normativo nacional que en ocasiones puede ser muy rígido, pudiendo llegar a frenar el desarrollo de la industria.

El desafío radica en el diseño de una legislación y de instituciones nacionales que puedan responder al nuevo escenario de la economía globalizada y que también responda a las necesidades económicas y sociales de cada Estado. El Estado deberá crear un entorno de negocios eficiente, que además sea incluyente a través de generar mayor acceso de la población a las tecnologías de la información e Internet; es decir, incrementar la conectividad, promoviendo mejores oportunidades de trabajo para propiciar una mejor distribución en el ingreso y evitar la sobre explotación de los recursos naturales.³³

El uso de Internet tiene como característica que no existen fronteras, es decir, no existe un control físico de la red y existen pocos límites en el intercambio y flujo de información entre los países. Esto ha generado que se desarrollen diversas regulaciones y acuerdos internacionales en propiedad intelectual y *ciber crimen*.

Una de las principales interrogantes que surgen en torno a la regulación es en el sentido de qué tan severa debe ser ésta en Internet, pareciera

³³ *Ibidem*, pp. 5-6.

que se necesita tener una regulación mínima porque la red es un instrumento insustituible en cuanto a los flujos informativos, lo que se opone a una fuerte intervención gubernamental.³⁴

5.1. Protección al consumidor

Es importante tomar en cuenta que el mayor número de transacciones hechas en Internet se da en las legislaciones nacionales, pero suelen involucrar diferentes jurisdicciones, lo que hace que la regulación y la resolución de conflictos se convierta en un tema de mayor complejidad.³⁵

Uno de los objetivos primordiales de la regulación es establecer las bases para generar una competencia efectiva de las empresas en el mercado en el que están compitiendo, pero también es fundamental que existan esquemas para proteger al consumidor. Esta protección se refiere tanto a contenidos en las redes y el bloqueo de ciertas páginas web con contenidos de pornografía, uso de drogas, violencia, etc., como la protección de las transacciones financieras y comerciales (*e-commerce*). Tener certeza jurídica para resolver las posibles controversias derivadas de los bienes los servicios adquiridos, y de las transacciones comerciales, es fundamental para que siga creciendo el mercado, por lo que la rapidez y la imparcialidad

³⁴ DE MINICO, Giovanna, "New Social Rights and Internet: Which Policies Combine Them?", *Publishers International Community Law Review*, núm. 1, University of Naples, Federico II, Italia, 2013, p. 264.

³⁵ KOSKE, I., *et al.*, "The Internet Economy—Regulatory...", *op. cit.*, p. 9.

en la solución de conflictos *on line* se torna como un elemento fundamental en la economía de Internet. Diversos elementos entran en juego al momento de resolver conflictos en el comercio electrónico. Uno de ellos es la dificultad de identificar al tribunal competente y al derecho aplicable, lo que generaría una confusión entre las partes y, por ende, un déficit en la seguridad jurídica.³⁶

Una de las premisas básicas del desarrollo económico es la certidumbre jurídica en el intercambio de comerciales y en las inversiones. La confianza de los agentes económicos es fundamental para promover el comercio y con ello impulsar el desarrollo económico. No podemos hablar de confianza si no existe seguridad jurídica. Los mecanismos de solución de controversias en línea (ODR) ofrecen una alternativa para dirimir conflictos y aumentar la seguridad en la resolución de controversias que surjan de transacciones comerciales en línea, es una excelente opción para los usuarios ya que tiene menores costos y el procedimiento es más expedito que la resolución de conflictos por la vía jurisdiccional. La utilización de ODR puede incentivar aún más el desarrollo del comercio electrónico y ser un motor del desarrollo de los países menos favorecidos,³⁷ siempre y cuando vaya acompañado de una fuerte política de inclusión en los servicios de

³⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, "Comercio electrónico, *Online Dispute Resolution* y desarrollo", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2014, p. 13.

³⁷ ALBORNOZ, María Mercedes, "Online Dispute Resolution as a Development Booster on Latin American Countries", Documento de trabajo de la División de Estudios Jurídicos del CIDE, núm. 63, 2013, Ciudad de México, CIDE, 2013, p. 5.

Internet y una constante promoción en la cultura de la resolución de conflictos en línea, ya que permite que los contratantes tengan la certidumbre, sin importar el monto de la transacción, de que pueden acceder a un procedimiento extrajudicial confiable, pudiendo incidir de manera positiva en el desarrollo de los países.³⁸

5.2. Innovación y derechos de propiedad intelectual

La innovación es una característica fundamental para alentar la competencia, necesariamente va de la mano con la protección legal para incentivar la investigación y el desarrollo, de aquí que los derechos de propiedad intelectual, entre los que se encuentran las patentes, marcas y derechos de autor, recobren una importancia sustancial al abordar este tema. Tal como lo señala el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo sobre ciencia, tecnología e Innovación en América Latina y el Caribe: “El eficaz funcionamiento de los sistemas de patente, por ejemplo tiene una estrecha relación con las demás políticas económicas (en particular, las políticas de competencia y las antimonopólicas) y con la consolidación de condiciones de mercado que favorecen el desarrollo de actividades empresariales”.³⁹

Es importante tomar en cuenta que la protección de los derechos de propiedad intelectual si bien son necesarios para incentivar la innovación

³⁸ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, *op. cit.*, p. 16.

³⁹ Banco Interamericano de Desarrollo. División de Ciencia y Tecnología. *Ciencia, Tecnología e Innovación en América Latina y el Caribe. Un compendio de indicadores*, 2010, p. 54.

y el desarrollo de nuevos productos, también puede desalentar la competencia entre las empresas que desarrollen tecnología de nuevos productos y obstaculizar el desarrollo del Internet. Los incentivos que se generen para desarrollar productos innovadores que impulsen el uso del Internet como detonador del comercio, en un ambiente en el que se proteja la vida privada y los datos personales, son fundamentales para generar condiciones que permitan tener confianza en el momento de hacer transacciones comerciales.

La competencia genera nuevos modelos de negocio que pueden incrementar el comercio. Las mejoras en innovación promueven la competencia, hacen más eficientes los mercados y generan mejores productos y precios, por lo que las autoridades en competencia deberán promover y regular un mercado que favorezca la innovación.

5.3. Protección a la privacidad y a los datos personales

El derecho a la privacidad y a la protección de los datos personales es un derecho fundamental tutelado en el artículo 16 de la CPEUM. En el primer párrafo de la Constitución se establece la garantía para que las personas no sean molestadas en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino cuando se establezca un mandamiento escrito por la autoridad competente. Es importante mencionar que este derecho debe entenderse en sentido amplio ya que la protección va más allá del espacio geográfico, y

reconoce también “la protección al derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida”.⁴⁰ En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció señalando: “El ámbito de protección a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad”.⁴¹

El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución, establece el derecho fundamental a la protección de los datos personales, asegurando el acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO).

El derecho a la protección de datos personales cobra especial relevancia en las sociedades modernas ante el incremento de las nuevas tecnologías, ya que se convierten en un activo importante para el mercado, son un insumo para realizar actividades delictivas, como el robo de identidad y facilitan la intromisión a la privacidad. Los datos personales de los usuarios se han convertido en una fuente de información muy importante para las empresas debido a que obtienen información personalizada de clientes potenciales, información muy útil para las empresas. En la medida que el

⁴⁰ Tesis 2a. LXIII/2008. DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Novena Época, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 30 de abril de 2008, p. 229. Reg. IUS 169700.

⁴¹ CIDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia de Fondo (Reparaciones y Costas), del 24 de febrero de 2012, numeral 162.

usuario utiliza las redes y el comercio electrónico, va generando su perfil de consumidor y de sus preferencias con información segmentada que cobran un valor fundamental en el mercado. El desafío se encuentra en encontrar un equilibrio en la protección de los consumidores, y la información a la que tienen acceso las empresas.

6. Conclusiones

El uso de las tecnologías de telecomunicaciones y de Internet se ha incrementado de manera vertiginosa en los últimos años. Esto ha generado nuevas maneras de hacer negocios, y ha creado nuevas estructuras de mercado con diferentes consumidores. Esta realidad necesariamente lleva a que las autoridades de competencia tengan que entender bien este nicho de mercado para poder regularlo, ya que se están generando conductas que son difíciles de encuadrar en el mercado normativo actual. Debido a que, una de las características fundamentales de la economía de Internet es la globalización, las agencias reguladoras de otros países y las organizaciones internacionales deberán estar en un diálogo constante para, por un lado, incentivar el desarrollo de las TIC y por el otro, proteger los derechos del consumidor y su privacidad. El reto es grande: regular un mercado sin fronteras y dinámico con instituciones estáticas, parece ser una tarea nada fácil.

El desafío radica en el diseño de una legislación y de instituciones nacionales que puedan responder al nuevo escenario de la economía globalizada; y que también respondan a las necesidades económicas y sociales

de cada Estado. El Estado deberá crear un entorno de negocios eficiente, que además sea incluyente a través de generar mayor acceso de la población a las tecnologías de la información y a Internet; es decir, incrementar la conectividad, promoviendo mejores oportunidades de trabajo para propiciar una mejor distribución en el ingreso y evitar la sobre explotación de los recursos naturales.

Sin duda la reforma constitucional es un gran avance en esta materia ya que promueve el uso de las TIC y de Internet, procura la libre competencia y la inclusión social en los servicios de telefonía, radiodifusión e Internet. El reto más importante es la inclusión de la población. Sin la participación de la mayor parte de la población mexicana y sin crear oportunidades para el desarrollo social y económico de la sociedad, ninguna reforma tendría sentido.

7. Bibliografía

7.1. Libros

- CALL, Steve T. y HOLAHAN, William L., *Microeconomía*, 2a. ed., Grupo Editorial Iberoamérica, México, 1985.
- NOAM, Eli y STEINBOCK, Dan, *Competition for the mobile internet*, Kluwer Academic Publishers, Nueva York, 2013.

7.2. Hemerografía

- ALBORNOZ, María Mercedes, *Online Dispute Resolution as a Development Booster on Latin American Countries*, Documento de trabajo de la División de Estudios Jurídicos del CIDE, núm. 63, CIDE, 2013.
- ALBORNOZ, María Mercedes y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries”, The University of Miami, *Interamerican Law Review*, vol. 44, núm. 1, noviembre de 2012.
- MESSNER, Dirk, “La arquitectura de gobernanza global en la economía globalizada. El concepto del World Economic Triangle”, *Revista Instituciones y Desarrollo*, núm. 14-15, 2003, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, 2003, pp. 139-170.
- DE MINICO, Giovanna, “New Social Rights and Internet: Which Policies Combine Them?”, *International Community Law Review*, núm.15, 2013, pp. 261-286.
- EVANS, David, “Antitrust Issues Raised by the Emerging Internet Global economy of Northwestern”, *University Law Review*, vol. 102, núm. 4, mayo 2008, p. 285.

- GONZALEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “Comercio electrónico, *On line Dispute Resolution* y desarrollo”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes, 2014, <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.12>
- HAFFIELD, Gillian K., “Legal Infrastructure and the New Economy”. *Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 8, núm. 1, 2012.
- KOSKE, Isabelle, BITETTI, Rosamaría, WANNER, Isabelle, SUTHERLAND, Ewan, “The Internet Economy—Regulatory Challenges and Practices”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 1171, OECD Publishing, 2014 DOI:10.1787/18151973
- MARISCAL, Judith y RENTERÍA, César, *La Reforma de Telecomunicaciones y los Estados*, Instituto Mexicano para la Competitividad, 2013, Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/274065834>
- NOAM, Eli, “The Internet: Still Wide Open and Competitive”, *Oxford Internet Institute, Internet Issue Brief*, núm. 1, Agosto 2003.
- O. ROURKE, Maureen A., “Shaping Competition on the Internet: Who owns product and pricing information?”, *Vanderbilt law Review*, 2000.

- PASQUELE, Frank, “Privacy, Antritrust, and Power”, *George Mason Law Review*, vol. 20, núm. 1009, 2013.

7.3. Tesis o jurisprudencias

- Tesis aislada: 1a. XXX/2002. Amparo de revisión 761/99. AGENTES ECONÓMICOS, CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Primera Sala, Novena Época, Tomo XV, 20 de febrero de 2002, p. 457. Reg. IUS 187336.
- Tesis aislada: I.1o.A.E.57 A (10a.). INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. PUEDE DECLARAR PREPONDERANTE TANTO A UN AGENTE ECONÓMICO, COMO A UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. *Seminario Judicial de la Federación*, Tribunal Colegiado de Circuito, Décima Época, Tomo II, Libro 19, junio de 2015. Reg. IUS 2009320.
- Tesis aislada: 2a. LXIII/2008. DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Novena Época. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo XXVI, mayo de 2008, p. 229. Reg. IUS 169700.

- Sentencia C.C.A. 2/2015, del rubro: CONFLICTO COMPETENCIAL ADMINISTRATIVO SUSCITADO ENTRE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, Segundo Tribunal de Circuito en Materia Administrativa en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones Especializado. Conflicto Competencial, 8 de octubre del 2015.
- CIDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo (Reparaciones y Costas), del 24 de febrero de 2012, numeral 162.

7.4. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en www.diputados.gob.mx
- Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia de 1992. Disponible en http://cofece.mx/attachments/article/38/Compendio_CFCE_enero_2014.pdf
- Gobierno de la República, Reforma en materia de telecomunicaciones. Disponible en <http://reformas.gob.mx/reforma-en-materia-de-telecomunicaciones/que-es>

- Iniciativa de reforma en telecomunicaciones, disponible en http://pactopormexico.org/reforma-telecomunicaciones/Iniciativa_Reforma_Constitucional_Telecom.pdf
- Ley Federal de Competencia Económica. Reglamentaria del artículo 28 constitucional. Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo del 2014. Disponible en www.diputados.gob
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Diario Oficial de la Federación, 14 de julio de 2014. Disponible en www.dof.gob.mx

7.5. Otras Fuentes

- Asociación Mexicana de Internet. 11o. Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México. Disponible en https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf
- Banco Interamericano de Desarrollo. División de Ciencia y Tecnología. Ciencia, Tecnología e Innovación en América Latina y el Caribe. Un compendio de indicadores www.bid.org
- Banco Mundial (2016), *Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos digitales*, cuadernillo del “Panorama general”, Banco

Mundial, Washington DC. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO.

- CEPAL. Economía digital para el cambio estructural y la igualdad. 2013. Disponible en <http://www.cepal.org/Socinfo>
- OECD (2014), “Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Products”,
- *OECD Digital Economy Papers*, No. 241, OECD Publishing, París. Disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5jxvbrjq3gg6.pdf?expires=1450037637&id=id&accname=guest&checksum=210A7828403367E19DEE4247254E4571>
- OECD (2013), “Empowering and Protecting Consumers in the Internet Economy”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 216, OECD Publishing. Disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k4c6tbcvq2.pdf?expires=1450040287&id=id&accname=guest&checksum=6AA6DA8B333A4AE26B774A411FE01C73>
- OECD (2015), “Industry Self Regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 247, OECD Publishing, París. Disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5js4k1fjqkwh.pdf?expires=1450037578&id=id&accname=guest&checksum=CFD5FFB0CAE20254B2A0BA8624F67AA8>

- OECD. Políticas y Ley de competencia económica en México. Disponible en <http://www.oecd.org/mexico/31430897.pdf>

- OECD (2014), *OECD Principles for Internet Policy Making*. Disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>

- OECD (2013), “The App Economy”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 230, *OECD Digital Economy Papers*, No. 230, OECD Publishing, París. Disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-app-economy_5k3ttftlv95k-en

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL ÁMBITO DE INTERNET

*Carlos de Jesús Ponce Beltrán**

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco legal de la protección de los consumidores en el entorno digital. 3. Políticas públicas para el desarrollo del comercio electrónico y la protección de los consumidores. 4. Los derechos de los consumidores en general y de los consumidores en el entorno digital en particular. 5. Retos y perspectivas. 6. Bibliografía.

Palabras clave: Protección del consumidor; Internet; comercio electrónico; TIC; PROFECO.

1. Introducción

México aparece por primera vez en los rankings de los países más atractivos para el comercio electrónico con el lugar 17. Ante este escenario resulta importante mantener y reforzar la promoción y protección de los derechos de los consumidores en el entorno digital.

* Carlos de Jesús Ponce Beltrán es abogado por la Universidad de Monterrey y maestro en Derecho por la Barra Nacional de Abogados. Fue presidente de la Asociación Mexicana de Internet A.C. (AMIPCI) y Consejero Consultivo del Instituto Federal Telecomunicaciones. Actualmente es Subprocurador de Telecomunicaciones de la PROFECO. Contacto: cponcebeltran@gmail.com @cponcebeltran.

El desarrollo y la innovación, ligados a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), ha dado lugar a nuevos esquemas en las relaciones sociales, económicas y políticas. La revolución tecnológica vivida en el mundo durante la segunda mitad del siglo XX, particularmente después de la década de 1980, modificó definitivamente la manera en que la realidad es percibida e interpretada. Dentro de la llamada era de la información, Internet —red de redes— se ha convertido en el signo representativo de nuestra época.

Originalmente exclusivo para algunas entidades estatales y empresas privadas, Internet se ha expandido de tal forma que cada vez es mayor el número de usuarios con los que cuenta a lo largo y ancho del planeta. De acuerdo con datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), los usuarios de Internet alcanzan 43,4% de la población mundial para 2015, es decir, cerca de 3,2 mil millones de personas.¹

El entramado global de la economía, la integración de los mercados y el creciente número de transacciones financieras son imposibles de entender sin aludir al desarrollo de las TIC y de Internet. De este contexto surgen nuevas políticas públicas orientadas hacia la economía digital que, conforme

¹ Datos estimados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). ITU World Telecommunication/ICT Indicators database, 2015. https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2015/stat_page_all_charts_2015.xls (8 de enero de 2016).

a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), está constituida por la infraestructura de telecomunicaciones, las industrias TIC (software, hardware y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet y el cómputo en la nube, así como las redes móviles, las sociales y de sensores remotos. Es así que los estudios que miden la economía digital respecto del Producto Interno Bruto (PIB), realizan la suma del valor agregado de los sectores de telecomunicaciones, software, hardware y comercio electrónico.

Respecto al comercio electrónico, la comunidad internacional ha ido construyendo acuerdos en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), del Parlamento Europeo, del Consejo de Europa, del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico(APEC) y de otros esquemas de concertación regional o bilateral, motivadas por la rápida evolución de este mercado considerando que en el último lustro prácticamente se ha duplicado el monto total de ventas, ascendiendo a 1,6 billones de dólares aproximadamente para 2015.²

Nuestro país no es ajeno al contexto internacional de expansión de los usuarios de Internet y al crecimiento de las transacciones comerciales vía electrónica. De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística

² “La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), julio 2015.

y Geografía (INEGI) al año 2014, 44,4% de la población mexicana de seis años o más se declaró usuaria de Internet (alrededor de 47,4 millones de personas),³ mientras que, de acuerdo con la Asociación Mexicana de Internet A.C. (AMIPCI), para el mismo año, el monto de las transacciones de comercio electrónico ascendió a \$162,1 miles de millones de pesos (12,2 billones de dólares), incrementándose en 34%, con respecto a 2013 con una tendencia de crecimiento anual de doble dígito.⁴

Si bien México ha venido impulsando los negocios digitales, no fue hasta el pasado año 2015 cuando aparece por primera vez en los rankings de los países más atractivos para el comercio electrónico con el 17o. lugar según el estudio de A.T. Kearney, el cual ha tomado en cuenta cuatro factores: el tamaño del mercado online de cada país, el comportamiento de los consumidores, el potencial de crecimiento de cada mercado y la situación de las infraestructuras que facilitan el comercio electrónico.⁵ Este ranking está encabezado por los Estados Unidos, seguido de China, Reino Unido, Japón y Alemania.

³ “Estadísticas a propósito del Día Mundial del Internet”. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), mayo 2015. Consultable en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/Internet0.pdf> (18 de noviembre 2015).

⁴ “Estudio de comercio electrónico en México 2015”. Asociación Mexicana de Internet, A.C., 2015.

⁵ “Global Retail E-Commerce Keeps On Clicking - The 2015 Global Retail E-Commerce Index” Abril 2015, consultable en: https://www.atkearney.com/consumer-products-retail/e-commerce-index/full-report/-/asset_publisher/87xbENNHPZ3D/content/global-retail-e-commerce-keeps-on-clicking/10192?_101_INSTANCE_87xbENNHPZ3D_redirect=%2Fconsumer-products-retail%2Ffe-commerce-index (21 de noviembre de 2015).

2. Marco legal de la protección de los consumidores en el entorno digital

En México, la protección a los consumidores en el entorno digital gira en torno a la Constitución, reforzada y regulada de manera específica por la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

México ha incluido en su Constitución el basamento por el cual el Estado se encuentra obligado a garantizar el derecho de acceso a las TIC, así como los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluidos los de banda ancha e Internet. Lo anterior se dio como resultado de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio 2013, ampliando así los derechos fundamentales contenidos en los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de dicho ordenamiento.

Este primer elemento de orden legal es fundamental, ya que la economía digital tiene ahora un sólido soporte a nivel constitucional al establecerse la creación de una red de telecomunicaciones e Internet en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias (artículo 6o., apartado B, fracción II de la CPEUM). Lo anterior es así debido a que cualquier tipo de transacción (mensaje de datos, firmas electrónicas, certificados digitales, pagos en línea, *e-commerce*, etcétera) requiere precisamente de la infraestructura y el espectro radioeléctrico necesario que respalde la innovación y los negocios en el ciberespacio.

Esta cuestión se vio reforzada con la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 2014, la cual está orientada a garantizar a la población su integración a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, pero que también busca la convergencia entre los prestadores de servicios y los usuarios.

Por otro lado, la protección de los derechos del consumidor, como parte de la Segunda Generación de los Derechos Humanos, está consagrada a nivel constitucional desde la reforma de 1983, dentro del llamado “Capítulo económico de la Constitución”, desde esa fecha el párrafo tercero del artículo 28 indica que “La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Aunado a esta consideración clave elevada a rango constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo tribunal de este país, ha emitido tesis en el sentido de protección a los derechos del consumidor, sirvan como referencia los siguientes criterios:

**CONSUMIDOR. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN TIENE
RANGO CONSTITUCIONAL⁶**

⁶ Tesis aislada: 1a. XCVII/2015 (10a.). “CONSUMIDOR. EL DERECHO...”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, Tomo II, Libro 16, Marzo de 2015, p. 1094. Reg. IUS 2008636.

Tras la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983, el Constituyente Permanente elevó a rango constitucional el derecho de protección al consumidor, y desde entonces prevé un mandato para que el legislador establezca reglas de protección al consumidor y reconoce el derecho de organización de los consumidores para la mejor defensa de sus intereses, lo cual responde a la situación de desventaja en que se encuentran como individuos aislados frente a los actores con los que interactúan en la dinámica del mercado, y al hecho de que existen derechos de los consumidores que, cuando son objeto de violación en masa o en grupo, adquieren mayor relevancia que lo que puedan representar las repetidas instancias de violación individual. En ese sentido, la Ley Federal de Protección al Consumidor da contenido al derecho social previsto en el artículo 28 constitucional, ya que en aquélla se atribuyeron a la Procuraduría Federal del Consumidor las facultades que se consideraron necesarias para que la protección del derecho de los consumidores sea eficaz y se establecieron los mecanismos para realizar dicha protección.

Amparo directo 14/2009. Corporación Técnica de Urbanismo, S.A. de C.V. 26 de mayo de 2010. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José de Jesús Guadío Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez y Fernando A. Casasola Mendoza.

Amparo directo en revisión 4241/2013. Procuraduría Federal del Consumidor. 15 de octubre de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE BASE CONSTITUCIONAL TIENE UNA REGULACIÓN LEGAL, ESPECÍFICA Y PROTECTORA QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR AL RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES QUE SEAN DE SU COMPETENCIA PARA EVITAR ABUSOS.⁷

Los actos de comercio se rigen por el código de la materia, las demás leyes mercantiles; y, de manera supletoria, el Código Civil Federal. Por su parte, **el artículo 28 constitucional establece el principio de que la ley protegerá a los consumidores. Dicho precepto es la base de la Ley Federal de Protección al Consumidor**, así como de otros ordenamientos, cuyos propósitos son dar contenido y hacer efectivos los derechos fundamentales de los consumidores. Dicha ley es de orden público, interés social, de observancia en toda la República y cuyas disposiciones son irrenunciables; por lo que contra su

⁷ Tesis aislada: I.7o.C.153 C., “DERECHO DE LOS CONSUMIDORES...”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, diciembre de 2010, p. 1755, Reg. IUS 163370.

observancia no puede alegarse costumbre, práctica o convenio en contrario. Dicho ordenamiento establece, entre otras, las definiciones de proveedor al igual que la de consumidor, los principios básicos de las relaciones de consumo, una serie de medidas cuya finalidad es tanto promover como proteger los derechos y cultura del consumidor; procurando la equidad y seguridad jurídica en las mencionadas relaciones de consumo. Por lo tanto, se trata de un microsistema por sus reglas protectoras específicas donde no rige de manera absoluta el principio de autonomía de la voluntad que opera de manera general en materia civil y mercantil; sino que está sujeto a normas imperativas protectoras de los derechos de los consumidores cuyo cumplimiento debe vigilar el Estado. Por lo tanto, **cuando surjan conflictos entre proveedores y consumidores debe privilegiarse la aplicación de las normas protectoras cuando sean incompatibles con las normas civiles y mercantiles, con el propósito de prevenir abusos en las relaciones de consumo cuyos conflictos deba resolver la autoridad judicial en su ámbito de competencia.**

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 513/2010. Sistema Único de Autofinanciamiento, S.A. de C.V., 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.
(Énfasis añadido)

En nuestro país, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) es la autoridad encargada de velar por los intereses de los consumidores y aunque su creación data de 1976, en el año 2000 se reformó la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) para salvaguardar los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través de medios electrónicos. Compuesto de sólo un artículo —el 78 Bis—, el Capítulo VIII de dicho ordenamiento se refiere a los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquiera otra tecnología.

Para la defensa de los derechos de los consumidores, adicionalmente se cuenta con la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, la cual tutela el derecho a la privacidad de los usuarios en el entorno digital, y el Código Penal Federal que tipifica delitos que vulneren diversos bienes jurídicos —como son los de tipo patrimonial— y se cometan a través de medios informáticos o digitales.

Debido a que como en cualquier otra relación de consumo, la interacción en el ámbito del comercio electrónico entre proveedores y consumidores está determinada por una situación de asimetría entre las partes, tanto la normatividad nacional como la internacional promueven la garantía y protección de los derechos de los consumidores. Considerando además el carácter transfronterizo de muchas de esas transacciones, las economías hacen esfuerzos por lograr acuerdos que encaucen ordenadamente el *e-commerce* o comercio electrónico.

Por lo que respecta a este ámbito, el comercio electrónico, en México no existe una ley que lo regule en específico, no obstante el tema se aborda en ordenamientos dispersos de orden fiscal, administrativo, financiero, civil o mercantil. Por ejemplo, el artículo 1803 del Código Civil Federal otorga valor a la expresión de la voluntad por medios electrónicos y el Código Federal de Procedimientos Civiles admite los mensajes de datos como pruebas.

Por su parte, el Código de Comercio contempla un capítulo dedicado al comercio electrónico que regula la firma electrónica, la firma electrónica avanzada, la prestación de servicios de certificación, así como la admisibilidad de los mensajes de datos como prueba en juicio, entre otros temas. A favor de los comerciantes y de los consumidores, este Código establece que lo dispuesto en materia de comercio (artículos 89 a 114) se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.

En el contexto internacional, tanto la regulación del comercio electrónico como la protección del consumidor han estado enarboladas en diversos instrumentos de cooperación de los cuales México es parte o se encuentra adherido mediante acuerdos internacionales. En 1999, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) desarrolló las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto

del Comercio Electrónico que representan una serie de recomendaciones a los gobiernos, proveedores, consumidores y sus representantes, con la finalidad de dar recomendaciones a cada una de las partes de la transacción, y en particular a los países a revisar sus políticas y regulación con respecto de los consumidores.

De manera más reciente, el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP), acuerdo regional cuyas negociaciones concluyeron el 5 de octubre de 2015, busca promover la cooperación e integración económica para liberalizar el comercio y la inversión de las partes, entre las cuales se encuentra México y otros 11 países.⁸ Reconoce en su capítulo 14 el crecimiento y las oportunidades proporcionadas por el comercio electrónico, y la importancia de marcos que promueven la confianza de los consumidores y que eviten obstáculos innecesarios para su utilización y desarrollo (art. 14.2). En particular, el artículo 14.7.2 señala que “cada Parte adoptará o mantendrá leyes de protección al consumidor para prohibir actividades comerciales fraudulentas y engañosas que causen daño o un potencial daño a los consumidores que realicen actividades comerciales en línea”.

La consecuencia inmediata posterior a la ratificación que haga el Senado de la República de este Tratado será la necesaria adecuación de varias leyes de nuestro país para que guarden congruencia con los objetivos

⁸ Estados Unidos, Japón, Australia, Brunei, Canadá, Chile, Malasia, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam.

del mismo en cuanto a evitar las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas en perjuicio de los consumidores. En efecto, el TPP establece además que “las Partes reconocen la importancia de la política de protección al consumidor y su aplicación para crear mercados eficientes y competitivos, y fomentar el bienestar del consumidor en la zona de libre comercio” (art. 16.6).

Un elemento importante para que crezca el comercio electrónico es la confianza, la cual no puede concretarse solamente con buenas prácticas de las empresas o con la autorregulación, sino también mediante la modernización de las normas de protección al consumidor, la actualización de las leyes sobre ciberdelitos, la clarificación de las normas sobre protección de datos personales para las transacciones en línea y la precisión de políticas públicas orientadas hacia el crecimiento de la economía digital.

Como se desprende de los estudios que elabora la AMIPCI desde hace 10 años, un factor que inhibe el crecimiento del *e-commerce* es que alrededor del 35% de los consumidores abandona la compra debido a la preocupación acerca de la seguridad de la transacción.⁹ Fomentar la confianza de los consumidores en el *e-commerce* es uno de los mayores retos para las autoridades.

⁹ “Estudio de comercio electrónico en México 2015”, *op. cit.*

Es esencial analizar también cuestiones penales y para ello, hay que considerar el Índice de Ciberseguridad Global presentado en 2015 por la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), el cual posiciona a México en el quinto lugar en América Latina y el Caribe y en el decimoctavo en el mundo. Datos de la División Científica de la Policía Federal, dependiente de la Comisión Nacional de Seguridad Pública de la Secretaría de Gobernación, revela que en 2012 se incrementó 40% el número de incidentes cibernéticos en México y que de los delitos cibernéticos, los cometidos por medio electrónico representan 47,7%. De estos, el fraude al comercio electrónico representa 59%, fraude y extorsión 28,5%, fraudes diversos 24% y fraude nigeriano 13%.¹⁰ Por su parte, *Symantec* ha destacado en su reporte de Tendencias de Seguridad Cibernética en América Latina y el Caribe, que los actos de fraude y extorsión más denunciados son los relativos a delitos de comercio electrónico, fraudes de banca electrónica y extorsión.¹¹

Al informar que al primer trimestre del año 2016 aumentaron 46% las reclamaciones a instituciones financieras, ascendiendo a casi 1.9 millones de reclamaciones, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa

¹⁰ La distribución de delitos se integra además por: 1) Delitos contra la Seguridad Informática 47%: Amenazas 24%, robo de contraseñas 20% y suplantación de identidad 14% (MALWARE 98% y PHISHING 2%); y 2) Delitos contra Menores 5.5%, Pornografía infantil 23%, corrupción de menores 12%, pedofilia 11%, amenaza a menores 11%, usurpación de identidad 10%, ciberbullying 7%.

¹¹ FERNÁNDEZ DE LARA, Carlos, "México, entre los países latinoamericanos más afectados por el cibercrimen", *CNN México*, México, 3 de junio de 2014, Consultable en: <http://mexico.cnn.com/tecnologia/2014/06/03/mexico-entre-los-paises-latinoamericanos-mas-afectados-por-el-cibercrimen> (16 de diciembre 2015).

de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) —otra importante instancia de protección de derechos en el entorno digital y relacionado con la banca en línea—, señaló que los principales canales de reclamación del sector son: terminal punto de venta (41%), comercio a distancia (29%) y banca remota (11%).¹²

3. Políticas públicas para el desarrollo del comercio electrónico y la protección de los consumidores

Una tarea insoslayable para proteger a los consumidores consiste en vincular referentes internacionales y nacionales de política pública, no solo para que se tengan normas de calidad, sino para que se correspondan —en lo posible— a las recomendaciones globales. En este sentido, México debe tener presente siempre lo previsto en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996; las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999); las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico (1999) de la OCDE; y el reciente estudio “Perspectivas de la OCDE sobre la Economía Digital 2015”,¹³ entre otros instrumentos.

¹² Comunicado No. 55. Ciudad de México, a 27 de junio de 2016. Consultable en: <http://www.condusef.gob.mx/index.php/prensa/comunicados-2016/1341-aumentan-46-las-reclamaciones-a-instituciones-financieras> (14 de julio 2016).

¹³ Documento presentado en la Reunión Ministerial de la OCDE celebrada en Cancún, Q. Roo., los días del 21 al 23 de junio de 2016. “Perspectivas de la OCDE sobre la Economía Digital 2015” OCDE, México, 2016. Consultable en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015_SP_WEB.pdf (14 de julio de 2016).

Asimismo, cabe destacar la relevancia del Plan de Acción de la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe (eLAC), elaborado originalmente en 2005 con la colaboración de la CEPAL, y cuyo compromiso es reducir la brecha digital y promover el acceso y uso de las TIC en la región. En la más reciente Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe que se celebró en México, donde nuestro país asumió la Presidencia de la Agenda Digital eLAC 2018, se destacó que esta agenda “debe convertirse en la columna vertebral para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con horizonte a 2030”.¹⁴ En este sentido se acordó implementar acciones en cinco grandes ejes: Acceso e Infraestructura; Economía Digital, Innovación y Competitividad; Gobierno Electrónico y Ciudadanía; Desarrollo Sostenible e Inclusión; y Gobernanza para la Sociedad de la Información.

Es importante señalar que para encauzar estas tendencias globales, el actual Presidente de México, Licenciado Enrique Peña Nieto, presentó desde el mes de noviembre de 2013 la Estrategia Digital Nacional que incluye el tema de la economía digital como uno de los principales objetivos, en la que se considera la adopción de las tecnologías digitales en los procesos económicos como un aspecto que estimula la productividad, la creación de nuevas empresas, desarrollo de productos y servicios digitales.

¹⁴ “Países de la región acuerdan continuar fortaleciendo la cooperación regional en materia digital” eLAC 2018, México, 7 de agosto de 2015. Consultable en: <http://conferenciaelac.cepal.org/es/noticias/paises-de-la-region-acuerdan-continuar-fortaleciendo-la-cooperacion-regional-en-material> (9 de enero de 2016).

Del mismo modo, el 30 de agosto de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el “Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018” que, entre otros aspectos, pretende hacer un uso más intensivo de las TIC; y el 16 de diciembre de 2013 se publicó también el Decreto por el que se aprueba el Programa de Desarrollo Innovador 2013-2018 con miras a reafirmar el compromiso con el libre comercio, la movilidad de capitales y la integración productiva.

Otro instrumento de política pública relevante es el “Programa para el Desarrollo de la Industria del Software o Prosoft”, el cual ha demostrado ser exitoso en el fomento al sector de TIC en México. En su tercera evolución (Prosoft 3.0) busca posicionar a nuestro país como jugador global de servicios de Tecnologías de la Información con iniciativas y acciones que son prioritarias en la agenda nacional. Es así que surgió una Agenda para el periodo 2014-2024, la cual contiene ocho retos: Talento, Innovación Empresarial, Mercado Digital, Globalización, Financiamiento, Regionalización Inteligente, Gobernanza y Certeza Jurídica. Este último reto parte de reconocer que toda vez que la heterogeneidad de los marcos jurídicos locales no favorece el desarrollo de la innovación, de las Tecnologías de la Información y la reducción de la brecha digital, se requiere de metas y acciones concretas.

Desde luego, la política pública concreta a favor de los consumidores la constituye el Programa Nacional de Protección a los Derechos del Consumidor 2013-2018 (PNPDC) que, para el tema de protección a los consumidores en el ámbito de Internet, establece que la PROFECO debe impulsar

la colaboración con organismos internacionales para la protección del consumidor en las compras vía Internet (Línea de acción 2.4.2). Esto refuerza la voluntad institucional de nuestro país para coincidir directamente con la agenda y las directrices establecidas en el contexto global.

4. Los derechos de los consumidores en general y de los consumidores en el entorno digital en particular

Los derechos de los consumidores se vieron fortalecidos cuando la necesidad de reconocerlos y defenderlos se elevó a rango constitucional en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983, abriendo un nuevo paradigma para la aplicación del Derecho, convirtiéndose en un sistema jurídico incluyente, que observa de forma horizontal los derechos fundamentales de todo ser humano vulnerable ante la sociedad.

En México, las relaciones de consumo se encuentran reguladas y protegidas por la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992. De dicho ordenamiento se desprende que la determinación de la política de protección al consumidor, así como la promoción y protección de los derechos e intereses de los consumidores corresponden a la Secretaría de Economía y la Procuraduría Federal del Consumidor respectivamente.

El artículo 19 del citado ordenamiento señala que, a la primera corresponde determinar “la política” de protección al consumidor, que constituye uno de los instrumentos sociales y económicos del Estado para favorecer y promover los intereses y derechos de los consumidores, mediante la adopción de las medidas que procuren el mejor funcionamiento de los mercados y el crecimiento económico del país.

Mientras que, a PROFECO corresponde la solución de los conflictos derivados del consumo. De acuerdo con el artículo 20 de la LFPC, es una instancia descentralizada de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio; la cual “tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores”.

Mediante reformas a la LFPC publicadas el 29 de mayo del 2000, a PROFECO le corresponde, en primer lugar, “promover en coordinación con la Secretaría la formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por esta Ley respecto de las transacciones que celebren con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología” (artículo 21, fracción IX Bis).

Por otro lado, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del

5 de julio del año 2010, señala en su artículo 41 que la Secretaría de Economía tendrá como función difundir el conocimiento de las obligaciones en torno a la protección de datos personales entre la iniciativa privada nacional e internacional con actividad comercial en territorio mexicano; promoverá las mejores prácticas comerciales en torno a la protección de los datos personales como insumo de la economía digital, y el desarrollo económico nacional en su conjunto. El artículo 42 señala además que: “En lo referente a las bases de datos de comercio, la regulación que emita la Secretaría, únicamente será aplicable a aquellas bases de datos automatizadas o que formen parte de un proceso de automatización”.

Del mismo modo, esta ley prescribe que la Secretaría de Economía es la responsable de “Diseñar e instrumentar políticas y coordinar la elaboración de estudios para la modernización y operación eficiente del comercio electrónico, así como para promover el desarrollo de la economía digital y las tecnologías de la información en materia de protección de datos personales”.

Desde luego, el Instituto Nacional de Acceso la Información y Protección de Datos Personales (INAI) es el organismo rector en materia de protección de datos personales ya sean en el mundo físico o en el automatizado. De ahí que sea garante de derechos de privacidad de los consumidores en el entorno digital, que conforme al Reglamento de la mencionada Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares “es el ámbito conformado por la conjunción de hardware, software, redes,

aplicaciones, servicios o cualquier otra tecnología de la sociedad de la información que permiten el intercambio o procesamiento informatizado o digitalizado de datos”.

Puntualizando los derechos de los consumidores, debe precisarse que existen dos ámbitos de protección en el entorno digital: uno que contiene los derechos básicos que tiene todo consumidor, y otro enfocado al *e-commerce*. En el primero de esos ámbitos, la PROFECO, a partir de la LFPC, ha definido siete derechos básicos¹⁵ de los consumidores, en lo general, a saber:

1. **Derecho a la información:** La publicidad, las etiquetas, los precios, los instructivos, las garantías y, en general, toda la información de los bienes y servicios que te ofrezcan debe ser oportuna, completa, clara y veraz, de manera que puedas elegir qué comprar, con pleno conocimiento.
2. **Derecho a la educación:** Puedes recibir instrucción en materia de consumo, conocer tus derechos y la forma en que te protege la ley, así como organizarte con familiares o vecinos para aprender a consumir mejor y de manera más inteligente.
3. **Derecho a elegir:** Al escoger un producto o servicio, nadie te puede presionar, condicionar la venta a cambio de comprar algo

¹⁵ “Los siete derechos básicos del consumidor” Consultable en: <http://www.profeco.gob.mx/saber/derechos7.asp> (8 de enero 2015)

que no quieras o exigir pagos o anticipos sin que se haya firmado un contrato.

4. **Derecho a la seguridad y calidad:** Los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado deben cumplir con las normas y las disposiciones en materia de seguridad y calidad. Además, los instructivos deben incluir las advertencias necesarias y explicar claramente el uso adecuado de los productos.
5. **Derecho a no ser discriminados:** Al comprar un producto o contratar un servicio, no te lo pueden negar, tampoco discriminar o tratar mal por tu sexo, raza, religión, condición económica, nacionalidad, orientación sexual, ni por tener alguna discapacidad.
6. **Derecho a la compensación:** Si un proveedor te vende un producto de mala calidad o que no cumple con las normas, tienes derecho a que se te reponga o a que te devuelvan tu dinero y, en su caso, a una bonificación no menor a 20% del precio pagado. También te deberán bonificar cuando no te proporcionen un servicio o te lo otorguen de forma deficiente. Asimismo, tienes derecho a que te indemnicen por los daños y perjuicios que te haya ocasionado.
7. **Derecho a la protección:** Puedes ser defendido por las autoridades, exigir la aplicación de las leyes y también organizarte con otros consumidores para defender sus intereses comunes. [...]

Por lo que hace a los consumidores en Internet, el párrafo tercero del artículo 1o. de la LFPC establece los principios básicos en las relaciones de consumo, entre los cuales, en específico la fracción VIII considera: “La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados”.

De manera más desarrollada, en el capítulo VIII Bis de la LFPC intitulado “De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”, se definen los principios de protección del consumidor y la interacción entre éste y los proveedores en las transacciones electrónicas. Cabe subrayar que dicho capítulo fue adicionado conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000. Estos principios se contienen en el dispositivo siguiente:

ARTÍCULO 76 BIS.- Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo auto-

rización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor;

VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y

VII. El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, en especial tratándose de prácticas de mercadotecnia dirigidas a la población vulnerable, como los niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

En materia de fuentes del derecho de los consumidores en el entorno digital, no se deben omitir los criterios emanados del Poder Judicial de la Federación, el cual ha emitido resoluciones que buscan favorecer y respaldar el comercio electrónico dentro de un marco de confianza y certeza jurídica; como ejemplo sirva la revisión de la siguiente tesis que da validez a los recibos de pago electrónicos con el mismo valor que un documento impreso:

RECIBO DE PAGO ELECTRÓNICO. VALOR PROBATORIO DE LA DOCUMENTAL IMPRESA CORRESPONDIENTE¹⁶

El artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, condicionando su valor a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada, y en su caso, si es

¹⁶ Tesis aislada: I.7o.A.410 A, "RECIBO DE PAGO ELECTRÓNICO. [...]" Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2471. Reg. IUS 176863.

posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta. De esta manera, el legislador, ante los avances de la tecnología, contempló la posibilidad de que en los juicios seguidos ante los tribunales se exhibieran y valoraran elementos probatorios distintos a los convencionales, tales como testimoniales, periciales, documentos, entre otros; consecuentemente, **la información generada por la vía electrónica (Internet, comercio electrónico y análogos), tiene un respaldo legislativo, a efecto de crear seguridad jurídica en los usuarios de tales servicios.** Así, la valoración del material probatorio en comento no debe sujetarse a las reglas convencionales de justipreciación, sino al apartado específico del numeral en estudio; de esta manera, un recibo de pago de impuestos realizado electrónicamente no carece, por tal circunstancia, de eficacia probatoria, ya que lo que se habrá de tomar en consideración, en su momento, son los datos que corroboren su fiabilidad, como son el código de captura y sello digital, y no elementos ajenos a la naturaleza de los documentos electrónicos, tales como si se trata del original de una impresión.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 328/2005. María Alejandra Carrillo Gómez. 24 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales. [Énfasis añadido]

Otro instrumento relevante en materia de protección de los consumidores en el *e-commerce* lo constituye el “Decálogo de los derechos mínimos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos”, que elaboraron de forma conjunta la PROFECO y la AMIPCI en 2012 y sirve como referente importante de una política pública de coordinación entre gobierno y sector privado, para establecer mayor equidad en las relaciones de consumo.¹⁷ Los derechos consagrados en ese decálogo son:

1. A ser informado y que le sean respetados los precios, tarifas, garantías, cantidades, calidades, medidas, intereses, cargos, términos, plazos, fechas, modalidades, reservaciones y demás condiciones que el proveedor hubiera ofrecido o convenido con el consumidor para la entrega del bien o servicio.
2. A que la información proporcionada al proveedor se utilice de manera confidencial y exclusivamente para el cumplimiento de los fines establecidos.
3. A que el proveedor cuente con los elementos técnicos disponibles para garantizar la seguridad del consumidor.

¹⁷ “Decálogo de los derechos mínimos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos”. Portal del Consumidor, PROFECO, 2012. Consultable en: <http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/?p=11743> (14 de diciembre de 2015).

4. A que el proveedor proporcione, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos, horarios de atención, correo electrónico y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentar reclamaciones o solicitar aclaraciones.

5. A que la información o publicidad que se difunda sea veraz, comprobable y exenta de descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por ser engañosas o abusivas.

6. A que previo a la contratación, el proveedor dé a conocer de manera clara, sencilla, completa y expresa, el contenido del contrato de adhesión.

7. El proveedor no podrá negar ni condicionar al consumidor la venta, adquisición, renta o suministro de bienes o servicios, cuando estos se anuncien como disponibles.

8. A que las leyendas que restrinjan o limiten el uso del bien o el servicio se presenten en forma clara, veraz y sin ambigüedades. Asimismo cuando se incluyan los términos “garantizado”, “garantía” o cualquier otro equivalente, se precise en qué consisten, así como la forma en que el consumidor podrá hacerlas efectivas.

9. A que al consumidor no le sean prestados servicios adicionales a los originalmente contratados y que no hubieren sido solicitados o aceptados expresamente por éste.

10. A que los consumidores tengan acceso a mecanismos de conciliación ágiles y gratuitos, a fin de procurar la solución expedita de las controversias derivadas de transacciones de comercio electrónico.

5. Retos y perspectivas

Sobre la existencia en México de un marco regulador del comercio electrónico y, concretamente, de la protección del consumidor, no hay la menor duda de que está compuesto por una diversidad de ordenamientos federales, tales como el Código de Comercio, Ley Federal de Protección al Consumidor, Código Civil Federal, Código Penal Federal, Código Fiscal de la Federación, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, Ley Federal del Derecho de Autor y Ley de la Propiedad Industrial. Se recalca el corte federal de estas leyes, en virtud de que los temas de comercio son atribución exclusiva de la Federación conforme al artículo 73, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pero también constituyen fuente normativa de la tutela de los derechos de los consumidores y, desde luego, de las obligaciones que tienen los proveedores o *cibercomerciantes*, las sentencias del Poder Judicial de la Federación. Los criterios que ha emitido desde el inicio del auge de las transacciones en línea son esenciales para colmar vacíos que el legislador federal no ha podido prever por la simple y sencilla razón de que el volumen de los negocios en línea crece acelerada y exponencialmente cada año.

De ahí que, si fuese permitido un alto en el camino, se requiere evaluar la situación de los consumidores en línea; analizar el grado de confianza que pueden encontrar en el entorno digital; conocer sus hábitos de consumo para orientar las políticas públicas del sector; y, encaminar la modernización de las normas que deben garantizar sus derechos a una publicidad veraz, de información, seguridad, privacidad y al acceso servicios de atención y conciliación expeditos.

Es importante señalar que el debate hacia un nuevo marco para la protección al consumidor digital está presente en el Congreso mexicano. Hay innumerables propuestas de reformas al marco jurídico de protección a los consumidores o de sanción a los proveedores. El caso más reciente y de visión más integral ocurrió el 15 de octubre de 2015, cuando se presentó en el Senado de la República una iniciativa de reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor por parte de senadores de diversos partidos políticos (Partido Revolucionario Institucional, Partido Acción Nacional y Partido de la Revolución Democrática) encabezados por la Senadora Ana Lilia Herrera Anzaldo,¹⁸ la cual propone que no sólo se establezcan los derechos de los consumidores sino también las obligaciones de los proveedores en el entorno digital.

¹⁸ Suscrita por los Senadores Ana Lilia Herrera Anzaldo, Héctor Larios Córdova, Miguel Barbosa Huerta, Blanca Alcalá Ruíz, Graciela Ortiz González, Marcela Guerra Castillo, Ricardo Urzúa Rivera, Braulio Fernández Aguirre y Miguel Romo Medina, (PRI, PAN y PRD). Comisiones: Comercio y Fomento Industrial, y de Estudios Legislativos. Consultable en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-10-15-1/assets/documentos/Inic_PRI_PROFECO.pdf (9 de enero de 2016).

Aunque la iniciativa abarca varios temas para proteger a los consumidores, en lo referente al entorno digital busca definir las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología; establecer mecanismos eficientes y reglas claras que faciliten a los consumidores un mejor conocimiento de los proveedores que ofrecen bienes y servicios mediante el comercio electrónico; prever la protección real y efectiva a los consumidores, incluyendo a los menores de edad; establecer la reversión de pagos electrónicos solicitados por el consumidor en caso de fraude, operación no solicitada, o el producto no se entregue en la fecha convenida, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso; y establecer que el consumidor tenga mecanismos para presentar quejas, peticiones o reclamos, en el mismo medio en que realiza la transacción. Como todo proyecto legislativo, esta iniciativa ha recibido observaciones y cuestionamientos de parte del sector privado, pero es un buen punto de partida para hacer énfasis en los cambios que se requieren para garantizar el bienestar de los consumidores.

A título personal, considero impostergable un replanteamiento del marco legal del comercio electrónico en México y, en particular, de la protección de los consumidores en Internet, haciendo una adecuada vinculación con los derechos que los mismos tienen cuando utilizan los servicios financieros en línea. Los organismos internacionales aquí mencionados han formulado recomendaciones a los países a nivel de directrices y hasta han sugerido una “ley modelo”. La reflexión que se debe hacer es si esas mismas

prescripciones guardan vigencia con las circunstancias del mercado o de nuevos tratados internacionales como el TPP.

En un marco de certeza jurídica se debe fortalecer a la PROFECO para garantizar el mandato establecido en el tercer párrafo, del artículo 28 constitucional, en el sentido de que “La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”. Y protegerlos implica que la norma genere el debido balance entre el desarrollo del comercio y el bienestar de los consumidores.

Concretamente el reto consiste en garantizar el acceso a la justicia a los consumidores en el mundo físico como en el digital, creando herramientas y procedimientos que reconozcan y protejan sus derechos, pues si bien nuestro sistema jurídico está compuesto por diversos ordenamientos, éstos fueron diseñados desde la perspectiva de las necesidades de los individuos en el momento histórico de su creación, habiéndolas satisfecho en esa época, pero dejando de ser eficientes en la actualidad. Es evidente que la complejidad de nuestros procesos jurisdiccionales representa una carga por demás onerosa para la mayor parte de la sociedad, dando como resultado que la parte que económicamente es más débil sufra las consecuencias de las desventajas. En el tema concreto de los consumidores, esta desventaja se traduce, no sólo en el costo de un litigio, sino también en la falta de acciones procesales efectivas para garantizar y hacer valer sus derechos.

En este sentido, a PROFECO, como institución encargada de promover y proteger los derechos e intereses de los consumidores, no sólo le

basta con la facultad de ejercer todo tipo de acciones, recursos y trámites a fin de lograr esta efectiva protección, necesita además facultades para participar socialmente y de manera permanente en las tareas del gobierno a fin de garantizar la seguridad jurídica de los Derechos Humanos reconocidos a todo el público consumidor en nuestra Constitución, sobre todo cuando los procedimientos llevados a cabo por ésta hoy en día, no han sido los idóneos, ni han generado los incentivos suficientes para modificar las prácticas lesivas de los proveedores.

La evolución de la PROFECO en sus 40 años de existencia, así como el crecimiento sostenido que presenta el comercio electrónico y la necesidad de impulsar la economía digital, la ha llevado a constituirse en el “ombudsman del comprador en línea”.¹⁹ En ese ejercicio de autoridad, monitorea diariamente las tiendas virtuales para determinar si cumplen con los requisitos de ofrecer información clara hacia el público, además de que cuenten con estándares de calidad para una compra segura. La consecuencia jurídica de las omisiones por parte de los proveedores en la Red, es la sanción administrativa.

¹⁹ Así denominó a la PROFECO el Lic. Ernesto Nemer Alvarez, Procurador Federal del Consumidor designado el 1 de marzo de 2016, durante la Reunión Ministerial de la OCDE celebrada en Cancún los días del 21 al 23 de junio de 2016. Consultable en: <http://www.profeco.gob.mx/prensa/prensa16/junio16/bol00065.php> (14 de julio de 2016).

Igualmente, en su artículo publicado en el Diario La Razón del 7 de julio de 2016, intitulado “Profeco: Ombudsman del comercio electrónico”. Consultable en: www.razon.com.mx/spip.php?page=columnista&rid_article=313929 (14 de julio de 2016).

La diferencia entre queja y denuncia debe dejar de ser un obstáculo para esta institución al momento de atender derechos violentados, debe obtener mayores herramientas que le permitan defender los derechos e intereses de los consumidores tales que generen beneficios a éstos y a su patrimonio.

Si bien hoy en día se cuenta con una regulación en materia de comercio electrónico, se deben echar a andar los mecanismos que permitan que el contenido en estas leyes transite de lo meramente plasmado en ellas a hechos concretos, es decir, las instituciones del Estado como el Instituto Federal de Telecomunicaciones, la Procuraduría Federal del Consumidor y la Comisión Federal de Competencia Económica tienen la responsabilidad de hacer valer cada una de las disposiciones normativas de su competencia en aras de generar un panorama legal en donde el derecho al acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación se encuentre plenamente garantizado a toda la población.

En ese tenor, es importante generar políticas públicas en cuya elaboración se involucre a los actores más relevantes y representativos de la sociedad, como son concesionarios, instituciones públicas, organizaciones civiles y comunidad académica y de investigación, ello con el objetivo de generar, no solamente una regulación jurídica, sino también los medios para que esto suceda; es decir, se debe buscar que la propuesta vaya más allá de una simple intención plasmada en la normatividad, teniendo resultados tangibles y medibles, logrando así, el cumplimiento a un derecho reconocido en

la Constitución y forjando una mayor interacción del gobierno con sus gobernados, facilitando y promoviendo los derechos de acceso a la información, expresión y petición consagrados en los artículos 6o., 7o. y 8o. constitucionales.

No podemos dejar de lado el hecho de que el derecho a las Tecnologías de la Información y Comunicación ha dejado de ser un lujo para la población, pasando a ser éstas, productos y servicios de primera necesidad para el desarrollo de la vida cotidiana en un entorno en el que la información y comunicación digitales juegan un papel imprescindible para el desarrollo nacional.

Los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión son hoy en día motores de crecimiento económico importantes para el desarrollo nacional, tan sólo la participación conjunta en el Producto Interno Bruto (PIB) de estos sectores se ubicó en 3,5% al cuarto trimestre de 2015 de acuerdo al Cuarto Informe Trimestral Estadístico 2015 del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).²⁰ De construirse sobre esta plataforma una nueva cultura de consumo, la atención a los consumidores en Internet se convierte en un área de oportunidad para: 1) Reconocer sellos de confianza que incorporen cuestiones y protección de datos personales, seguridad y buenas prácticas comerciales de las empresas adheridas a esquemas de autorregu-

²⁰ Cuarto Informe Trimestral Estadístico 2015 del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Consultable en: <http://www.ift.org.mx/transparencia/cuarto-informe-trimestral-de-actividades-2015> (14 de julio de 2016).

lación; 2) Incentivar jurídicamente los mecanismos de certificación para emplear mecanismos de autorregulación; 3) Promover la conciliación en línea ofrecida desde las propias empresas de ventas online de manera directa con sus clientes, o bien, incorporar a más unidades económicas y dar mayor fortaleza legal a mecanismos alternos como “Concilianet” de la PROFECO, que viene operando con éxito desde junio del año 2008.

Si en el año 2015, 75% de los internautas mexicanos hicieron compras en línea y el mismo año, la cifra de suscripciones de servicios de telecomunicaciones fue de 214,4 millones, el Estado mexicano tiene el gran reto de fortalecer y hacer valer el marco legal en materia de protección al consumidor a través de esos medios, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia no es un aspecto meramente jurídico, ya que, el hecho de que un país logre que sus ciudadanos (aun los más necesitados) tengan un fácil contacto con un Tribunal para dirimir una controversia, viendo respetados y protegidos en todo momento sus derechos, deriva en cambios positivos en los ámbitos económico, social y cultural de una sociedad, asegurando así un crecimiento en los mercados que propiciarán escenarios económicos favorables para el país y rompiendo con la asimetría presente en la relación entre proveedores y consumidores.

6. Bibliografía

- ADAME, Juan Pablo, *Ciudadanía digital: ¿Oportunidad o amenaza?*, Cámara de Diputados-Imagia, México, 2015, pp. 97-134.

- KATS, Raúl, *El ecosistema y la economía digital en América Latina*, Ariel-Fundación Telefónica, España, 2015.
- OVALLE FAVELA, José, *Derechos de los consumidores*, Oxford University Press, México, 2008.
- REBOSA ÁLVAREZ, Luis Francisco, “El Contrato en el contexto del comercio electrónico”, *Razón y Palabra*, núm. 49, México, febrero-marzo 2006, consultable en: www.razonypalabra.org.mx/antecedentes/n49/bienal/Mesa%205/LuisFranciscoRebosa.pdf (14 de enero de 2016).
- RICKETT, Charles y Thomas TELFER (editores), *International perspectives on consumers’ access to justice*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2003.
- RODRÍGUEZ, Gladys, “Comercio electrónico. Una revisión desde la Unión Internacional de Telecomunicaciones”, *Revista de Derecho*, núm. 23, Universidad del Norte, Colombia, julio, 2005, pp. 1-28.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, “Regulación del comercio electrónico en México”, *Jurídica*, núm. 30, Universidad Iberoamericana, México, 2000, pp. 385-409.
- SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Defensa de usuarios y consumidores*, Porrúa, México, 2007.

6.1. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* (última reforma publicada el 27 de enero de 2016).
- Ley Federal de Protección al Consumidor, *Diario Oficial de la Federación* (última reforma publicada el 30 de diciembre de 2015).
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de julio de 2010.
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de julio de 2014.
- Código Civil Federal, *Diario Oficial de la Federación* (última reforma publicada el 24 de diciembre de 2013).
- Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación* (última reforma publicada el 30 de diciembre de 2015).
- Código Fiscal de la Federación, *Diario Oficial de la Federación* (última reforma publicada el 12 de enero de 2016).

- Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación* (última reforma publicada el 12 de enero de 2016).
- Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.
- “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor”. Suscrita por los senadores Ana Lilia Herrera Anzaldo, Héctor Larios Córdova, Miguel Barbosa Huerta, Blanca Alcalá Ruíz, Graciela Ortiz González, Marcela Guerra Castillo, Ricardo Urzúa Rivera, Braulio Fernández Aguirre y Miguel Romo Medina, (PRI, PAN y PRD). Turnada a comisiones de Comercio y Fomento Industrial, y de Estudios Legislativos. Presentada el 15 de octubre de 2015. Consultable en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-10-15-1/assets/documentos/Inic_PRI_PROFECO.pdf (9 de enero de 2016).

6.2. Normatividad internacional

- Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, ONU, 1999.

- Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico, OCDE, 1999.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, ONU, 1996.
- Tratado de Asociación Transpacífico. Consultable en: <http://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/tratado-de-asociacion-transpacifico-tpp> (15 de enero de 2016).

6.3. Jurisprudencia

- Tesis aislada: 1a. XCVII/2015 (10a.). CONSUMIDOR. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN TIENE RANGO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II, pág. 1094. Reg. IUS 2008636.
- Tesis aislada: I.7o.C.153 C. DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE BASE CONSTITUCIONAL TIENE UNA REGULACIÓN LEGAL, ESPECÍFICA Y PROTECTORA QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR AL RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE PROVEEDORES Y

CONSUMIDORES QUE SEAN DE SU COMPETENCIA PARA EVITAR ABUSOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, XXXII, Diciembre de 2010, pág. 1755. Reg. IUS 163370.

- Tesis aislada: I.7o.A.410 A. RECIBO DE PAGO ELECTRÓNICO. VALOR PROBATORIO DE LA DOCUMENTAL IMPRESA CORRESPONDIENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XXII, Octubre de 2005, pág. 2471. Reg. IUS 176863.

6.4. Informes

- Cuarto Informe Trimestral Estadístico 2015 del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Consultable en: <http://www.ift.org.mx/transparencia/cuarto-informe-trimestral-de-actividades-2015> (14 de julio de 2016).
- “Estadísticas a propósito del Día Mundial del Internet”. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), México, mayo 2015. Consultable en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/Internet0.pdf> (18 de noviembre de 2015).
- *ITU World Telecommunication/ICT Indicators database, 2015*. Consultable en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/>

statistics/2015/stat_page_all_charts_2015.xls (8 de enero de 2016).

- *La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción*, CEPAL, Chile, julio 2015.
- Perspectivas de la OCDE sobre la Economía Digital 2015, OCDE, México, 2016. Consultable en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015_SP_WEB.pdf (14 de julio de 2016).
- *Tendencias de seguridad cibernética en América Latina y el Caribe*, OEA-Symantec, EUA, 2014. Consultable en: https://www.symantec.com/content/es/mx/enterprise/other_resources/b-cyber-security-trends-report-lamc.pdf (26 de noviembre de 2015).

6.5. Programas institucionales

- Programa de Desarrollo Innovador 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de diciembre de 2013.
- Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2013

- Programa Nacional de Protección a los Derechos del Consumidor 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de mayo de 2014.
- “Decálogo de los derechos mínimos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos”. Portal del Consumidor, PROFECO, 2012. Consultable en: <http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/?p=11743> (14 de diciembre de 2015).

TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL A TRAVÉS DE INTERNET

*Agustín Millán Gómez**

*Sergio Carrera Riva Palacio***

Sumario: 1. Introducción. 2. El inicio del acceso a la información en México, 1977. 3. El avance en el derecho de acceso a la información desde la sociedad civil y la Ley Federal de Transparencia del 2002. 4. Reforma al artículo 6o. constitucional de 2007. El cambio de paradigma en la concepción del derecho de acceso a la información. 5. El proceso de consolidación del derecho de acceso a la información en México. 6. Internet y las TIC: implicaciones sociales y para la transparencia. 7. México, TIC e Internet. 8. El gobierno se vuelca a la red. 9. Avances y retos del derecho de acceso a la información utilizando Internet. 10. Gobierno Abierto: una mirada conceptual. 11. Formulación teórica sobre el Gobierno Abierto. 12. Gobierno Abierto, participación ciudadana y tecnologías de la información. 13. Implicaciones y retos del Gobierno Abierto. 14. Conclusiones. 15. Fuentes de consulta.

* Economista egresado de la Universidad Autónoma Metropolitana, realizó la Maestría en Administración Pública en el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), actualmente es Director General de Enlace con Sujetos Obligados de los Poderes Legislativo y Judicial del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Correo: agustin.millan@inai.org.mx.

** Economista egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Maestro en Administración por el ITESM y Doctor en Economía por la UNAM; actualmente es Director ejecutivo del Centro de Investigación en tecnologías de la Información y Comunicación (INFOTEC). Correo: sergio.carrera@infotec.mx.

Palabras Clave: Transparencia; Acceso a la información pública gubernamental; Protección de datos; Derecho constitucional; Internet; Reforma; Gobierno Abierto; Democracia; Participación ciudadana.

1. Introducción

El derecho de acceso a la información en México se ha ido perfeccionando a través de las distintas reformas que se han suscitado en el artículo 6o. constitucional, con lo cual se amplían las bases y principios para mejorar la aplicación de un derecho fundamental de las sociedades modernas, el derecho a la información que, como sabemos, es un derecho llave o instrumental, de carácter transversal, para ejercer otros derechos humanos.

En México se han presentado cuatro grandes reformas a favor del acceso a la información, las cuales han representado avances significativos para la construcción de un derecho que se encuentra en constante evolución y que responde de manera precisa a las demandas de una sociedad en constante transformación y cambio.

Estas reformas constitucionales en materia del derecho de acceso a la información pública, hoy en día consagrado como un derecho humano fundamental, han permitido que cualquier persona cuente con la posibilidad de obtener datos acerca de la actividad de las autoridades, y todos los sujetos obligados por ley que ejerzan recursos públicos. Para conseguir este

objetivo, el uso del Internet y las tecnologías de la información y comunicación se han convertido en un elemento estratégico y fundamental.

En la mayoría de los países desarrollados la penetración del uso de Internet se ha dado a un ritmo muy acelerado; sin embargo, en México nos encontramos con un porcentaje muy bajo de usuarios, en comparación con países de similar nivel de desarrollo y uso, y el cual está concentrado en sectores de ingreso medio propiciando brechas entre regiones y personas. Lo anterior repercute en el número de personas que pueden hacer efectivo su derecho de acceso a la información.

No obstante lo anterior, en nuestro país se han desarrollado herramientas tecnológicas vía Internet para hacer efectivo el derecho de acceso a la información desde inicios de este siglo, las cuales presentan altos grados de avance, uso y aceptación. El día de hoy estamos ante un reto mayúsculo, ya que por primera vez en la historia del país se cuenta con una plataforma nacional de transparencia, con la que los usuarios podrán acceder a la información pública de oficio, de manera homologada y estandarizada, en los tres poderes y órdenes de Gobierno, entre otros sujetos obligados; además de que se unificarán a escala nacional la vías para realizar solicitudes de acceso a la información, así como otros elementos de relevancia para la gestión efectiva de este derecho.

Por otro lado, la evolución y fortalecimiento del derecho de acceso a la información, el cada vez más generalizado uso del Internet, la necesidad

de nuevos esquemas de legitimidad del gobierno y la presencia de una sociedad cada vez más exigente y participativa han llevado al desarrollo de la discusión del concepto “Gobierno Abierto”, en el que interactúan de manera dinámica sociedad y gobierno en un esquema de cooperación con el apoyo de las tecnologías de la información.

Dentro del modelo de Gobierno Abierto se engloban diversos conceptos que dan cuerpo al mismo, entre los que se destacan: la transparencia, la participación, la colaboración, las Tecnologías de la Información y Comunicación; que a su vez fortalecen los valores, principios y prácticas democráticas.

El presente artículo abarca estas temáticas y construye un panorama de los avances y retos en la materia.

2. El inicio del acceso a la información en México, 1977

En el año de 1976 México enfrentaba una importante crisis económica, situación que había repercutido directamente en las bases de legitimidad del partido en el poder. La crisis económica también se manifestó de manera rotunda en aspectos como el abstencionismo electoral, el cual alcanzó cifras alarmantes, donde el sistema político en estabilidad del periodo llamado “Milagro mexicano” comenzó a sufrir averías.

El Estado mexicano se encontraba en una encrucijada, pues las formas tradicionales de organización no estaban funcionando como regularmente lo hacían; como consecuencia, el presidente José López Portillo decidió emprender un reajuste del sistema para poder reconstruir bases de legitimidad. La reforma política fue uno de sus principales frutos, proyecto presentado por el entonces Secretario de Gobernación Jesús Reyes Heróles. Para López Ayllón, “ésta se constituye por una serie de medidas basadas en los principios de apertura democrática, pluralismo ideológico, fortalecimiento de la sociedad civil y reafirmación de la presencia estatal”.¹

A pesar de que el derecho a la información se establece por primera vez en la reforma al art. 6o. realizada en 1977, su antecedente inmediato se remite al Plan Básico de Gobierno 1976-1982. En dicho plan de desarrollo se estableció que “el derecho a la información constituye una nueva dimensión de la democracia: es la fórmula eficaz para respetar la diversidad y riqueza en la expresión de ideas, opiniones y convicciones”.² En este primer acercamiento al derecho de acceso a la información, se plantea además lograr una vinculación entre la libertad individual y el derecho colectivo, pugnando por establecer un vínculo entre sociedad y Gobierno.³

¹ LÓPEZ, Sergio, *El derecho a la Información*, 1a. ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1984, p. 73.

² *Ibid.*, p. 74.

³ No obstante, la concepción original era la de DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XI, abril de 2000, p. 72, Tesis: P. XLV/2000, Reg. IUS: 191981.

En abril de 1977 el Gobierno federal lanza una consulta a nivel nacional para determinar los contenidos que deberían ser analizados en la reforma política. En esta consulta se establece como punto de discusión el derecho a la información, ya que se contemplaba como un problema que debía encontrar solución en la próxima reforma.

Como consecuencia de la consulta realizada, en octubre de ese mismo año el presidente envió a la Cámara de Diputados el proyecto de reforma, en el cual se incluía la modificación de 17 artículos entre los que destaca el sexto.⁴ El cambio que se estimó para el art. 6o. constitucional incorporaba 10 sencillas palabras, las cuales en una primera aproximación no representan un gran cambio y que, sin embargo, a la postre, generarían un nutrido debate en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y se desencadenaría el desarrollo del derecho de acceso a la información.

En la parte final de la reforma al art. 6o. se puede leer lo siguiente: *el derecho de acceso a la información será garantizado por el Estado*. La adición de estas palabras trajo consigo una serie de debates entre la opinión pública, ya que se abrió la posibilidad a un sinnúmero de interpretaciones en torno al

⁴ Véase la tesis jurisprudencial 2a. I/92, del rubro: INFORMACIÓN, DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, cuando indica que “La adición al 6o. constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados”. Amparo en revisión 10556/83. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Segunda Sala, Tomo X, agosto de 1992, p. 44, Reg. IUS: 206435.

derecho de acceso a la información y lo que ello conlleva.⁵ Desde esta óptica, era necesaria una ley que reglamentara este derecho, pues de esta forma se establecerían sus alcances.

La aparición de diversos puntos de vista alrededor de la reforma al art. 6o. y la posible implementación de una ley reglamentaria obligaron al gobierno a convocar a una serie de audiencias públicas. En estas audiencias participaron representantes de medios de comunicación, partidos políticos,⁶ académicos y funcionarios del gobierno federal.

A pesar de los debates presentados en las audiencias públicas no se logró llegar a un consenso para la génesis de una ley que reglamentara el acceso a la información, lo cual no quiere decir que la reforma de 1977 no planteara un cambio de paradigma en favor de la sociedad.

⁵ *Ibid.*, “a) Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada “Reforma Política”, y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos. b) Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria; y c) Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información. Ahora bien, respecto del último inciso no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; pero tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea en favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente”.

⁶ Sobre el dictamen y los debates en la Cámara de Diputados así como en la Cámara de Senadores, puede verse ORTEGA, Alejandro, *Evolución del derecho a la información en el orden jurídico mexicano 1977-2007*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2008, pp. 27-37. Disponible en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Jur_20.pdf

Es necesario tomar en cuenta la evolución que tuvo el derecho de acceso a la información en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), toda vez que en un inicio y desde la reforma política de 1977, se planteó, no como un derecho para que las personas pudieran acceder a la información que se encontraba en posesión del Estado, sino como una prerrogativa para que los partidos políticos pequeños pudieran dar a conocer sus documentos fundamentales. Es decir, esta “diversidad y riqueza en la expresión de ideas, opiniones y convicciones” no obedecía a lo que hoy entendemos como derecho a la información, como parte de la libertad de expresión, según lo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios pronunciamientos, como los emblemáticos casos de *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006; así como *Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*, 2010.

Se puede aseverar que con la reforma política de 1977 se buscó generar estabilidad dentro del sistema político, apareciendo el derecho de acceso a la información como un paliativo inicial a esta problemática, sin tomar en cuenta las repercusiones que de ello emanarían a largo plazo.

3. El avance en el derecho de acceso a la información desde la sociedad civil y la Ley Federal de Transparencia del 2002

Generalmente, las llamadas “grandes reformas” responden a coyunturas específicas, las cuales pueden estar influenciadas por presiones políticas,

económicas y/o sociales. Ello es así que, 25 años después de la reforma de 1977, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) del 2002 surge precedida por un movimiento social en favor del derecho de acceso a la información pública, el cual encuentra su cauce debido al poco avance que se había gestado en torno a este derecho y a la imperiosa necesidad de fomentar un diálogo más equitativo entre ciudadanía y gobierno.⁷

Este contexto favorece el surgimiento del *Grupo Oaxaca*, pionero en temas relacionados al derecho a la información, ya que encontró los mecanismos y canales para que su proyecto de ley fuera discutido en el Congreso de la Unión.⁸ El movimiento encabezado por este grupo reclamaría el acceso a la información, y buscaba dejar en claro que la información no es propiedad del Estado, por el contrario, es una fuente de poder para la

⁷ En este sentido, Marván explica que “El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública respondió desde sus orígenes a una legítima demanda de la sociedad mexicana, que exigía garantizar un ejercicio de gobierno transparente, sujeto a la supervisión de la sociedad, abierto a la rendición de cuentas, en el que los asuntos públicos fueran del dominio público”. MARVÁN, María, “Introducción, El acceso a la información pública: un instrumento útil para la sociedad organizada”, en *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad*. Disponible en el vínculo electrónico http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/derecho_acceso16.pdf

⁸ Al respecto, véase la Declaración del Foro “*La Transparencia a la Constitución*”, de 31 de enero de 2007, en la que se resalta que “Gracias a la tarea de un puñado de precursores, entre los cuales están los integrantes del Grupo Oaxaca; los abogados, los funcionarios y los legisladores que diseñaron la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y los que defendieron su interpretación como derecho fundamental de los mexicanos; los grupos sociales organizados que le han dado sentido y horizonte ;los medios de comunicación que lo han inscrito en el ejercicio de un nuevo periodismo; los académicos que han discutido y afianzado su trascendencia, y los funcionarios y los ciudadanos que le han dado vida práctica a través del IFAI y los órganos estatales de transparencia, hoy estamos a un paso de consolidar ese derecho fundamental en el texto de la Constitución Política del país”. Disponible en el vínculo electrónico: <http://inicio.ifai.org.mx/Articulo6/Proclama%20del%20foro.pdf>

sociedad. De ello se destaca la necesidad de llevar a cabo un diálogo crítico para reducir la incertidumbre que genera el poder.

Tal como se hace en la Declaración del Foro “La Transparencia a la Constitución”,⁹ hay que preguntarse “*¿Hasta dónde debe llegar el acceso a la información pública? Hasta donde llegue el ejercicio de los poderes públicos y hasta donde se sitúen los recursos públicos, que a todos nos pertenecen. Ningún límite puede sostenerse con seriedad como un argumento válido para oponerse a la transparencia, y ninguna restricción que no esté plenamente justificada en el interés público probado o en el respeto a la vida privada, tiene porqué impedir el acceso igualitario a la información pública.*” (Cursivas propias).

La incursión de este grupo en la discusión de la agenda nacional generó un impacto institucional de gran calado. Como consecuencia de ello se planteó un debate nutrido entre académicos, políticos y grupos de la sociedad civil para explorar mecanismos efectivos que colocaran el derecho de acceso a la información pública como una garantía alcanzable, acorde a las exigencias de una sociedad cada vez más demandante.

Así, la primera gran consecuencia fue la emisión de la LFTAIPG, la cual planteaba un cambio paradigmático al presentar un marco normativo que regulaba el derecho de acceso a la información. Aunado a este gran avance, hace su aparición en la escena nacional el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) una innovación en el ámbito del

⁹ Ya citada.

sector público, situación que le acarreó una gran cantidad de críticos debido a la incompreensión en su momento del capital social que aportaba.

La LFTAIPG fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002, entrando en vigor un año después. Entre los principales postulados que dieron origen a la ley se encontraban los siguientes:

- a) Establecer el acceso a la información a cualquier persona.
- b) Establecer excepciones para acceder a la información.
- c) La información no podía condicionarse.
- d) Establecer un procedimiento sencillo para acceder a la información.
- e) Establecer qué tipo de información de oficio debían difundir los sujetos obligados.
- f) Crear un órgano encargado de aplicar dicha ley.

De acuerdo con varios especialistas, la Ley Federal de Transparencia fue la primera reforma de fondo a la estructura del sistema político, la cual aumentó el acervo de derechos de los mexicanos, aunque no lo hizo, sin embargo, a nivel constitucional.

4. Reforma al artículo 6o. constitucional de 2007.

El cambio de paradigma en la concepción del derecho de acceso a la información

El 20 de julio de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional en la que se adicionó un segundo párrafo al

artículo 6o. constitucional.¹⁰ La reforma constitucional contenía cuatro principios:

- a) Principio de publicidad de toda la información en posesión de cualquier autoridad, órgano u organismo federal, estatal o municipal, salvo por razones de interés público (reserva de ley);
- b) Principio de máxima publicidad;
- c) Protección de vida privada y datos personales (reserva de ley); y
- d) Acceso gratuito a la información y rectificación de datos personales sin necesidad de tener interés alguno o justificar su utilización.

En virtud de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derecho de Acceso a la Información Pública, mediante Decreto publicado el 20 de julio de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación* y que entró en vigor el día siguiente, se adicionó un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6o. Decreto que, en sus siete incisos y sus tres Transitorios, señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 6o.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que

¹⁰ Al respecto, véase Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *Reforma al artículo 6o. constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, Junio de 2007. Disponible en el vínculo electrónico http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/Modificacion_Art6.pdf

ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

- I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.
- II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.
- III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.
- IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustan-

ciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

- V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.
- VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.
- VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.¹¹

Por mandato de dicho Decreto, cada uno de los estados de la Federación emitieron sus respectivas adecuaciones constitucionales, que fueron publicadas en los periódicos oficiales o gacetas de cada estado, adicionando un párrafo con siete fracciones al artículo respectivo de la Constitución Política de cada Estado Libre y Soberano, incluyendo sus artículos transitorios

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de junio de 2007.

respectivos, tendientes a su entrada en vigor en cumplimiento de la legislación federal.¹²

Básicamente, lo importante aquí es que por efecto de la fracción V del mencionado artículo 6o., por primera vez, se introducía con rango constitucional el derecho de acceso por vía electrónica y la obligación de “publicar a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”.

Lo anterior ha sido celebrado y reconocido como el inicio y declaración de utilidad pública del “internet”, así como su aplicación práctica para complementar “el derecho a saber” mediante la vía electrónica, tanto como la obligación de las autoridades de la Federación, los estados y el Distrito Federal, ahora Ciudad de México.

5. El proceso de consolidación del derecho de acceso a la información en México

No obstante los nobles propósitos de la reforma constitucional en materia de transparencia del 2007, tendientes a establecer un piso mínimo en el

¹² En este sentido, véase LÓPEZ, Sergio y MARVÁN, María (coords.), *La transparencia en la República: un recuento de buenas prácticas*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, 2007. Disponible en el vínculo electrónico: http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/recuento_BuenasPracticas22.pdf

ejercicio del derecho a saber, la realidad fue que se generó un marco normativo asimétrico en todo el país, entre las entidades federativas y la federación, que limitaba la utilidad social y su efectiva realización como un derecho fundamental.

Con este diagnóstico y después de un largo y fructífero esquema de interlocución entre legisladores del Congreso de la Unión, sociedad civil organizada, académicos y organismos de transparencia de todo el país, bajo una modalidad de Parlamento Abierto, en febrero del 2014 se promulgó una nueva reforma constitucional en materia de transparencia, acceso a la información, archivos y protección de datos personales.

Resulta oportuno precisar aquí también que desde la reforma de 2013 en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, el artículo 6o. constitucional fue mejorado, introduciendo elementos indispensables para hacer efectivo el derecho de acceso a la información con apoyo en las tecnologías de la información, quedando su redacción como sigue:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de...

[...]

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.

Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

[...]

B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones:

[...]

II. Las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias.¹³

Por otro lado, se destaca aquí que los tres ejes fundamentales en los cuales se sustentó la reforma constitucional del 2014 fueron: el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública; la consolidación de un sistema nacional de transparencia para que articulara e hiciera coherente el ejercicio de este derecho fundamental en el país; y el establecimiento de nuevas facultades a los organismos garantes con autonomía constitucional, para actuar conforme a los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficiencia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2016.

Jacqueline Peschard refiere que para dar consistencia al derecho de acceso a la información, el organismo garante nacional coordinará sus acciones con instituciones emblemáticas del Estado mexicano, como es el caso de la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, así como con los organismos garantes locales, de manera tal que se fortalezcan los mecanismos de rendición de cuentas. Asimismo, agrega que “siempre con el propósito unificador, la reforma constitucional previó la redacción de leyes generales, de transparencia, de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados y de archivos, las cuales tienen el cometido de establecer los estándares básicos del derecho de acceso a la información pública, a las que habrán de apegarse como mínimos irreductibles todas las legislaturas secundarias”.¹⁴

Posteriormente, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LGTAIPG), que entró en vigor en mayo del 2015, estableció una mayor cobertura de la transparencia, generando cambios como la obligatoriedad de cumplir sus disposiciones por parte de los sujetos obligados que abarcan a los tres poderes, los órganos autónomos, los estados federales con sus poderes constituidos, incluyendo a los municipios, partidos políticos, fondos, fideicomisos y sindicatos públicos; todos ellos obligados a transparentar sus obligaciones generales y especí-

¹⁴ PESCHARD, Jacqueline, “La expansión de un derecho fundamental: el sistema nacional de transparencia”. *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, 1a. ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 35-36.

ficas de oficio y que deben incorporarse en los *micrositios* de transparencia dentro del portal de Internet de cada dependencia y a una plataforma informática nacional en la que se concentrará la información, la cual deberá mantenerse actualizada de manera periódica.

Además, esta normatividad está llena de innovaciones, como la creación constitucional del Sistema Nacional de Transparencia (SNT),¹⁵ el surgimiento de la Plataforma Nacional de Transparencia (PNT)¹⁶ que entró en funcionamiento desde el 5 mayo del 2016, la cual está en vías de perfeccionarse para atender aspectos de usabilidad y configuración, de manera tal que permita todas las funcionalidades que se previeron desde su diseño, en beneficio de los ciudadanos peticionarios de información pública, así como de una eficiente gestión interna de más de 8 mil sujetos obligados en todo el país, de los cuales cerca del 11% es del ámbito de la federación.

Estas figuras, más las iniciativas pendientes del Sistema Nacional Anticorrupción y del Sistema Nacional de Fiscalización, abarcan un todo jurídico que busca dar lugar a una mayor transparencia de las actuaciones de los servidores públicos, un mayor control en ejercicio de los recursos públicos y mecanismos eficientes de combate a la corrupción, sobre todo

¹⁵ Sobre el SNT, véase más información en <http://snt.org.mx/>

¹⁶ Véase el Acuerdo del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, por el que se aprueban los Lineamientos para la implementación y operación de la Plataforma Nacional de Transparencia, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de mayo de 2016.

en aquellos espacios en los que se manejan cuantiosos recursos de gasto federalizado, como es el caso de los sectores de la educación, salud, seguridad pública y energía, así como en los que se mantiene contacto con el otorgamiento de contratos de obra pública y similares.

La implementación de estos elementos es impensable sin la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación basadas en el uso de Internet,¹⁷ ejemplo de ello es la PNT que constituye uno de los proyectos más ambiciosos incluido como disposición expresa en la LGTAIPG, y que haremos mayor referencia de ella más adelante.

Viendo en retrospectiva, sin duda alguna, el proceso para establecer los pilares del derecho de acceso a la información en México ha sido corto en comparación con otras naciones (los datos e información sobre el quehacer gubernamental fueron hechos públicos como un derecho desde el siglo XVI);¹⁸ sin embargo, los cambios suscitados en los últimos 20 años han generado transformaciones profundas en la concepción de los derechos de los ciudadanos y la responsabilidad del Estado en cuanto al derecho de saber sobre los asuntos públicos; la evolución del derecho de acceso a la

¹⁷ El uso de la tecnología, en particular, fortalece el derecho del ciudadano ya que “al utilizar la fuerza de la tecnología ese sujeto solitario se inserta en la red social”. GONZÁLEZ, Edmundo, *La revolución del derecho de acceso a la información ¿Para qué sirve?*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2012, p. 21. Disponible en el vínculo electrónico: http://www.inap.mx/portal/images/pdf/book/revo_dere.pdf

¹⁸ Cfr: SANDOVAL-ALMAZAN, Rodrigo, “Gobierno Abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 68, vol. 2, UAEM, México, mayo-agosto 2015, p. 204.

información pública en la actualidad y en el futuro no podrá ser comprendida sin la utilización de Internet y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).¹⁹ Y son, precisamente, estas las cuestiones a las que debemos atender, considerando el importante avance normativo que se ha producido en nuestro país y el futuro que pasa, cada vez más, por el uso de las TIC, lo cual no está exento de retos y cuestiones a las que hay que atender para que nadie quede fuera y vea afectados sus derechos humanos fundamentales.

6. Internet y las TIC: implicaciones sociales y para la transparencia

En la última década del siglo XX estudiosos como Manuel Castells²⁰ y Zygmunt Bauman²¹ vislumbraban que se encontraba en marcha una gran revolución tecnológica, centrada en torno a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Esta revolución ha transformado las bases de organización, producción y comunicación dentro de las sociedades modernas a un ritmo nunca antes visto.

¹⁹ González indica que “El derecho al acceso a la información ha representado, no únicamente la gran transformación de nuestra democracia en el siglo XXI, al incorporar a los instrumentos electrónicos como medios para ejercitar este derecho; también se ha constituido en un impulso trascendental para la modernización del país”, *op. cit.*, p. 63.

²⁰ Cfr: CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. 1, México Siglo XXI, México, 1996.

²¹ Cfr: ZYGMUNT, Bauman, *Modernidad y ambivalencia*, Anthropos Editorial, Madrid, 2005.

El principal instrumento de la revolución a la que se hace mención es Internet, resultado de la evolución de un concepto orientado a favorecer la circulación de la información, en principio relativa a la ciencia y a la seguridad, y que actualmente ha abarcado diversas esferas de la vida como la economía, el trabajo, el ocio, etcétera.

La velocidad de apropiación de Internet dentro de las sociedades es de una velocidad insospechada, en 20 años el mundo desarrollado alcanzó tasas de penetración cercana, o superiores, al 80% (cuadro 1), en ámbitos de utilización tan diversos como las finanzas, el gobierno, la movilidad, la educación y un sinnúmero de actividades, que día con día siguen aumentando.

Cuadro 1
Uso de Internet en el mundo por regiones 2000-2014

Región	Usuarios de Internet (millones)		Población (millones)		Penetración (%)		Crecimiento 2000-2014 (%)
	2000	2014	2000	2014	2000	2014	
América del Norte	137	310	313	354	44.4	87.3	125
Zona del Euro	72	265	321	339	27.3	78.3	267
Unión Europea	100	397	488	508	25.3	78.1	296
Miembros OCDE	323	992	1,155	1,271	32.5	78.1	208
Europa y Asia central	114	625	862	903	18.2	69.2	450
América Latina y el Caribe	21	314	526	626	6.5	50.2	1,430
Asia oriental y el Pacífico	114	1,062	2,046	2,264	10.8	46.9	828
Mundo	414	2,954	6,116	7,261	14.0	40.7	613
Oriente Medio y Norte de África	5	160	315	417	3.3	38.3	2,894
El mundo árabe	3	133	281	385	2.4	34.5	4,048
África al sur del Sahara	3	187	668	974	1.8	19.2	5,497
Asia meridional	7	286	1,386	1,721	2.3	16.6	4,251

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Banco Mundial (2016). Población total y usuarios de Internet. Recuperado el 22 de enero de 2016, de <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL> y <http://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.P2>

Nota: El cuadro está ordenado de mayor a menor con base en la penetración de Internet al 2014.

Internet se ha transformado de manera constante, de permitir exclusivamente la visualización de la información (web 1.0), a favorecer la participación social y creación de contenidos por parte de los usuarios (web 2.0), etapa en la que también surgen las redes sociales y posteriormente, la búsqueda analítica selectiva de los medios a través de arreglos semánticos (web 3.0), y que se prepara para la explosión de su fase más reciente asociada al “Internet de las cosas”, en que herramientas y utensilios de la vida cotidiana funcionan de manera automática o se anticipan a las necesidades de las personas debido al análisis permanente de hábitos reflejados en la red e instrumentos del llamado *Big Data*.

La penetración de las TIC ha avanzado significativamente, y gracias al acceso a Internet a través de los dispositivos móviles se aprecia una creciente masificación de su uso. Por un lado, la diversidad de dispositivos y la disminución de sus precios relativos han favorecido su uso; por otro lado, la diversificación de la oferta de servicios (privados y públicos) hace cada vez más conveniente, necesario e indispensable acceder a la red.²²

Este significativo crecimiento de los ciudadanos en la red ha dado lugar a un aumento de los servicios públicos —de información y transaccionales— a través de Internet por medio de propiciar un impacto favorable en el bienestar de las personas, así como en la competitividad de las organizaciones.

²² El 29 de junio de 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas reconoció la naturaleza mundial y abierta de Internet, y exhortó a los gobiernos a promover y facilitar el acceso a la Red. Como ya se trató, con la reforma constitucional de 2014, en el artículo 6o. se reconoce el “Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”.

En el ámbito gubernamental, el uso de estas tecnologías ha impactado favorablemente en la reducción de los costos de operación del gobierno, abre la puerta a una simplificación y desregulación administrativa, y puede fortalecer las posibilidades efectivas de reducción de la corrupción.²³ En cuanto a la incidencia ciudadana, los beneficios de la difusión de estas tecnologías han llevado a fortalecer el ejercicio del derecho fundamental a la información; a facilitar la circulación de la información; diversificar los canales de denuncia y queja; y a facilitar la suma de voluntades para presionar por la solución de problemas que corresponde atender al gobierno, por citar algunos ejemplos.

7. México, TIC e Internet

No obstante los citados beneficios, existen diferencias en la penetración, la implementación y la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, dependiendo los países, las regiones y las personas.

La distinta velocidad de apropiamiento en el mundo, y al interior de cada país, ha generado nuevas brechas; en el cuadro 2 se aprecia con claridad que el ritmo de adopción en los países desarrollados ha sido vertiginoso; también en algunos países asiáticos como es el caso de Corea del Sur.²⁴

²³ Vid. Instituto Mexicano para la Competitividad y Centro de Investigación y Desarrollo Económico, *México: Anatomía de la Corrupción*, México, 2015. Disponible en el vínculo electrónico http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/2015_Libro_completo_Anatomia_corrupcion.pdf

²⁴ Banco Mundial (2015). Indicadores, consultable en: <http://data.worldbank.org/indicator/all> (8 de marzo de 2016).

No es el caso de México, que mantiene una brecha amplia de población sin acceso a la red.

En México, según cifras de la Asociación Mexicana de Internet,²⁵ de 2006 a 2014 ha pasado el número de usuarios de la red de 20 a 54 millones, con una penetración del 44% de la población, inferior a los niveles de países con similares niveles de desarrollo como Brasil (57%) y Argentina (64%).

Cuadro 2
Líneas telefónicas, usuarios de Internet y computadoras personales por cada 100 habitantes en países seleccionados

País	Líneas telefónicas y suscriptores de celular						Usuarios de Internet						Computadoras personales					
	1990	1998	2004	2012 ²	2013 ²	2014 ¹	1990	1998	2004	2012	2013	2014	1990	1998	2004	2012 ¹	2013 ¹	2014 ¹
Alemania	40.7	73.4	150.1	172.1	179.8	177.3	0.1	8.9	64.7	84.0	84.0	86.2	8.2	27.9	54.5	87.0	88.9	90.6
Argentina	9.3	27.0	58.1	175.4	185.8	181.3	0.0	0.8	16.0	55.8	59.9	64.7	0.7	5.3	8.3	56.0	59.2	62.1
Brasil	6.3	16.1	57.2	147.3	157.8	160.8	0.0	1.5	19.1	49.8	51.6	57.6	0.3	3.0	13.1	49.9	48.8	52.0
China	0.6	8.9	49.7	101.0	108.0	110.2	0.0	0.2	7.3	42.3	45.8	49.3	0.0	0.9	4.1	40.9	43.8	46.7
Colombia	7.3	21.2	42.4	115.9	118.9	127.8	0.0	1.1	9.1	49.0	51.7	52.6	ND	3.4	4.2	38.4	42.2	44.5
Corea del Sur	31.1	75.0	128.4	170.9	172.6	175.1	0.0	6.7	70.9	84.1	84.8	84.3	3.7	18.1	52.5	82.3	80.6	78.3
Costa Rica	9.2	22.8	53.4	132.6	165.8	161.7	0.0	2.7	20.8	47.5	46.0	49.4	0.0	8.0	21.8	49.0	51.0	52.3
EUA	55.8	90.2	123.3	139.9	137.7	138.5	0.8	30.1	65.0	81.0	84.2	87.4	21.3	44.1	74.7	79.3	80.0	81.5
Filipinas	1.0	5.7	43.3	110.6	107.7	114.3	0.0	1.1	5.2	36.2	37.0	39.7	0.3	1.47	4.39	16.9	18.7	20.5
Finlandia	58.7	110.4	140.8	188.8	185.4	151.4	0.4	25.4	72.4	91.0	91.5	92.4	10.0	35.0	48.1	88.0	88.7	91.9
Hong Kong	45.0	105.2	175.9	290.5	300.5	300.4	0.0	14.8	56.6	72.8	74.2	74.6	4.6	26.1	61.1	80.3	81.9	83.7
India	0.6	2.2	8.8	72.4	73.1	76.6	0.0	0.1	2.0	12.6	15.1	18.0	0.0	0.3	1.2	10.9	11.9	13.0
Irlanda	28.5	69.6	143.8	151.1	146.7	147.5	0.0	8.1	29.6	79.0	78.2	79.7	8.5	27.3	49.0	83.0	83.6	84.0
Israel	36.5	82.8	149.0	167.7	160.3	158.5	0.1	10.0	21.6	73.4	70.8	71.5	6.7	20.6	73.4	82.1	85.0	82.4
Japón	45.3	87.5	119.2	161.4	165.6	170.3	0.0	13.4	62.4	79.1	86.3	90.6	6.0	23.7	40.7	80.0	76.2	83.3
México	6.4	13.7	53.7	100.1	102.7	99.6	0.0	1.3	14.1	38.4	43.5	44.4	0.8	3.6	10.8	31.2	35.8	38.3
Noruega	54.9	113.4	150.9	144.6	140.8	139.2	0.7	36.0	39.0	95.0	95.1	96.3	12.1	40.5	59.2	92.0	93.3	95.4
Reino Unido	46.3	81.6	157.1	188.2	177.5	175.9	0.1	13.7	65.6	87.0	89.8	91.6	10.8	27.2	59.9	87.0	88.2	90.8
Singapur	36.7	76.4	140.6	189.6	192.3	193.7	0.0	18.8	61.9	74.2	73.0	82.0	6.6	37.9	65.5	87.7	86.0	88.0
Suecia	73.7	118.6	161.2	168.4	165.0	167.5	0.6	33.5	83.7	94.0	94.8	92.5	10.5	39.6	76.1	92.0	91.9	93.4
Promedio de países seleccionados	29.7	60.1	105.3	154.4	157.2	156.4	0.1	11.4	39.4	66.3	67.9	70.2	5.9	19.7	39.1	65.7	66.8	68.6
Promedio países seleccionados OCDE	43.4	83.3	134.3	159.4	157.7	154.6	0.3	17.1	53.6	80.5	82.1	83.3	9.0	28.0	54.4	80.4	81.1	82.7

Fuentes: Banco Mundial (2015). Abonos a teléfonos celulares (por cada 100 personas) y Líneas telefónicas (por cada 100 personas).

Banco Mundial (2015). *Usuarios de Internet* (por cada 100 personas).

Wikiprogress (2012). *Computadoras personales* por cada 100 habitantes.

International Telecommunication Union (varios años). *Measuring the Information Society*. Geneva, Switzerland.

INEGI. Indicadores sobre actividades científicas y tecnológicas.

Notas: 1/ Para estos años se toman los datos de porcentaje de hogares con computadora de International Telecommunication Union (varios años).

2/ Para estos años se sumaron los valores de las variables "Abonos a teléfonos celulares (por cada 100 personas) y Líneas telefónicas (por cada 100 personas)" del Banco Mundial.

ND: No Disponible

²⁵ Asociación Mexicana de Internet, "Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2015", consultable en: https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNauta_MEXICANO_2015.pdf (31 de marzo de 2016).

En relación a las brechas entre personas encontramos que, de la población que cuenta con estudios de nivel superior (licenciatura o posgrado) nueve de cada 10 han incorporado el uso de Internet en sus actividades habituales; más de dos tercios de los que acreditaron el nivel medio superior (preparatoria o equivalente) de igual manera. No obstante, siete de cada 10 con educación primaria, y poco más de la mitad de los que concluyeron educación secundaria, no le utilizan. El nivel educativo está directamente asociado al acceso a la red de Internet; la evidencia indica que existe una alta correlación entre ambas variables.²⁶

Así, 63% de los usuarios de Internet en México tiene entre 13 y 34 años, más del 90% tiene un nivel socioeconómico entre medio y alto, y 43% de los usuarios vive en la zona centro y norte del país, haciendo que las brechas económica, regional y educativa determinen la posibilidad del acceso a Internet. No obstante todos los beneficios que conlleva el acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el ampliar el número de usuarios de la red es un gran pendiente, mientras exista casi 50% de la población total excluida de esta condición.²⁷

En cuanto al uso, por los mexicanos, de la información que contiene Internet, el acceso a redes sociales es la principal actividad online, seguido

²⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Estadísticas a propósito del día mundial del internet (17 de mayo), consultable en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/internet0.pdf> (31 de marzo de 2016).

²⁷ Asociación Mexicana de Internet, *op. cit.*, 6.

por enviar y recibir *mails*; y aunque en su mayor parte su uso es para el ocio en el ámbito profesional, buscar información, enviar documentos y la administración del correo electrónico son las actividades principalmente desarrolladas por los usuarios mexicanos. Otro elemento relacionado y de importancia tiene que ver con el dispositivo de conexión, ya que el acceso a Internet en nuestro país es cada vez es más móvil: laptops, teléfonos inteligentes y, en último lugar, las computadoras personales, son los medios habituales de acceso.

En la misma línea, en un estudio de la consultora *ComScore* ubica a México en una posición de liderazgo a nivel mundial en cuanto contenidos multimedia, al considerar que nuestro país tiene un alcance de 98.2% en sitios de *social media*, lo que supera al resto de las regiones; México es el segundo país en América Latina en número de visitantes únicos a sitios de redes sociales, y 65% de los visitantes a sitios de *social media* es menor de 35 años de edad.²⁸

¿Qué nos dice este perfil de usuario? El primer elemento que destaca es que el acceso a Internet en el país sigue siendo muy desigual, las actividades principales son de ocio y en su mayoría mediante dispo-

²⁸ Todas las cifras de audiencia de redes sociales han sido obtenidas vía comScore MMX®. Para el análisis de engagement y actividad en redes sociales se utilizó Shareable, partner global de comScore en la medición de métricas claves de actividad de redes sociales, consultable en: <http://www.comscore.com/lat/Insights/Blog/The-State-of-Social-Media-in-Mexico> (6 de marzo de 2016).

tivos móviles; estos elementos deben ser considerados al analizar las estrategias de acercamiento a los usuarios de Internet por parte de las instituciones, de comprender estos y otros elementos dependerá el éxito de iniciativas que en su mayor parte se desarrollan en la red, como el derecho de acceso a la información, el gobierno electrónico y el Gobierno Abierto.

8. El gobierno se vuelca a la red

En la década de los noventa los gobiernos de los países aventajados en las Tecnologías de la Información y la Comunicación generaron un movimiento global para impulsar el *e-gobierno* (gobierno aprovechando las ventajas de Internet) y se desarrollaron familias completas de servicios, desde los simplemente informativos hasta los transaccionales. Ahora inclusive se han establecido acuerdos globales —con la Alianza para el Gobierno Abierto— para darle valor público a los activos de información en posesión del gobierno.²⁹

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UN-DESA) ha difundido recientemente la edición del Reporte sobre Gobierno Electrónico. Este estudio se encarga de evaluar el grado de desarrollo de los gobiernos electrónicos, es decir, la

²⁹ Declaración de Gobierno Abierto, consultable en: <http://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/declaraci%C3%B3n-de-gobierno-abierto> (8 de marzo de 2016).

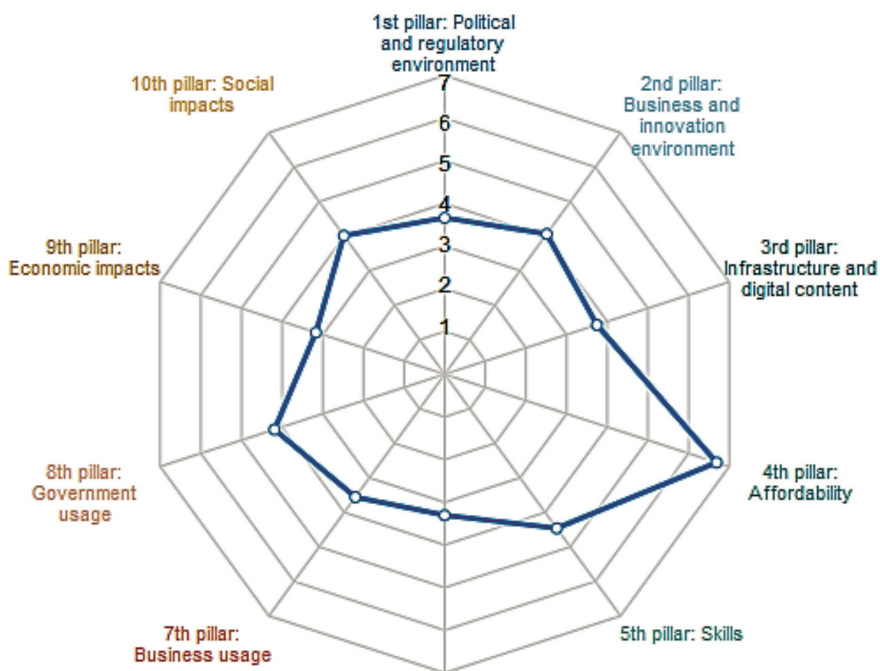
aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación para proveer información y mejorar la prestación de los servicios públicos en los 193 estados miembros de la ONU.

Los datos para el año 2014 muestran que el ranking de países, según su gobierno electrónico, es liderado por Corea del Sur, seguido de Australia y Singapur. Completan los diez primeros lugares: Francia, Holanda, Japón, Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda del Norte y Nueva Zelanda. En cuanto a los países de América Latina, Uruguay ocupa la posición número 26 a nivel mundial, y la primera posición en la región, seguido por Chile y Argentina.³⁰

México ocupa la posición 63.

A mayor profundidad, el *Networked Readiness Index* o NRI (publicado como parte del *Global Information Technology Report*, del Foro Económico Mundial), nos ofrece información más precisa respecto de las variables que revelan el avance de las TIC en un país. Específicamente, el desempeño del gobierno está medido en el octavo pilar.

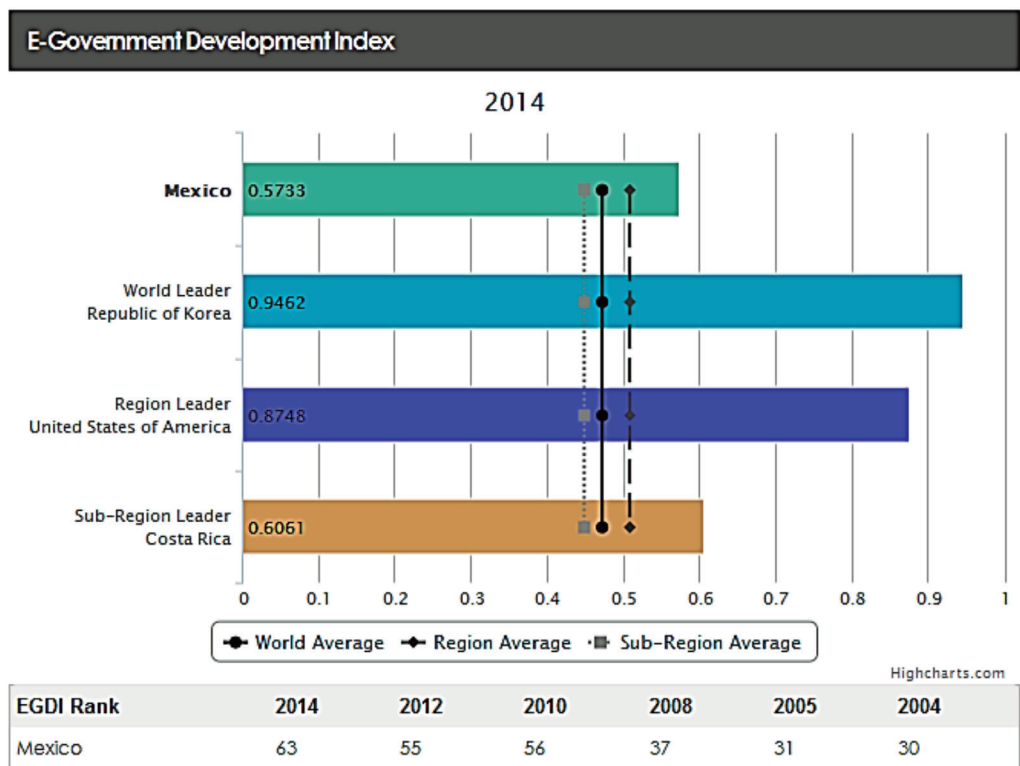
³⁰ *Idem.*

Desempeño de México en el NRI³¹

México ocupa la posición 56 en cuanto a “Uso gubernamental”, con una calificación de 4.232, mostrando una leve mejoría respecto a 2014, cuando la calificación fue de 4.19. En este ámbito, los países líderes son: Singapur (calificación de 6.2), Emiratos Árabes Unidos (calificación de 6.2) y Corea del Sur (calificación de 5.7). El país latinoamericano mejor calificado es Chile (lugar 29, calificación 4.8).

³¹ World Economic Forum. *The Global Information Technology Report 2015*, consultable en: <http://reports.weforum.org/global-information-technology-report-2015/economies/#indexId=NRI&economy=MEX> (6 de marzo de 2016).

Como se aprecia en la siguiente figura,³² el gobierno mexicano tiene un importante trecho por recuperar para superar el rezago en el uso de estas tecnologías. La Estrategia Digital Nacional delineada en 2013 se enfoca a intensificar el uso de las TIC y rediseñar procesos de gobierno, pero aún no se aprecian todos sus efectos.



³² ONU (2014). EGOV—Country Selector. Consultable en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data/Country-Information/id/110-Mexico> (6 de marzo de 2016).

9. Avances y retos del derecho de acceso a la información utilizando Internet

En la misma línea del apartado anterior, si las Tecnologías de la Información y la Comunicación se han convertido en herramientas de suma relevancia en campos como la economía, el entretenimiento, la educación, etc.; en el ámbito del gobierno, la efectividad de derechos como el de acceso a la información pública, así como la rendición de cuentas, la función de las TIC se encuentra en un proceso vertiginoso de desarrollo y consolidación.

En el caso de la transparencia, en los primeros años del siglo XXI, el otrora IFAI desarrolló una herramienta informática denominada Sistema de Solicitudes de Información (SISI), y que a finales del 2006 se transformara en el Sistema INFOMEX, orientada a la atención y seguimiento de las solicitudes de información de más de 240 dependencias y entidades de la administración pública federal.

Estos instrumentos tuvieron como objetivo facilitar y simplificar la interacción entre ciudadanos, el gobierno federal (en la figura de sujeto obligado) y la institución encargada de garantizar el derecho de acceso a la información. Con estas herramientas e Internet como plataforma virtual, se abrió la posibilidad de que cualquier ciudadano con la necesidad, interés, curiosidad, o cualquier motivación, pudiera ejercer su derecho de acceso a la información mediante el acceso a Internet.

Cuadro 3

Solicitudes de acceso y corrección de datos personales. 2003-2015

Año	2003-2011		2012		2013		2014		2015		Total	
	Núm	%	Núm	%	Núm	%	Núm	%	Núm	%	Núm	%
Solicitudes de acceso y corrección de datos personales	118,210	16.1%	36,443	27.8%	37,742	25.6%	29,191	20.3%	32,925	21.4%	254,511	19.4%
Solicitudes de información pública	616,690	83.9%	94,711	72.2%	109,406	74.4%	114,727	79.7%	120,813	78.6%	1,056,347	80.6%
Total de solicitudes	734,900	100%	131,154	100%	147,148	100%	143,918	100%	153,738	100%	1,310,858	100%

Informe de labores 2015, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, p. 82
http://inicio.inai.org.mx/nuevo/Informe%20de%20Labores%202015%20Ok_Med.pdf

Desde 2003 y hasta el 2015, dentro del ámbito del ejecutivo federal, se recibieron un total de 1 310 858 solicitudes de información, de las cuales se advierte que una de cada cinco solicitudes, cerca del 20% del total, se orienta a la protección de los datos personales. Por su parte, las solicitudes de acceso a la información pública exhiben un crecimiento constante a lo largo de 12 años, desde que entró en vigor la primera LFTAIPG.³³

A partir de este gran volumen de solicitudes para efectuar un escrutinio ciudadano a las funciones públicas, sumadas a las que se han realizado

³³ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. *Informe de Labores 2015*, México, p. 82, consultable en http://inicio.inai.org.mx/nuevo/Informe%20de%20Labores%202015%20Ok_Med.pdf

durante ese periodo en el Poder Judicial de la Federación, el Congreso de la Unión, los organismos públicos constitucionales, así como en las 32 entidades federativas del país, particularmente en las instancias de gobierno de la Ciudad de México, y que en conjunto podrían sumar una cantidad cercana a los 3 millones de solicitudes, nos permite aseverar que las plataformas que se apoyan en las TIC e Internet han potenciado el ejercicio de un derecho de tercera generación en beneficio individual y colectivo.

No obstante lo anterior, es importante traer a colación que según Datos de la Encuesta sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública Gubernamental (EDAI) realizada en 2013, a siete de cada 10 solicitantes les fue entregada la información que solicitaron, seis de cada 10 reportaron que los plazos legales son adecuados, cinco de cada 10 coincidieron en que el trámite es sencillo y sólo tres de cada 10 solicitantes reportaron haber incurrido en algún costo derivado de su solicitud de información.³⁴

Es evidente que existen áreas de oportunidad para vencer a la opacidad: instrumentar un sistema nacional de integridad y convencer a la inmensa mayoría de los servidores públicos profesionales que hay en todo el país para enfrentar, conjuntamente, los retos de la implementación de una reforma constitucional de gran calado como lo es la de transparencia; desafíos que se tendrán que afrontar desde un espacio mayor, como es el caso

³⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Encuesta Nacional sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública Gubernamental 2013”, consultable en: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Estudios.aspx>

de la reciente puesta en operación de la Plataforma Nacional de Transparencia (PNT).

Es oportuno señalar que con la aprobación de la LGTAIPG, se creó la obligación a todos los integrantes del Sistema Nacional de Transparencia, así como, particularmente, a los organismos garantes del país, para desarrollar, implementar y administrar una plataforma electrónica que permita cumplir las disposiciones contenidas en esta Ley, atendiendo las necesidades de accesibilidad de los usuarios y bajo esquemas de datos abiertos.

En el artículo 50 de la LGTAIPG se establece que la PNT deberá, cuando menos, estar conformada por los siguientes cuatro sistemas: i) de solicitudes de acceso a la información; ii) de gestión de medios de impugnación; iii) de portales de obligaciones de transparencia; y iv) de comunicación entre organismos garantes y sujetos obligados.

El reto tecnológico sin duda ha resultado mayúsculo dados los tiempos tan reducidos. La inclusión en una plataforma de la información de sujetos obligados de todos los poderes, en los distintos órdenes de gobierno, resulta complejo por decir los menos, entre el año 2016 y 2017 se apreciarán los primeros resultados.

En definitiva, las TIC facilitan y refuerzan, si cabe, el derecho del ciudadano a acceder a la información pública gubernamental, siendo al respecto clave la conexión entre este derecho y el derecho de acceso a las

Tecnologías de la Información y la Comunicación, en particular al servicio de Internet de banda ancha, en los términos previstos en el artículo 6o. constitucional conforme a la reforma hecha en 2013 mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la CPEUM en materia de telecomunicaciones.³⁵

10. Gobierno Abierto: una mirada conceptual

El Gobierno Abierto no es una innovación de los Estados actuales, por el contrario, esta corriente encuentra sus bases en la cultura de la apertura gubernamental y el derecho a la información. Su aplicación se remonta al siglo XVI, en específico en Suecia, país escandinavo del norte de Europa. Posteriormente se cuenta con registros que posicionan las bases del Gobierno Abierto en Estados Unidos de América, en un periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de la necesidad de conocer información que en ese momento era considerada secreta.³⁶

Con el paso de los años, y el auge de los movimientos sociales que exaltaban la libertad de expresión, además de demandar mayor acceso a los datos gubernamentales, los distintos gobiernos internacionales comienzan a adoptar políticas de apertura e inclusión sin perder el control absoluto de la información y el poder.

³⁵ Disponible en el vínculo electrónico http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf

³⁶ Vid. SANDOVAL-ALMAZAN, Rodrigo, "Gobierno Abierto...", *op. cit.*, p. 204.

Aunado a lo anterior, y como ya lo comentamos, con la acelerada transformación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, la sociedad atraviesa por un proceso de profunda transformación, lo que en algunos casos ha desencadenado en la obtención de canales digitales que le permiten establecer otro método de exigencia ante las autoridades.

Otro enfoque de lo anterior se deriva de aceptar los serios problemas de legitimidad de los gobiernos para responder y atender las diversas, complejas y cambiantes demandas sociales actuales. En concordancia, se ha iniciado desde hace varios años un cambio profundo en el modelo de gobernanza, considerando relevante el incluir a los propios ciudadanos en la resolución de los problemas públicos, no sólo como generadores de demandas, sino como participantes activos en la determinación de agendas, políticas y estrategias públicas.

En este marco, en la primera década del siglo XXI hace su aparición la corriente de Gobierno Abierto, la cual fue originada a partir de la publicación del *Memorandum sobre transparencia y Gobierno Abierto*, firmado por el presidente de los Estados Unidos, Barack Obama. El memorándum convoca a lo siguiente: “mi administración está comprometida a crear un nivel de apertura en el Gobierno sin precedentes. Trabajaremos juntos para asegurar la confianza pública y el establecimiento de un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. La apertura reforzará nuestra democracia y promoverá la eficiencia y efectividad en el Gobierno”.³⁷

³⁷ Traducción del original en inglés: *my administration is committed to creating an unprecedented level of openness in Government. We will work together to ensure the public trust and establish a system of*

La idea central fue establecer una cooperación moderna entre políticos, administración pública, industria y ciudadanos al permitir una mayor transparencia, democracia, participación y colaboración.

La aplicación del concepto se realizó mediante un trabajo multidisciplinario entre diferentes agencias de gobierno, con una ruta crítica que ayudara a gestionar el cambio de la cultura organizacional y un marco para las políticas de Gobierno Abierto, estableciéndose que, a 120 días de su publicación, la Oficina de Asuntos de Información y Regulación habría revisado cuáles de los trámites podrían ser automatizados e integrados a una plataforma tecnológica; así como dar pauta para el inicio de un proceso de construcción de políticas de manera colaborativa y participativa en todas las áreas de gobierno en donde participarían integrantes de la sociedad civil, servidores públicos de áreas relevantes y expertos en apertura gubernamental.³⁸

Reconociendo que el esfuerzo por parte de los Estados Unidos es emblemático, ha existido una discusión muy importante a nivel teórico y académico en la que se han definido distintos enfoques. Un primer enfoque propone considerar como Gobierno Abierto a aquellos gobiernos que

transparency, public participation, and collaboration. Openness will strengthen our democracy and promote efficiency and effectiveness in Government. OBAMA, Barack, Transparency and Open Government, consultable en: https://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment (31 de marzo de 2016)

³⁸ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, Modelo de Gobierno Abierto, Documento Teórico, Documento de trabajo. 2016.

involucran a sus ciudadanos en la gestión. De forma aún más amplia, un segundo enfoque propone que se puede estimar que el Gobierno Abierto es “una nueva forma de gobernar, una oportunidad que brinda la aplicación de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación a la política para transformar el sistema tradicional”.³⁹ Una tercera definición nos propone entender el Gobierno Abierto como la política de apertura de actividades del gobierno y la administración pública en todos los niveles para el escrutinio de la sociedad.

La gran mayoría de definiciones comparten elementos en común, lo que permite concebir en términos generales el concepto; no obstante, la más cercana a las características de aplicabilidad desde nuestra óptica es la siguiente:

Un Gobierno Abierto es aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta, y lo consigue gracias a la TIC's actualmente disponibles, sobre todo la Web 2.0⁴⁰

³⁹ CAMPOS, Eva y COROJAN, Ana, “Estado del Arte del Gobierno Abierto: promesas y expectativas” en HOFFMAN, Andrés, *et al.* (coords.), *La promesa del Gobierno Abierto*, México, 2012, p. 124.

⁴⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Joaquín, “Los antecedentes del Gobierno Abierto: una mirada retrospectiva en la evolución de la Administración Pública”, *Revista enfoques: ciencia política y administración pública*, n. 23, vol. XIII, Universidad Central de Chile, Chile, 2015, p. 81.

La importancia del gobierno abierto va mucho más allá del propio concepto, ya que, en el caso de México, al igual que en otros países, es clave para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas.⁴¹

11. Formulación teórica sobre el Gobierno Abierto

Como ya fue revisado, la idea central del Gobierno Abierto es la apertura gubernamental, motivada por la participación ciudadana y la colaboración con el apoyo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. De igual manera existen tres orígenes teóricos de esta propuesta: la primera hace referencia a la libertad de información, la segunda pone de manifiesto la importancia de la información como herramienta de los regímenes democráticos, y la tercera es representada desde la relevancia de los datos abiertos. De la misma forma, estas teorías se ven fortalecidas con la entrada de las TIC e Internet ya que debido a estos se pueden llevar a la práctica.

La teoría referente a la libertad de información como principal eje del Gobierno Abierto se basa en principios democráticos mediante los cuales se pretende acabar con el ocultamiento de información gubernamental. En otras palabras, la libertad de información es sinónimo del derecho a

⁴¹ El Presidente Peña Nieto, al inaugurar la Cumbre Global de la Alianza para el Gobierno Abierto 2015, aseguró que “el Gobierno de México es un gobierno abierto, que fomenta cada día más la transparencia y la rendición de cuentas”. Véase la nota de prensa disponible en <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/el-gobierno-de-mexico-es-un-gobierno-abierto-que-fomenta-cada-dia-mas-la-transparencia-y-la-rendicion-de-cuentas-enrique-pena-nieto>

saber. Esta teoría se vio acrecentada con la aplicación de las tecnologías en los procesos para acceder a la información. “Es hasta el año 2000 cuando el auge de la computación y el uso de las tecnologías de la información y la comunicación comienzan a crear una nueva dinámica en este esfuerzo de la libertad informativa”.⁴²

Por su parte, la segunda corriente que da origen al Gobierno Abierto hace énfasis en que la información es una herramienta de los Estados democráticos. En este tenor se puede destacar la importancia de la información al momento de tomar decisiones, es decir, si la ciudadanía cuenta con documentos que permitan llevar a cabo decisiones racionales, es más probable que el sistema democrático se fortalezca. Un punto agregado es que, al contar con información, se logra un mejor vínculo entre ciudadanía y autoridades, además de aumentar la legitimidad en las instituciones.

La tercera teoría causal del Gobierno Abierto está ligada a los datos abiertos. Esta teoría reconoce la imperiosa necesidad de una apertura de datos para instaurar una mayor apertura gubernamental, ya que los datos cumplen con una triple función en el modelo de Gobierno Abierto; en una primera instancia son base para la rendición de cuentas; como segunda función tiene crear mecanismos para la apertura, y como tercer punto a favor es que permite la participación de la sociedad en los asuntos de la esfera pública ya que al contar con datos abiertos se crean incentivos o razones

⁴² SANDOVAL-ALMAZAN, Rodrigo, “Gobierno Abierto...”, *op. cit.*, p. 206.

suficientes para que la sociedad se interesa en cuestiones que conciernen a la colectividad.

Estableciendo un análisis crítico, se puede concluir que las tres teorías antes presentadas convergen en la acepción moderna del Gobierno Abierto, pues las características de cada una, en parte, definen el estado en el que se encuentra el desarrollo del concepto y su aplicabilidad, al final las tres procuran que el ciudadano participe en los asuntos del gobierno a través de la información y los datos abiertos fortificando el sistema democrático de cualquier nación.

12. Gobierno Abierto, participación ciudadana y tecnologías de la información

En la actualidad el Gobierno Abierto y el acceso a la información no pueden ser concebidos sin la aparición de las tecnologías de la información. En el caso del Gobierno Abierto se plantea el acceso a la información a través de los datos abiertos y una forma para hacer más accesibles esos datos es por medio del uso de las TIC, específicamente apoyándose en Internet.

Desde esta óptica, Internet funciona como una herramienta que da dinamismo al concepto, todo esto gracias a que se crea una plataforma con un lenguaje funcional que permite estar interconectados, y facilita el uso y utilización de la información por parte de los ciudadanos. La colaboración planteada se realiza a través de programas y herramientas que permiten la apertura gubernamental.

Es relevante hacer notar que, al hacer pública la información, ésta se convierte en un valor público, lo cual favorece a los ciudadanos y a los sistemas democráticos al hacer efectivo un derecho. Gracias a las tecnologías de la información los gobiernos pueden promover la rendición de cuentas, la participación, así como la colaboración y coproducción en las políticas gubernamentales bajo el entendido de que, entre más información útil esté disponible, mayor será la posibilidad de que el ciudadano le dé un uso positivo y que pueda participar.

En cuestiones de participación ciudadana, a la luz del Gobierno Abierto, es necesario dar un brinco entre la retórica expuesta por los distintos gobiernos y las prácticas reales de inclusión. Siendo necesario acercar a los ciudadanos a los asuntos del gobierno, ya que estos suelen participar exclusivamente en cuestiones que les afectan de forma directa o en su caso, en momentos que se ven violentados sus derechos. “La participación ciudadana permite la construcción del espacio público y permite recuperar lo público del ejercicio ciudadano, mediante el involucramiento de las organizaciones de la sociedad civil en el diseño e implementación de las políticas públicas que le conciernen”.⁴³

El caso de la participación en asuntos públicos vía la red puede derivar en que la sociedad civil influya para que exista un progresivo proceso

⁴³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José: “La participación ciudadana como instrumento del Gobierno Abierto”, *Revista Espacios Públicos*, vol. 18, núm. 43, mayo agosto, UAEM, México, 2015, p. 55.

de transformación que incluye la transparencia de las actuaciones de los servidores públicos y una mayor vinculación, que genere un proceso gradual y aspiracional de recuperación de confianza ciudadana, debido a la transparencia y la rendición de cuentas que han fomentado las nuevas tecnologías.

Otro elemento relevante es que en esquemas de Gobierno Abierto se generan nuevas audiencias, sobre todo jóvenes, debido a sus capacidades de utilización de nuevas tecnologías. En línea con lo anterior, se podría concluir que el Gobierno Abierto utiliza Internet como plataforma, busca la participación y colaboración ciudadana en asuntos públicos y facilita procesos de fortalecimiento de la legitimidad política y genera nuevas audiencias, sin duda es una oportunidad para los gobiernos.

Además, hay que destacar el importante e influyente papel de México en esta cuestión, derivado de su participación en la Alianza para el Gobierno Abierto, así como el hecho de que, en 2014, asumiera la presidencia de la misma,⁴⁴ y su labor constante, que entre otras acciones se ha concretado en la elaboración de un nuevo Plan de Acción 2016-2018, siendo ya el tercero.⁴⁵ Cabe destacar también que este Plan de Acción contribuirá a lograr

⁴⁴ Vid. Secretaría de Relaciones Exteriores, México asume la presidencia de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP), Boletín núm. 75, de 30 de septiembre de 2014. Disponible en https://embamex2.sre.gob.mx/eua/images/pdf/boletines/027_Boletn75.pdf

⁴⁵ Vid., el comunicado de prensa disponible en <http://gobabiertomx.org/noticias/tercer-plan-de-accion/>

los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas.⁴⁶

13. Implicaciones y retos del Gobierno Abierto

La entrada en marcha del Gobierno Abierto se acompaña de posiciones favorables para la ciudadanía y el gobierno, pues reduce las brechas existentes entre ambos. Sin embargo, se debe destacar el papel activo que debe desempeñar tanto la participación ciudadana como los gobiernos en sus distintos niveles para que este modelo funcione acorde a los fundamentos que le dieron origen.

La participación de la sociedad en asuntos del orden público no se origina de manera sencilla, por el contrario, es necesario encontrar una oportunidad que abra canales distintos a los ofrecidos por el gobierno, ya que los canales institucionalizados generalmente se encuentran enraizados en valores negativos. Desde esta perspectiva se constata que la gran mayoría de ciudadanos no participan de forma activa y constante en las cuestiones políticas, salvo cuando existe insatisfacción o conflicto.

Considerando que el Gobierno Abierto se basa en la participación activa de la ciudadanía, es importante que los gobiernos desarrollen nuevos

⁴⁶ Sobre dicha Agenda, pueden verse los 17 objetivos de desarrollo sostenible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/summit/>

canales de participación o en su defecto, revaloricen los mecanismos con los que cuentan. Con estas medidas se puede contar con ciudadanos que participan por convicción y no por obligación. Las tecnologías de la información son un cambio paradigmático en la apertura y revalorización de canales de participación.

Si bien la participación y el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación son puntos relevantes para el Gobierno Abierto, pueden resultar a la vez puntos endebles para su instrumentación. En el caso de la participación se corre el riesgo de que sólo ciertos grupos logren posicionarse en los mecanismos de colaboración, ya sea por un mayor acceso a posibilidades económicas y/o técnicas, o de interés, mientras que una gran mayoría de ciudadanos queda al margen. Mientras tanto, en los temas relacionados con el uso de las tecnologías se pueden ampliar brechas en el acceso que hoy en día se presentan, estas brechas se refieren a la falta de capacidades por parte de grupos ciudadanos por acceder a los medios tecnológicos que hoy en día se presentan para ser partícipes del Gobierno Abierto.

México no se encuentra alejado de estas dos problemáticas, pues en el país no se presentan grandes índices de participación salvo procesos coyunturales. Por otra parte, en México la brecha digital es amplia como ya tratamos, la penetración de Internet es sólo del 44%, y se concentra en estratos medios de ingreso y en los mayores niveles educativos. Ampliar el número de usuarios de Internet, así como implementar estrategias innovadoras para atraer a los ciudadanos y que puedan estos acceder a los datos

gubernamentales explicando su importancia y los beneficios que lleva consigo: son, hoy, un pendiente para el país.

Se trata de considerar que “El derecho de acceso del ciudadano a la información pública del Estado reside en la exigencia ciudadana de que su derecho a la información y a la comunicación deba responder a una auténtica democratización, en el sentido de que este derecho pueda estar al alcance de todo ciudadano sin distinción de raza, credo, nacionalidad o condición social. Es un derecho esencial, básico y fundamental del ser humano”.⁴⁷

Es, por tanto, necesario avanzar en la consolidación de los logros conseguidos hasta la fecha; de manera que, partiendo de los derechos humanos fundamentales previstos en la CPEUM, en particular los de acceso a la información y acceso a las tecnologías, puedan alcanzarse las metas como sociedad mexicana incluyente y como país que cuenta ya con una amplia experiencia en la materia, pudiendo ser referente para otros y beneficiarse al mismo tiempo de la experiencia internacional.

14. Conclusiones

El derecho de acceso a la información representa uno de los mayores logros en favor de los ciudadanos, además de ser una solución efectiva para

⁴⁷ FUENTEMAYOR, Alejandro, “El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, *Análisis Jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, UNESCO, 2004, p. 20. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/file_download.php/561ff4bc2719856c5184270296fc48f5EL+DERECHO+DE+ACCESO+DE+LOS+CIUDADANOS+A+LA+INFORMACION+PUBLICA.pdf

combatir las amenazas que enfrentan las democracias modernas, como la corrupción o la falta de legitimidad. En este sentido, México ha atravesado un paulatino y progresivo proceso encaminado hacia la garantía de la efectividad de este derecho.

Los avances en favor del derecho de acceso a la información se han visto potenciados en gran medida por la evolución tecnológica que se gestó en los últimos años del siglo XX. Con la aparición de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, los gobiernos han encontrado un mecanismo para entablar un diálogo permanente entre la sociedad, atender sus necesidades y exigencias, generándose muchas veces tensiones en la búsqueda por mayor rendición de cuentas, creciendo de manera exponencial y la necesidad de mayor colaboración con la ciudadanía.

El uso de la tecnología desencadenó en la apropiación de los medios digitales por parte de la sociedad civil, desde esta perspectiva es importante que el gobierno se adecue a las condiciones en las que se desarrolla la población para acercarlos a la labor que se lleva a cabo en las instituciones gubernamentales.

En el caso de México se ha avanzado de manera importante y, el día de hoy, se presentan retos de alta envergadura con las últimas reformas legales en la materia, que impactan las responsabilidades del Estado; el más claro ejemplo de ello es la puesta en marcha de la Plataforma Nacional de Transparencia en el año 2016.

Un acercamiento del uso de la Tecnología de la Información y la Comunicación y el derecho de acceso a la información, es la puesta en marcha de la política pública denominada Gobierno Abierto, la cual proporciona herramientas para permitir la apertura gubernamental, la transparencia, la rendición de cuentas y la colaboración en la elaboración de políticas estatales.

En el caso de México, un tema pendiente para tener éxito, en un contexto en el que extractos importantes del gobierno y sociedad están migrando a Internet para hacer efectivos derechos y buscar soluciones, es la necesidad de plantear un modelo tecnológico e informático que abarque los diversos estratos sociales y que abone a la inclusión de sectores que hoy están fuera de Internet, promoviendo herramientas digitales que atiendan esa problemática y que, en el futuro, puedan ser utilizadas para crear una conciencia colectiva en favor de la participación activa de los asuntos que conciernen a las personas, migrar de la inclusión digital a la inclusión en los asuntos públicos mediante Internet.

No obstante los elementos positivos abordados en el desarrollo del presente texto, existen varios pendientes que limitan la construcción de un gobierno más abierto; el bajo índice de usuarios de Internet, el tipo de uso que se le da a las Tecnologías de Información y la Comunicación, el limitado conocimiento de otros usos de las mismas, la falta de mecanismos efectivos de participación y colaboración con la sociedad civil, etc.; de no ser atendidos y solucionados, el ejercicio de acceso a la información mediante Internet no podrá desenvolver su máxima potencialidad.

15. Fuentes de consulta

15.1. Bibliohemerografía

- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad y ambivalencia*, Anthropos Editorial, Madrid, 2005.
- CAMPOS, Eva y COROJAN, Ana, “Estado del arte del Gobierno abierto: promesas y expectativas” en HOFFMAN, Andrés, et al., (coords.), *La promesa del Gobierno abierto*, México, 2012, pp. 119-136.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. 1, Siglo XXI, México, 1996.
- FUENTEMAYOR, Alejandro, “El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, *Análisis Jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, UNESCO, 2004.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, *El derecho a la Información*, 1a. ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1984.
- PESCHARD, Jacqueline (coord.). *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, 1a. ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José, “La participación ciudadana como instrumento del Gobierno abierto”, *Revista Espacios Públicos*, vol. 18, núm. 43, mayo agosto, UAEM, México, 2015, pp. 51-73.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Joaquín, “Los antecedentes del Gobierno Abierto: una mirada retrospectiva en la evolución de la Administración Pública”, *Revista enfoques: ciencia política y administración pública*, vol. XIII, núm. 23, Universidad Central de Chile, Chile, 2015, pp. 61-84.
- SANDOVAL-ALMAZAN, Rodrigo, “Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. Convergencia”, *Revista de Ciencias Sociales*, Mayo-Agosto 2015, pp. 203-227.

15.2. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de junio de 2007.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2016.

15.3. Otras fuentes

- Asociación Mexicana de Internet, Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2015, consultable en: https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf (31 de marzo de 2016).
- Banco Mundial (2015). Indicadores, consultable en: <http://data.worldbank.org/indicator/all> (8 de marzo de 2016).
- Declaración de Gobierno Abierto, Consultable en: <http://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/declaraci%C3%B3n-de-gobierno-abierto> (8 de marzo de 2016).
- Gobierno de la República, Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013 - 2018, Consultable en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312420&fecha=30/08/2013 (31 de marzo de 2016)
- Instituto Federal de Acceso a la Información, Libro blanco 2006-2012, vol. III, t. 3. Estadísticas: POT, INFOMEX y resoluciones a recursos de revisión. Consultable en: http://inicio.ifai.org.mx/Rendicion_Cuentas/Volumen%20III%20Tomo%203%20Estad%C3%ADsticas%20POT%20INFOMEX%20y%20Resoluciones%20a%20Recursos%20de%20Revisi%C3%B3n.pdf (31 de marzo de 2016).

- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, Modelo de Gobierno Abierto, Documento Teórico, Documento de trabajo. 2016.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Encuesta Nacional sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública Gubernamental 2013” Consultable en: <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Estudios.aspx> (01 de abril de 2016).
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Estadísticas a propósito del día mundial del internet (17 de mayo), consultable en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/internet0.pdf> (31 de marzo de 2016).
- OBAMA, Barack, Transparency and Open Government, consultable en: https://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment, (31 de marzo de 2016).
- ONU (2014). EGOV — Country Selector. Consultable en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data/Country-Information/id/110-Mexico> (6 de marzo de 2016).
- Shareable, partner global de comScore en la medición de métricas claves de actividad de redes sociales, consultable en: <http://www>.

comscore.com/lat/Insights/Blog/The-State-of-Social-Media-in-Mexico (6 de marzo de 2016).

- World Economic Forum. The Global Information Technology Report 2015, consultable en: <http://reports.weforum.org/global-information-technology-report-2015/economies/#indexId=NRI&economy=MEX> (6 de marzo de 2016).

ACCESO A TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES

*Alfredo Alejandro Reyes Krafft**

Sumario: 1. Introducción. 2. Sociedad y Ciberespacio. 3. Internet de las cosas. 4. Globalización. 5. Redes sociales. 6. La larga cola. 7. Internet abierto. 8. Big Data. 9. Legislación en México. 10. Conclusión. 11. Bibliografía.

Palabras clave: Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Internet; Acceso; Redes sociales; Big Data; Legislación; Telecomunicaciones; Protección de datos personales; Firma electrónica; Cibercrimen.

Desde el año 2008 en México se ha implementado un proyecto que busca armonizar el marco normativo de las TIC y el Internet en particular, así como a la luz de la Estrategia Digital Nacional que emitió el Presidente Enrique Peña Nieto en el año 2013 y de la reforma en materia de Telecomunicaciones que garantiza el acceso de los mexicanos a las redes de comunicación, tanto en el orden constitucional como en el legal, a fin de que las Entidades Federativas de

* Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Socio Director de Lex Informática Abogados y Vicepresidente Ejecutivo de la Asociación Mexicana de Internet. Contacto: a.reyes@lexinf.com, @aareyesk

la República Mexicana también se vayan incorporando a la Sociedad de la Información y el Conocimiento con las herramientas legales más eficientes y con políticas públicas más innovadoras.

I. Introducción

La sociedad de la información y del conocimiento está transformando el mundo en el que vivimos, gracias a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, nos encontramos ante una nueva revolución, la del conocimiento.

Esta nueva revolución basada en el conocimiento, se basa en compartir y transmitir la información y conocimientos con la finalidad de hacernos más competitivos y productivos.

Se ha demostrado que las tecnologías de la información son ya una herramienta fundamental en las nuevas economías del conocimiento y que las mismas pueden ser utilizadas como un medio para mejorar la productividad y la competitividad.

No obstante, si bien las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pueden ser un habilitador y herramienta para acceder a la sociedad de la información, también se pueden convertir en un excluyente para la población.

A este fenómeno en el cual la población no tiene acceso a las TIC es denominado la brecha digital, la cual aumenta a mayor población, pues cada vez más personas tienen menos acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Hoy en día es un derecho de todos los mexicanos tener acceso a las tecnologías de la información y comunicación a fin de que, como nación, seamos capaces de acceder a la sociedad del conocimiento.

El Estado juega un papel fundamental, al contar con el deber y la obligación de impulsar la adopción de las tecnologías de la información y de brindar el acceso a las mismas a toda la población.

Para lo anterior, el Estado debe establecer un plan y una estrategia que se concentre en aquellos metas y objetivos que mejoran la calidad de vida de los mexicanos y acercándonos cada día más a la sociedad de la información. Esta estrategia debe ser parte de la política nacional y tener continuidad para que tenga un verdadero impacto.

En este sentido y con el fin de insertar a los mexicanos en la sociedad de la información y el conocimiento, no basta sólo con establecer un plan, sino que es necesario contar con un órgano que se encargue de supervisar, implementar y coordinar dicho plan.

Sólo en conjunto, el plan y órgano de gobierno lograrán que se cumpla con las metas y objetivos de insertar en la sociedad de la información y el conocimiento a los mexicanos, lo cual nos debe de llevar a ser más competitivos y productivos frente a un mundo globalizado

2. Sociedad y Ciberespacio

La sociedad es en donde nacemos, en la que estamos inmersos cotidianamente; la sociedad virtual es intangible, depende de la real pero posee sus propias características. La sociedad tiene límites locales, fronteras geográficas y políticas; pero la virtual traspasa esas demarcaciones y fluye en ámbitos transfronterizos, su referente es global.¹

Es en el ciberespacio, donde se mueve la sociedad virtual, donde se modifica la percepción espacio-tiempo; los usuarios, los actores, los observadores de la sociedad virtual crecen exponencialmente y clarifican sus derechos, los comparten y los refuerzan; el ciberespacio se vuelve un terreno educativo, de investigación, de transacciones comerciales y de mercado, de política económica, de denuncia, de lucha social y de crimen.²

¹ MORALES CAMPOS, Estela, "Internet y sociedad: relación y compromiso de beneficios colectivos e individuales". *Revista Digital Universitaria* [en línea], 10 de septiembre de 2004, vol. 5, núm. 8. [Consultada: 11 de septiembre de 2004]. Disponible en Internet: <http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art49/art49.htm>

² Cfr., BONILLA, Carlos, *Liderazgo en la Sociedad Virtual*, *Revista Mundo Ejecutivo* (en línea). Consultada el 15 de enero del 2016. Disponible en Internet: <http://mundoejecutivo.com.mx/management/2015/03/11/liderazgo-sociedad-virtual>

Esta sociedad crea nuevas identidades, nuevos ciudadanos: los *netizen*, término formado por net = red y cit(izen) = ciudadano; en consecuencia, se generan nuevos términos, nuevas ocupaciones y quizá, hasta nuevos delitos, como los llevados a cabo por los *hackers* y los *contra-hackers*, así como los introducidos por los virus y los antídotos, para defenderse de los ataques de quienes, por gusto, curiosidad, reto, o maniobra destructiva bajo contrato, se hacen de bienes, trabajo y conocimiento de otros.³

Toda esta conversación conectada está transformando también al público. Como Narciso, también nos dejamos seducir por nuestra propia imagen *online* y la tentación de tener cada vez más lazos sociales.⁴

Es posible que en estos tiempos de máxima conectividad social existan menos conexiones reales que antes. Marshall McLuhan (1968 y 1973), prestigioso teórico de los medios de comunicación, ya pronosticó esta posibilidad hace más de 40 años, cuando afirmó que “la extensión conduce a la amputación”. Con los teléfonos móviles y los dispositivos sociales estamos conectados a pantallas y de forma virtual con amigos en los cinco continentes, pero tal vez a costa de una conexión auténtica con el mundo.

³ MORALES CAMPOS, Estela, “Internet y sociedad: relación y compromiso de beneficios colectivos e individuales”, *Revista Digital Universitaria* [en línea]. 10 de septiembre de 2004, vol. 5, núm. 8. Disponible en Internet: <http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art49/art49.htm>. (Consultada: 11 de septiembre de 2004).

⁴ Cfr., HIRSHBER, Peter, “Primero los medios y luego nosotros...”, *art. cit.*

Pudiéramos llegar a un llamado estado de “soledad compartida”.⁵ Nos “acercan con los lejanos pero nos alejan de los cercanos”.

3. Internet de las cosas

En el pasado podíamos desconectarnos de los medios apagando el dispositivo, saliendo del sistema. Ahora, eso constituye la excepción a la regla y, para muchos, motivo de conflictos. Ante la sugerencia de que se desconecte, un joven de hoy nos dirá: “¿Desconectarse, qué es eso?” o “¿Por qué me castigas?”. Casi siempre estamos conectados a un dispositivo con acceso a Internet, bien sea un teléfono inteligente, un monitor de ejercicio, un *ipod*, una tableta, un videojuego o una pantalla. Tenemos extensiones de nuestro cuerpo en forma de sensores, señales y servidores que registran cantidades enormes de datos acerca de cómo vivimos nuestro día a día, la gente que conocemos, los medios que consumimos y la información que buscamos. En efecto, los medios nos siguen a todas partes y cada vez somos menos conscientes de su presencia.

Mantenemos relaciones muy íntimas con nuestros dispositivos conectados. A los pocos minutos de habernos despertado, la mayoría ya estamos consultando el teléfono móvil. Lo consultamos más de 150 veces a lo largo de la jornada y pasamos el equivalente a cerca de dos horas diarias

⁵ Cfr. ISLAS Octavio, “Marshall McLuhan y la complejidad digital”, *Revista Razón y palabra*, núm. 63 Disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx/n63/varia/oislas.html>. (Consultado el 15 de enero del 2016)

con un móvil pegado a la oreja. A medida que estos aparatos se han vuelto omnipresentes, cada vez hay más datos de nuestra vida almacenados de manera casi permanente en servidores y que pueden ser consultados por otros (incluidas empresas y agencias del Gobierno).⁶

La idea de que todo puede medirse, cuantificarse y almacenarse representa un cambio fundamental para la condición humana. Durante miles de años hemos vivido según la idea de que somos responsables ante un Dios omnipotente que todo lo ve y que nos vigilaba por nuestro propio bien, para garantizar nuestra salvación. Por esa, entre otras razones, resulta tan efectiva la religión. Ahora, en cambio, en sólo unos miles de años hemos reproducido esa red omnipotente que todo lo ve aquí en la Tierra... impulsados por motivos menos elevados y quizá aún más efectivos, comercialmente hablando.⁷

También estamos inmersos en una era de invención mediática sin precedentes. Hemos pasado del primer Internet basado en la web, al mundo siempre conectado, posterior a la computadora personal. Pronto entraremos en la era de la informática generalizada, en la que todos los aparatos y objetos construidos estarán conectados y serán interactivos, con capacidad de

⁶ Cfr. CASTELLS, Manuel, "El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global", *Revista CAMBIO: 19 ensayos fundamentales sobre internet que están cambiando nuestras vidas*; BBVA Open Mind (disponible en internet). pp. 127-149.

⁷ Cfr. HIRSHBER, Peter, "Primero los medios y luego nosotros...", *art. cit.*

recoger y emitir datos.⁸ Es lo que se ha dado en llamar “Internet de las cosas”.

En el pasado reciente, el ritmo del cambio tecnológico ha sido rápido, pero se está acelerando. Las cifras hablan por sí solas. En 1995 había aproximadamente 50 millones de aparatos conectados a Internet. En 2011 el número de conexiones pasaba de los 4,300 millones (más o menos la mitad eran máquinas). Aquel año nos quedamos sin direcciones de Internet y ahora se emplea otro mecanismo para direcciones llamado IPv6. Este modelo permitirá crear 340,000 millones de millones de millones de direcciones IP únicas. Se trata probablemente de la cifra más grande jamás manejada por los seres humanos en el diseño de algo. En orden de magnitud, el número de átomos que contiene el universo sólo es 40 veces superior el número de direcciones de Internet existentes, pero el hombre no inventó el universo.⁹

Pero sí hay una cifra que tendremos que abordar, y pronto: en unos años es probable que exista más de un billón de dispositivos conectados a Internet. Nada crece más rápido sobre la Tierra que este medio, es decir, el número de dispositivos conectados y los datos que estos emiten. Por supuesto que la mayoría no son de personas, pero no debemos subestimar el

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibidem.*

impacto en nuestro mundo mediatizado de un billón de aparatos emitiendo señales y enviando información.¹⁰

4. Globalización

La tendencia hacia la globalización viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente de la reflexión jurídica. La “globalización” es el término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación, producción y comercialización.¹¹

Inquieta pensar que hace más de 50 años McLuhan ya había adelantado las consecuencias de este entorno saturado de medios de comunicación. Cuando hablaba de la “aldea global” no se refería exactamente a que estaríamos conectados unos con otros. Lo que le preocupaba más bien era que todos conociéramos los asuntos de los demás, que perdiéramos parte de nuestra privacidad como resultado de vivir en un mundo con un conocimiento tan íntimo de las vidas ajenas. A esto McLuhan lo llamó “retribalización”, y con ello quería decir que los medios de comunicación modernos nos llevarían a imitar el comportamiento de las aldeas tribales. Hoy en día los efectos de este fenómeno nos ayudan a definir el entorno mediático. Nos gestionamos a nosotros mismos de manera consciente como si fuéramos

¹⁰ Cfr. HIRSHENBER, Peter; *art. cit.*

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *et al.*, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2014.

marcas en línea, nos preocupan más que nunca los asuntos de los demás y tenemos más probabilidades de que nos hagan reproches o nos pongan en evidencia que en la desaparecida (y más anónima) era de la comunicación de masas.

5. Redes sociales

Es decir, en este momento la mayor parte de la actividad en Internet pasa por las redes sociales, que se han convertido en las plataformas de preferencia para todo tipo de fines, no sólo para relacionarse y charlar con amigos, sino también para marketing, comercio electrónico, enseñanza, creatividad cultural, medios de comunicación y ocio, aplicaciones médicas y activismo sociopolítico. Se trata de una tendencia muy importante que abarca a casi toda la sociedad.¹²

Las redes sociales las construyen sus propios usuarios a partir de criterios específicos de grupo. Existe un espíritu emprendedor en el proceso de creación de sitios web, que después, cada persona elige en virtud de sus intereses y proyectos particulares. Los propios miembros de las redes van configurándolas, aplicando diferentes niveles de perfil y privacidad. La clave del éxito no es el anonimato, sino más bien la autopresentación de una persona real que está conectada con personas reales (se han dado casos de exclusiones en una red social por el uso de una identidad falsa). Por tanto,

¹² CASTELLS, Manuel, "El impacto de internet...", *art. cit.*

estamos ante una sociedad autoconstruida mediante la conexión en red con otras redes. Pero no se trata de una sociedad virtual. Existe una estrecha conexión entre las redes virtuales y las redes vivas. Es un mundo híbrido, un mundo real. No es un mundo virtual ni un mundo aparte.

El público como distribuidor, conservador y árbitro. Todos podríamos encontrar lo que buscáramos porque alguien grande como *Microsoft* ya lo habría publicado. La idea de que lo que gustara o interesara al público se convertiría en un factor clave en la distribución, era inimaginable. Haría falta que aparecieran *Google* y su algoritmo *PageRank* para dejar claro que lo que interesaba a todo el mundo era una de las herramientas más importantes (y disruptivas) en el mundo de los medios de comunicación. A principios de la década del año 2000, con el auge de los medios sociales, después convertidos en redes sociales, esta idea se convirtió en central.¹³

6. La larga cola

Si lo pensamos ahora, resulta evidente: en un mundo de tiendas de discos y videoclubes, almacenar mercancía física acarrea grandes costos. Por eso resultaba más rentable almacenar éxitos que contenidos menos populares. Con la llegada del mundo *online*, donde los contenidos de todo el mundo pueden almacenarse en servidores; los números cambiaron: el material menos popular ya no resultaba más caro de almacenar que el superventas.

¹³ HIRSHENBER, Peter, Primero los medios..., *art. cit.*

En consecuencia, el público se fraccionaría y encontraría *online* hasta los contenidos más extraños con mayor facilidad que en un *Blockbuster*. 2003 fue el año de la fundación de *Amazon*, empresa que mejor ha capitalizado esta tendencia. *Amazon* ha sido uno de los fenómenos de mayor alcance y más disruptivos de Internet. Y es que la larga cola, no sólo ha puesto todo a nuestra disposición, sino que al eliminar la mediación de los canales de distribución tradicionales, ha concentrado el poder en las manos de los nuevos gigantes mediáticos: Apple, Amazon, Google y Facebook (Microsoft todavía lucha por hacerse un hueco en el negocio).

7. Internet abierto

No supimos ver que la arquitectura de Internet sería abierta y que el poder se distribuiría. Que cualquier nodo podría ser un servidor o que un directorio no funcionaría jerárquicamente, como lo habían hecho la industria o las empresas de medios de comunicación. Internet se concibió para fines militares y académicos, pero llevaba dentro el germen de una serie de valores concretos referidos al acceso abierto sin puntos centrales de control. Y este acceso abierto ha sido determinante para el rápido crecimiento de todo tipo de medios nuevos. Diversidad y apertura han definido el entorno de los medios de última generación. Y no ha sido por casualidad, no había ningún determinismo tecnológico en juego.¹⁴

¹⁴ *Ibid.*

8. Big Data

“Big Data se refiere al aprovechamiento de grandes conjuntos de datos con tres características principales: *volumen* (cantidad), *velocidad* (velocidad de creación y utilización) y *variedad* (tipos de fuentes de datos no estructurados, tales como la interacción social, video, audio, cualquier cosa que se pueda clasificar en una base de datos)”.¹⁵

Lo anterior permite el cruce de información, identificar hábitos, la creación de perfiles y predecir tendencias, mediante el uso de matemáticas aplicadas.

Como un ejemplo podemos comentar el caso de la tienda TARGET; la cual, mediante el uso de esta tecnología, pudo identificar de su base de clientes a mujeres embarazadas a través de sus hábitos de consumo, llegando al extremo de que los papás de una adolescente se enteraron del embarazo de su hija por los cupones de descuento que le enviaba esta empresa.

En cualquier caso, no cabe duda de que la sociedad de la información comporta nuevos retos para las personas, entre los que destacamos:

¹⁵ Cfr: GALIMANY, Aleix, *La creación de valor en las empresas a través del Big Data*, Universitat de Barcelona, julio 2014 (consultado el 15 de enero del 2016 en Internet). Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/67546/1/TFG-ADE-Galimany-Aleix-julio15.pdf>

- i. El cambio continuo, la rápida caducidad de la información y la necesidad de una formación permanente para adaptarse a los requerimientos de la vida profesional y para reestructurar el conocimiento personal.
- ii. La inmensidad de la información disponible y la necesidad de organizar un sistema personal de fuentes informativas y tener unas técnicas y criterios de búsqueda y selección.
- iii. La necesidad de verificar la veracidad y actualidad de la información.
- iv. Gestionar nuestra presencia en el ciberespacio.
- v. Los nuevos códigos comunicativos, que debemos aprender para interpretar y emitir mensajes en los nuevos medios.
- vi. La tensión entre el largo y el corto plazo en un momento en el que predomina lo efímero y se buscan rápidas soluciones pese a que muchos de los problemas requieren de estrategias a largo plazo.
- vii. La tensión entre tradición y modernidad: adaptarnos al cambio sin negarnos a nosotros mismos y perder nuestra autonomía.
- viii. Convertirnos en ciudadanos del mundo (y desarrollar una función social) sin perder nuestras raíces (tensión entre lo global y lo local).
- ix. Debemos considerar que los delincuentes también utilizan este medio y sofistican día a día sus formas de delinquir.

9. Legislación en México

Entre los temas que han sido motivo de distintas manifestaciones en México se encuentran algunas iniciativas que se han presentado para modificar las leyes de propiedad industrial, derechos de autor y Código Penal, con la finalidad de introducir nuevos mecanismos para tutelar el derecho de los creadores en el entorno digital. Al respecto, nos hemos pronunciado desde siempre en contra de la “piratería” en los mundos físico y digital, no solamente porque es un atentado contra el derecho a la creación, sino contra la economía.

9.1. *Propiedad intelectual*

Insistimos en que ya existen medios y procedimientos legales en las leyes mexicanas, así como un marco normativo robusto que permite sancionar a los infractores de los derechos de autor. Los modelos que se han propuesto para perseguir la “piratería” en el ciberespacio no han demostrado su alineación con las garantías de libertad de expresión, derecho de acceso a la información, protección a la privacidad, derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia previstos en la Constitución Mexicana y en múltiples tratados internacionales.

Nuestra oposición a las iniciativas que hasta hoy conocemos se basa en el hecho de que no se deben fincar responsabilidades a terceros, como

son los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) y de que, en todo caso, cualquier modelo de puerto seguro que se pretenda implementar no debe generar costos ni cargas adicionales a los intermediarios.

En el mismo tema hemos expuesto gran preocupación por la creación de tipos penales destinados a castigar infracciones a los derechos de autor en el entorno digital haciendo distinciones respecto del mundo físico; lo cual margina a Internet respecto de otros medios de difusión de las obras.

El filtrado de información que se ha pretendido exigir a los ISPs respecto de la actividad de los usuarios es una práctica que abolieron los tribunales de la Comunidad Europea al considerarse que viola los derechos humanos, amén de que su instrumentación genera altos costos a los proveedores de servicio.

Como corolario en este asunto, proponemos generar un debate amplio porque otros intentos normativos —internacionales o domésticos— como ACTA, SOPA, Notice and Takedown, entre otros, han sido altamente controvertidos y han fracasado operativamente.

9.2. Educación y cultura

En AMIPCI hemos promovido desde su fundación distintas acciones para fomentar la educación a través de medios digitales y ha cooperado con

distintas instancias para auspiciar nuevos modelos de acceso a la cultura. Las Tecnologías de la Información juegan un fundamental papel en el abatimiento del rezago educativo, pero también pueden servir para elevar el grado de información de los mexicanos.

De ahí que hayamos sido proactivos en el proceso de discusión de una iniciativa de reformas a la ley de fomento a la lectura y el libro que pretende extender la vigencia del “precio único” a los libros electrónicos.

Esa iniciativa ha generado preocupación porque, de aprobarse, desincentivará el acceso a contenidos culturales de nueva generación y puede provocar que las políticas públicas a favor de la lectura encuentren obstáculos en el mundo de Internet.

Las nuevas tecnologías auspician mejores precios de los libros en el formato electrónico en favor de escritores, editores y lectores; y una reforma como la mencionada caminaría en sentido contrario en detrimento de la innovación y, particularmente en contra del fomento a la cultura.

9.3. Juegos y sorteos

Entre las iniciativas que han implicado la generación de propuestas de esta industria, se encuentra una relacionada con la Ley Federal de Juegos

con Apuestas y Sorteos que continúa en trámite en el Poder Legislativo Federal.

No obstante que entendemos el interés por controlar actividades lúdicas, llamamos la atención sobre algunas cuestiones que no solamente son imprácticas desde el punto de vista tecnológico sino contrarias a principios de certeza jurídica.

Entre algunas cuestiones que esbozamos en su oportunidad se encuentra la que cuestiona las facultades del órgano administrativo competente en materia de juegos y sorteos para ordenar el bloqueo general del Protocolo de Internet (IP) con el ánimo de sancionar sitios web infractores. Se dijo que ello tendría consecuencias muy serias para la interoperabilidad del Internet mexicano equiparada a una “red con agujeros” donde estarían inservibles bloques de direcciones IPv4 que, además de ser escasas, encarecerían la inclusión digital de muchas personas y empresas del país.

La otra proposición legislativa vinculada a este mismo tema que subrayamos como preocupante fue la que establece la obligación de contar con un dominio legal bajo el *.com.mx*, tratándose de empresas de juegos y sorteos. Argumentamos que el sistema de nombres de dominio es un sistema jerárquico y descentralizado que no puede ser restringido en segundos niveles y perjudicaría el mercado de nombres de dominio que apenas crece en México.

Debido a que la Red opera de manera transfronteriza no encontramos afortunada la propuesta de obligar a las empresas de juegos y sorteos en línea a contar con un sistema de información en territorio nacional. Establecimos respetuosamente que la obligación de localizar sistemas de información en territorio nacional es percibida como contrario a las prácticas internacionales; sobre todo, ahora que las TIC irrumpen en el cómputo en la nube.

No se omite que, se expresaron distintos argumentos tanto a la autoridad administrativa como legislativa en formatos concretos y desarrollados con la información técnica y jurídica con el legítimo interés de que las leyes mexicanas no transgredan disposiciones en materia de protección de datos personales, derechos de acceso a las telecomunicaciones e Internet y se invadan competencias que solamente corresponden al Poder Judicial.

9.4. Telecomunicaciones

Luego del anuncio de la promulgación de la legislación secundaria de telecomunicaciones, hemos expresado nuestro beneplácito por el resultado final de la reforma del sector. Al manifestar nuestra posición respecto del Internet en la nueva ley, resumimos el análisis en los siguientes puntos:

- La legislación refrenda la obligación del Estado a garantizar el derecho al acceso a Internet y a la banda ancha, haciendo énfasis

en los sectores más vulnerables, lo que significa un gran beneficio para los usuarios y debe servir para acelerar las tendencias de crecimiento en el número de usuarios de Internet en México, lo que hace prever un impacto importante en la reducción de la brecha digital durante los próximos años.

- La regulación mínima al Internet beneficiará a la industria y a la ciudadanía; fomentando servicios eficientes en educación, salud, seguridad ciudadana y gobierno digital, e impulsará decididamente el desarrollo de una economía digital fuerte.
- Destaca que las reformas protegen y amplían los derechos de los usuarios, garantizan la libertad a la información, y la confidencialidad y privacidad de las comunicaciones, manteniendo un equilibrio entre esos derechos y la cooperación con la justicia. Esta decisión favorecerá el desarrollo de un Internet libre, que sea verdaderamente una herramienta para el crecimiento económico y social del país, de los ciudadanos y las empresas.
- La definición de que los operadores no puedan filtrar, degradar, restringir o discriminar el acceso a los servicios, asegura el acceso libre a la información y representa, una vez más, un beneficio para los usuarios.

- En materia de persecución del delito y cooperación con la justicia, AMIPCI se complace que sea sólo mediante orden judicial federal que puedan ser intervenidas las comunicaciones.
- Garantiza la neutralidad de la red, lo que promoverá la innovación y el desarrollo de nuevos modelos de negocios en la red.
- Consideramos que las atribuciones conferidas al Instituto Federal de Telecomunicaciones lo convierten en un árbitro fuerte y equilibrado.
- Reconocemos como positiva la creación de un área específica en la Procuraduría Federal del Consumidor, que atienda las quejas y dudas de los usuarios de las redes de telecomunicaciones.
- En general, saludamos que la legislación secundaria impulse la competencia, permita la creación de operadores móviles virtuales, la comercialización por terceros de la desagregación de la última milla y la construcción de la red troncal y una red inalámbrica mayorista.

Sin embargo, consideramos que hay algunas áreas de mejora que podrán abordarse posteriormente, bajo las experiencias de este primer resultado. Entre estas áreas están las siguientes:

- Regular a la brevedad la debida protección de datos personales en posesión de las autoridades, a través de la emisión de disposiciones que garanticen los principios de licitud, proporcionalidad y seguridad.
- Mejorar las disposiciones sobre privacidad de las comunicaciones y la intervención de la red, para garantizar que dichas intervenciones se harán acreditando, caso por caso, la necesidad de conocer la información al amparo de una investigación concreta, de manera proporcional y con la debida confidencialidad. La industria manifiesta su disposición de participar en la mejora de estas reglamentaciones, recuperando las primeras experiencias en el futuro inmediato.
- Considerar la invalidez de la retención de datos de los usuarios de Internet. Lo anterior de acuerdo a las mejores prácticas internacionales recogidas en los informes del Relator Especial de la ONU, ya que estas disposiciones resultan incompatibles con el derecho a la privacidad y la libertad de expresión.
- Reducir la obligación para los operadores de conservar los datos de las comunicaciones durante 24 meses y de dar respuesta en menos de 24 horas a los requerimientos informativos de la autoridad. Estas condiciones incrementan los costos, situación que impactará directamente en las tarifas.

- Eliminar el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios a las telecomunicaciones, por ser un factor de encarecimiento de los servicios que desestimula la adopción de Internet entre los sectores más desprotegidos.
- Respetar de manera irrestricta de la observancia del debido proceso en todas las intervenciones de comunicaciones por parte de las autoridades, para la debida impartición de justicia, así como respetar la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones de los usuarios.
- Imponer tasa cero de IVA para los dispositivos móviles que se conecten a Internet, como una medida que apoyará la adopción de las nuevas tecnologías por parte de micro y pequeñas empresas, emprendedores y estudiantes en actividades productivas.

Destacamos que dada la complejidad de temas y diversidad de actores involucrados en materia de telecomunicaciones, la emisión de marcos regulatorios debe permanecer abierta a la mejora continua. Lo anterior, bajo un ejercicio democrático, en el que se verifique de manera permanente, como ocurrió, un debate abierto y plural, contando con la participación y expresión de todas las posiciones de la industria, la academia y la sociedad civil.

9.5. Protección de datos personales

Los asuntos relacionados con la protección de datos personales han sido siempre una agenda de constante interés para nosotros, ya que el entorno digital impone retos que fueron resueltos, de alguna manera, en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) y su reglamento.

Una gran cantidad de iniciativas en la materia han sido motivo de nuestra atención como la que transformó el IFAI en INAI, pero que deja insoluble la cuestión del órgano garante de la privacidad. Estaremos atentos a las nuevas leyes que derivarán de dicha transformación institucional así como de algunas que abordan detalles específicos y que siguen en trámite.

Es el caso de una iniciativa para definir el concepto de “datos biométricos” como sensibles y exigir el consentimiento expreso para su respectivo tratamiento en el caso de menores.

Argumentamos en su oportunidad cuestiones asociadas a costos para la implementación de la idea y el freno a la innovación; pero sobre todo, subrayamos que a nivel internacional existe la tendencia a considerar que no todos los datos biométricos son sensibles. Establecer una nueva categoría exclusiva para México puede acarrear problemas de interoperabilidad respecto del mundo.

Todos los días aparecen dispositivos bancarios, forenses, gubernativos, comerciales, telefónicos, tabletas, computadoras, etcétera que utilizan sensores biométricos producto de la innovación tecnológica cuyas variantes no pueden ser reguladas a “tabla rasa” cuando las leyes mexicanas otorgan las suficientes garantías de privacidad como las contempladas para los menores de edad que requieren enfoques más concienzudos y alineados a la realidad técnica y social de nuestro país.

9.6. Fiscal

Acerca de las cuestiones tributarias del sector, hemos hecho nuestras diversas iniciativas de Diputados Federales para eliminar el IEPS a las Telecomunicaciones y el IVA a dispositivos que se puedan conectar a Internet, como son los teléfonos inteligentes o smartphones.

Entendemos las necesidades recaudatorias del Gobierno, pero nos parece necesario que ambos temas se analicen de manera correlacionada con la reforma en materia en telecomunicaciones que, entre otras cosas, busca abatir la brecha digital a partir de mejores precios de los servicios. La doble tributación siempre será controvertible pero más cuando encarece el acceso en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, acceso libre, etcétera.

9.7. Comercio Electrónico

El desarrollo de la economía digital, eje fundamental de la Estrategia Digital Nacional, abarca variados aspectos como es el comercio electrónico que buscamos impulsar. Con 17 millones de internautas consumidores y con un volumen de ventas en línea que rebasa los 150 mil millones de pesos, la aportación al PIB de este ramo no llega al 0.4% del mismo.

Independientemente de que ya existe un marco para las telecomunicaciones, estamos interesados en que se dé seguimiento a distintas propuestas para actualizar el Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor y el marco normativo de los servicios financieros.

Las contrataciones en línea y las nuevas tendencias de ventas *online* requieren una actualización regulatoria sin inhibir la libertad de comercio en el entorno digital. Aunado a ello se requiere que el sistema financiero amplíe la bancarización con miras a que los internautas tengan mayores opciones de pago en la red y los proveedores agilicen operaciones de rechazos y contra cargos. Un círculo vicioso en este tema dificulta el crecimiento del *e-commerce*.

9.8. Firma electrónica

Sin particularizar la importancia que tiene la firma electrónica en los ámbitos público y privado, así como en el internacional, es momento que se

provoque la armonización normativa a nivel federal y estatal, haciendo hincapié en su eficacia respecto de la firma empleada por el SAT, y cuestiones de certificados digitales, conservación y digitalización.

Aprovechar el modelo de externalización como la iniciativa de PAC Federal del SAT pudiera ser un detonador importante en el uso de la firma electrónica para la población en general en sus relaciones con las autoridades y en el ámbito comercial.

Lo anterior considerado que diversos indicadores mundiales, como los del Banco Mundial a través de Doing Business, nos otorgan bajos *rankings* por carecer de una definición legislativa, técnica y operativa sobre esta cuestión.

9.9. Cibercriminalidad

Enterados del interés que se tiene por parte del Gobierno mexicano para adherirse al Convenio de Budapest contra la cibercriminalidad, hemos expuesto nuestro interés de aportar la experiencia de la industria de Internet en la construcción de un marco que evite la impunidad de delitos informáticos pero que se corresponda a la realidad tecnológica y la tutela de los derechos humanos de los cibernautas.

Si bien es cierto que se trata de un tema exclusivo del Poder Ejecutivo nos pronunciamos por que se establezca una Fiscalía Especializada en Delitos Cibernéticos dentro de la Procuraduría General de la República, con el ánimo de generar un marco de especialización en este importante tema.

Iniciativas que se han presentado desde Legislaturas anteriores y otras que están en fase de redacción en el Poder Legislativo Federal, representan para nosotros un área de oportunidad para revisar con la presencia de todos los *stakeholders* y en un esquema de gobernanza de Internet los principios que deben imperar en una reforma penal para este sector, evitando “satanizar” a la web.

Nuestra política ha sido crear una cultura de la seguridad informática y principalmente en sectores vulnerables como son los menores de edad, al igual que en las transacciones en línea para evitar fraudes. A nivel operativo guardamos estrecha coordinación con la División Científica de la Policía Federal (policía cibernética) y apoyamos abiertamente la campaña #Yoloborro emanada de la Cámara de Diputados.

Finalmente, será muy importante que cualquier modificación al derecho penal cibernético sustantivo vaya aparejada la revisión del derecho procesal y de las capacidades cibercriminalísticas de las Fiscalías o Ministerios Públicos.

10. Conclusión

Derivado de los grandes cambios que ha sufrido la sociedad moderna, de la revolución global que han generado las TIC, de la creación la sociedad de la información y conocimiento como una nueva era de la evolución humana. Se ha hecho evidente que es necesario en una economía cada vez más globalizada aumentar la competitividad y buscar acceso a los ciudadanos a la sociedad de la información con la finalidad de que puedan acceder a mejores condiciones de vida. Si bien, en las economías más desarrolladas este proceso se dio de manera progresiva y armónica, en las economías en desarrollo este proceso no ha sido así, sino que existe una gran brecha digital que separan en nuestro caso a los que tienen mayores ingresos o viven en los grandes centros urbanos del país, contra quienes viven en comunidades rurales o perciben menos ingresos.

11. Bibliografía

- BONILLA, Carlos, “Liderazgo en la Sociedad Virtual”, *Revista Mundo Ejecutivo* (en línea). Consultada el 15 de enero del 2016. Disponible en Internet: <http://mundoejecutivo.com.mx/management/2015/03/11/liderazgo-sociedad-virtual>
- CASTELLS, Manuel, “El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global”, *Revista CAMBIO: 19 ensayos fundamentales sobre internet que están cambiando nuestras vidas*; BBVA Open

Mind (disponible en internet). pp. 127-149. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/04/BBVA-OpenMind-libro-Cambio-19-ensayos-fundamentales-sobre-c%C3%B3mo-internet-est%C3%A1-cambiando-nuestras-vidas-Tecnolog%C3%ADa-Interent-Innovaci%C3%B3n.pdf> (consultado el 15 de enero del 2016).

- GALIMANY, Aleix, *La creación de valor en las empresas a través del Big Data*, Universitat de Barcelona, julio 2014 (consultado el 15 de enero del 2016 en Internet) disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/67546/1/TFG-ADE-Galimany-Aleix-juliol15.pdf>
- HIRSHBER, Peter, “Primero los medios y luego nosotros. Cómo ha cambiado internet la naturaleza fundamental de la comunicación y su relación con el público”, *Revista Open Mind* (consultado en internet el 14 de enero del 2016; Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/articulo/primero-los-medios-y-luego-nosotros-como-ha-cambiado-internet-la-naturaleza-fundamental-de-la-comunicacion-y-su-relacion-con-el-publico/?fullscreen=true>
- ISLAS Octavio, “Marshall McLuhan y la complejidad digital”, *Revista Razón y palabra*, núm. 63. Disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx/n63/varia/oislas.html>. (Consultado el 15 de enero del 2016).

- MORALES CAMPOS, Estela, “Internet y sociedad: relación y compromiso de beneficios colectivos e individuales”, *Revista Digital Universitaria* [en línea]. 10 de septiembre de 2004, vol. 5, núm. 8. Disponible en Internet: <http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art49/art49.htm>. (Consultada: 11 de septiembre de 2004).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *et al.*, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2014. Disponible en internet: <http://nubedelectura.tirantonline.com.mx/cloudLibrary/ebook/show/9788490531228?showPage=0> (Consultado el 15 de enero del 2016).

CYBER WARFARE

*Juan Manuel Mecinas Montiel**

Sumario: 1. Introducción. 2. Ataques cibernéticos. 3. Conclusiones. 4. Bibliohemerografía.

Palabras clave: Internet; cyber warfare; ataque cibernético; guerra cibernética; Stuxnet; seguridad nacional; Manual de Tallin; derecho internacional; sociedad digital.

1. Introducción

Internet es el medio de comunicación más importante que ha existido en la historia de la humanidad. La web ha cambiado la dinámica de comunicación y es un instrumento que empodera al usuario porque le permite crear contenidos, lo que la diferencia de otros medios como la televisión o la radio. Ese empoderamiento tiene una doble cara: permite producir contenidos de comunicación extraordinarios, pero también puede ser utilizado

* Profesor e Investigador. Catedrático Conacyt en el Centro de Investigación y Docencia Económicas.

para objetivos ilícitos; universidades, centros de investigación y empresas usan la web para mejorar la calidad de los servicios que ofrecen y, por otra parte, las mafias de trata de personas la usan como herramienta para acrecentar sus ganancias. Es una red de claroscuros.

Esta irrupción de nuevas tecnologías ha transformado a la sociedad, al permitirle una comunicación distinta —por fluida, inmediata y virtual— entre los miembros de la sociedad. Mientras algunos la consideraron una nueva galaxia,¹ otros lo concibieron como un territorio del caos² y otros más han revelado su uso como instrumento totalitario,³ sin que los criterios sean excluyentes entre sí.

Uno de los aspectos de la web que más preocupan es la facilidad con la que Estados y actores privados pueden transgredir los derechos humanos o pueden utilizar Internet para algo más que comunicar o dotar de información a una sociedad. Existe una preocupación especial por el uso de Internet como instrumento militar de ataque contra un país o sus instituciones —un arma de guerra— que se conoce como *cyber warfare*. Este trabajo pone especial atención en él, al ser una consecuencia de un mundo

¹ CASTELLS, Manuel, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

² Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 26 de junio de 1997.

³ Washington Post, “U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program”, *The Washington Post*, 7 de junio de 2013, disponible en http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-Internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html, revisado el 13 de septiembre de 2013.

digitalizado en el que la importancia del acceso y el uso de Internet son mayúsculos.⁴

La red es una herramienta y plataforma en este *cyber warfare* que permite a gobiernos y actores privados atacar a Estados y empresas por igual. La discusión desatada a partir del uso de la red como instrumento militar tiene tres vertientes: por una parte, la responsabilidad de un Estado por actos u operaciones desarrollados en la red; por la otra, la ley aplicable al caso para regular las acciones militares realizadas por el Estado o por actores ajenos al Estado; y, por último, el debilitamiento del Estado a partir de la irrupción de actores privados que realizan actos que hasta hace poco sólo el Estado era capaz de ejecutar.⁵

Se pretende conocer en qué casos el Estado mexicano puede iniciar o responder a un ataque cibernético, aunque no haya disposición específica al respecto ni en la Constitución ni en las leyes federales del país.

⁴ CASTELLS, *op. cit.*, cap. 1.

⁵ El caso más evidente de asunción de funciones públicas por un ente privado es el derecho al olvido, pero no se tratará dentro de los ejemplos que se abordan en este trabajo por tratarse de un tema en el que el actor privado irrumpe en la arena pública asumiendo funciones que teóricamente le corresponden al Poder Judicial. Los casos que aquí se analizan tienen que ver con la función ejecutiva y no con la interpretación de normas o la función jurisdiccional. En cuanto al derecho al olvido, véase *Harvard Law Review*, "Google of Spain v. Agencia española de Protección de Datos (May 13, 2014)", en *Harvard Law Review*, Diciembre de 2014, vol. 128, pp. 734-742; House of Lords. European Union Committee, *EU Data Protection law: a 'right to be forgotten'?*, párrafo 55, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/lddeucom/40/40.pdf>, revisado el 22 de junio de 2015; Consejo Asesor de Google para el derecho al olvido, *Reporte Final*, 6 de febrero de 2015, disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvV0hNbDA/view>, revisado el 28 de mayo de 2015; Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina, *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*, 28 de octubre de 2014.

El análisis que se pretende realizar es, en parte, una ramificación de la discusión que comenzó a partir del ataque a las torres gemelas en Nueva York y el inicio de la llamada Guerra contra el terrorismo.⁶ Mucha tinta ha corrido sobre la necesidad de adecuar el derecho a la era digital, a fin de garantizar la seguridad de los Estados occidentales respecto del terrorismo fundamentalista.⁷ Pocos de esos estudios se han abordado desde la óptica constitucional y la mayoría se concentran en las consecuencias que en el plano internacional acarrea el uso de estos instrumentos.

Centrarse en una declaración de constitucionalidad sería reducir el tema una trascendencia meramente procedimental, pues el debate quedaría zanjado si las acciones son previstas por las constituciones. Lo trascendental sería determinar si la acción que despliega el Estado en la red (lanzando ataques cibernéticos o espionando masivamente en aras de la seguridad) en qué casos puede ser constitucional y cómo ello se enmarca dentro de las atribuciones de un Estado democrático y constitucional.

2. Ataques cibernéticos

Internet es un medio de comunicación en el que los datos son enviados como paquetes a través de distintos puertos y con una cantidad inusual de mensajeros. No nació para ser anónimo, sino para difundir la información enviada a pesar de los ataques que pudieran surgir durante la transmisión

⁶ Véase QUESADA, Fernando, *Sendas de Democracia. Entre la Violencia y la Globalización*, Trotta, Madrid, 2008.

⁷ *Idem.* pp. 128-129.

de ese paquete de datos. En otras palabras, es un medio a través del cual se asegura que la información llegue a su destinatario, aunque uno de los mensajeros falle.⁸

Esa lógica de Internet debe entenderse a partir de su concepción como instrumento ideado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos ante un posible ataque soviético que pudiera poner en peligro la comunicación e información necesaria para responder al mismo. Las rutas por las que se transmite la información son incontables. Si alguna ruta se daña o es incapaz de transmitir la información, el paquete de datos se redirige para llegar a su destino, que es una dirección IP —el Protocolo con el que trabaja Internet es un protocolo TTP/IP—, una especie de dirección a la cual arriba la información.⁹

Este instrumento se convirtió, con su popularización, en un espacio de expresión inédito. Nada mejor que la concepción que sobre el Internet adoptó el Tribunal Supremo Americano, como un espacio caótico y sin freno, lo que dio rienda suelta a una gobernanza que no sabemos qué tan conveniente sea con el paso del tiempo.¹⁰

Así, Internet no encarna en su concepción, ni entre sus objetivos, servir para destruir; es un instrumento para la información. Esta red no fue

⁸ O'HARA, Kieron y STEVENS, David, *Inequality.com Power, Poverty and the Digital Divide*, Oneworld, Oxford, 2006, p. 15.

⁹ Véase *Shea v. Reno*, U. S. District Court 930 F. Supp. 916, 1996.

¹⁰ Tribunal Supremo..., *op. cit.*

concebida como un instrumento de ataque militar, y si se ha utilizado para causar daño a otros como instrumento de ataque es sólo por el alcance global que tiene y por la sociedad digital en la que vivimos. Por otra parte, éste no es un instrumento exclusivo de la milicia —como pudiera ser un submarino—; a él acceden actores privados que también pueden idear un ataque cibernético y que pueden dañar a Estados y a empresas por igual, nacionales o extranjeras.

Esta irrupción contrasta con la idea de un Estado fuerte, mucho más necesario después de 11 de septiembre de 2001 y el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York. El Estado fuerte que se necesita para enfrentar al terrorismo fundamentalista no es un Estado de excepción en aras de la seguridad nacional,¹¹ ni un Estado sometido en la red por grupos privados (llámense hackers o crimen organizado). Ese Estado fuerte debe garantizar la seguridad de los ciudadanos, pero sus actividades no pueden estar fuera del marco constitucional. La Constitución prevé mecanismos para el uso de la fuerza en contra de otro Estado o como respuesta a una amenaza internacional.

Por ejemplo, la Constitución mexicana en su artículo 89 fracción VIII establece que la declaración de guerra es competencia del Ejecutivo, previa ley del Congreso de la Unión que la autorice. El uso de la fuerza militar contra otro país debe declararse formalmente para que se considere

¹¹ QUESADA, Fernando, *op. cit.*, p. 150.

constitucional. Se pretende hacer saber al enemigo que se le declara la guerra para los efectos correspondientes, y también se toman medidas respecto de la suspensión de garantías, así como el tratamiento y derechos de los extranjeros de las naciones a quienes se declara la guerra.¹² Los efectos legales y políticos son importantes, ya que a partir de dicha declaración se activan los mecanismos propios de la guerra, como en el caso de los heridos o caídos en el campo de batalla, la ayuda internacional o la obligación de notificar a instancias internacionales el estado de guerra en que se encuentra el país, etcétera.

De esta manera, aunque las operaciones de guerra cibernéticas no están previstas expresamente en la Constitución, sí encuentran en ella sus límites. Un ataque contra un país no puede estar justificado desde la perspectiva constitucional si no cuenta con la declaración que le corresponde al Ejecutivo, seguida de una norma del Legislador, siempre y cuando haya una justificación de necesidad de preservar la paz ante la amenaza o la agresión sufrida.

Un ataque cibernético no debe tener un tratamiento distinto en cuanto a la declaración de guerra. La Constitución no establece que esa declaración de guerra sólo sea aplicable a casos de una guerra física. Además, ya

¹² Tómese como ejemplo en el ámbito nacional la declaración de "estado de guerra" de 1942 contra las potencias del Eje. Véase USCANGA, Carlos, "México y Japón después de la declaración del estado de guerra a las potencias del Eje", *México y la Cuenca del Pacífico*, vol. 16, núm. 48, Sep-Dic, 2013, pp. 47-70.

sea una guerra física o una virtual, tanto los ataques físicos como los virtuales, tienen como objetivo causar daño a un país o a sus instituciones o empresas, por lo que ambos deben cumplir los requisitos constitucionales que el constituyente fijó.

La diferencia esencial —y no menor— entre un ataque físico y un ataque virtual es el uso de la red como plataforma para dicho ataque. El daño de una operación cibernética de este tipo es imperceptible o puede parecer menor. Sin embargo, el verdadero alcance se aprecia cuando se toma en consideración el uso de la red en nuestros días y el impacto que un ataque así tiene desde el punto de vista económico, político y militar.

2.1. Ataques cibernéticos. Características

La Constitución obliga a que la acción estatal dirigida a causar daño a otro país —considerada como un acto de guerra— debe tener como presupuesto una declaración formal de que dicha acción se realizará. La cuestión novedosa está en determinar si ese necesario análisis de constitucionalidad tiene un matiz distinto por el uso de la red, y porque los daños que se ocasionan pueden ser digitales, que no físicos. Se trata de aclarar si los ataques digitales son verdaderos ataques de guerra y si, la declaración de guerra es necesaria en todos los casos.

Una característica de los ataques cibernéticos es que complican la identificación de sus autores,¹³ ya que la estructura de la web puede permitir

¹³ SCHAKELFORD, Scott, "From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law", en *Berkley Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2009, p. 206.

identificar, en todo caso, el lugar de origen del ataque, pero determinar quién realiza el ataque materialmente es más complicado que cuando un ataque es realizado físicamente, porque en Internet la realidad es virtual y casi cualquier persona puede estar detrás de una computadora.

Si la red es un sistema a través del cual se comparte información en forma de datos que se difunden de forma independiente y separada —a través de los millones de usuarios de la web—, este aspecto es trascendental para un ataque cibernético, ya que las rutas para enviar el ataque también son múltiples, con infinidad de mensajeros, tantos como usuarios de la red (como se verá en el caso estonio).

Al haber una cantidad elevada de rutas y usuarios que pueden transmitir la información, identificar quién la produce es todo un reto, pues no sólo hay que identificar la IP (la dirección desde la que se origina el ataque), sino la ruta que siguió. Este aspecto se agrava si se considera que el robo de identidades, el “robo” de una dirección IP o el uso de *robots cibernéticos* es algo “cotidiano” en la web.

Mientras que en un ataque físico se advierte si son soldados o marinos quienes ejecutan el ataque, o si se usó un buque, o un avión de algún ejército, en un ataque cibernético los rastros son virtuales, reducidos al origen del ataque, el funcionamiento del programa de ataque y la ruta seguida desde su origen.

Por ello, en el caso de un ataque por Internet, la discusión gira en torno a identificar el lugar donde se origina la agresión, la ruta que siguió, y determinar físicamente quién la llevó a cabo y quién la ordenó. Esa cadena es complicadísima de seguir y puede resultar incluso engañosa, pues el ataque puede generarse en un lugar remoto y distinto al Estado atacante y al Estado atacado, aunque físicamente los autores del ataque no se encuentren en ninguno de esos tres lugares. Es decir, una persona de nacionalidad alemana puede utilizar una IP argentina operando desde Francia para atacar a Egipto virtualmente.

La cuestión se complica si los atacantes son hackers o especialistas que no siguen órdenes de ninguna autoridad estatal. ¿Este acto puede ser considerado un acto de guerra?

2.2. Estonia 2007. Primer aviso

Durante los meses de abril y mayo de 2007, Estonia sufrió un ataque cibernético del que responsabilizó a Rusia. Fueron atacadas páginas de Internet del Parlamento estonio, así como de distintos medios de comunicación, policía, agencias estatales y bancos del pequeño país báltico, todo a partir de la discusión por la remoción de una estatua (en honor a los soldados rusos caídos) en el centro de Tallin, la capital de Estonia. Diez días después de iniciado el ataque, Estonia responsabilizó a Rusia de perpetrar el ataque que se prolongó por semanas, aunque los rusos siempre negaron cualquier

participación. A través de distintos instrumentos digitales, tales como correos electrónicos basura, los autores de la agresión “tiraron” las páginas de Internet del parlamento y del banco más importante de Estonia, y saturaron los servidores estonios provocando una imposibilidad para ofrecer servicios.¹⁴

El ataque a Estonia fue del tipo conocido como DoS (Denegación de Servicio, por sus siglas en inglés), que consisten en “bloquear el acceso a usuarios legítimos convirtiendo en no disponible el sitio o la red”.¹⁵ Si a través de la web se transmite información en forma de datos, el DoS, visto como un ciberataque, impide la recepción o transmisión de información (datos). Además, esta clase de agresión puede utilizar *malware*, un software capaz de destruir un programa o hacer inservible el equipo atacado, o bien hacer que la computadora de la víctima actúe como “zombi” para ser utilizada en futuros ataques.¹⁶

Los ataques contra Estonia en 2007 utilizaron estas computadoras “zombi”, llamados robots informáticos (*botnets*) que se ubicaron en más de cincuenta países¹⁷ y a través de los cuales se transmitió el *malware* que saturó los servidores estonios y distintas páginas de Internet.

¹⁴ Véase LANDLER, Mark y MARKOFF, John, “Digital Fears Emerge After Data Siege in Estonia”, en *The New York Times*, 29 de mayo de 2007, p. A1.

¹⁵ RICHARD, Jason, “Denial-of-Service. The Estonian cyberwar and its implications for U.S. National Security”, en *International Affairs Review*, disponible en <http://www.iar-gwu.org/node/65>, revisado el 15 de marzo de 2016.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

No era la primera vez que se utilizaban *botnets* y tampoco la ocasión en la que se usaron la mayor cantidad de dichos robots informáticos, pero sí era la primera vez que ponía en jaque al sistema financiero y político de un país.¹⁸

2.3. *Manual de Tallin*

A partir del ataque a Estonia, se abre una nueva etapa en estrategias militares y se evidencia la carencia de un marco normativo que regule el uso de la red en este tipo de operaciones, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Internet como símbolo de este nuevo sistema de organización,¹⁹ también ha evolucionado y ahora es usado como plataforma militar, por lo que la OTAN (Organización del Tratado de Atlántico Norte —NATO, por sus siglas en inglés) invitó a un grupo de especialistas a elaborar un documento que sirviera de guía para el uso de Internet como arma de guerra.

El producto de la reflexión de expertos, a partir de la petición de la OTAN, se llamó *Manual de Tallin*, probablemente el instrumento de derecho internacional más importante en cuanto a guerra cibernética, a pesar de ser

¹⁸ Hay que decir que esto se da, entre otras cosas, por el alto grado de digitalización que se aprecia en Estonia. Por ejemplo, Estonia fue el primer país donde se usó el voto por Internet universal a nivel nacional.

¹⁹ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, pp. 15-16.

sólo una opinión de un grupo de expertos en temas de seguridad cibernética.²⁰ El manual contiene reglas y comentarios que funcionan como principios en el tema específico de ataques cibernéticos.

Cabe advertir que el manual identifica las reglas de derecho internacional aplicables a la guerra que se libra mediante Internet, pero no identifica reglas nacionales, por lo que su foco se centra en el *jus ad bellum*, la soberanía, la responsabilidad estatal (desde la perspectiva internacional), el derecho internacional humanitario y la neutralidad en los conflictos internacionales.

No puede soslayarse que la estructura y características especiales de Internet hacen difícil la elaboración de cualquier norma que lo quiera categorizar. Por ejemplo, la regla número uno del manual establece: “A State may exercise control over cyber infrastructure and activities within its sovereign territory”. Ello significa que un Estado es responsable de su infraestructura y del uso que se haga de ella, por lo que cualquier infraestructura cibernética, pública o privada, que esté bajo su control es su responsabilidad²¹ y hay un indicio de que (afirma el manual en su artículo 7), en un ataque lanzado utilizando su infraestructura, el Estado en cuestión está

²⁰ No se trata de un documento oficial, pero encierra principios que sirven como guía para el análisis de los ciberataques. Véase SCHMITT, Michael (ed.), *Tallin Manual on the International Law applicable to cyber warfare: prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative cyber Defence Center of Excellence*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, p. 11.

²¹ Rule 5. Control of cyber infrastructure. *Ibidem*, p. 26.

asociado a la operación,²² aunque si su infraestructura es utilizada como vía para ejecutar el ataque cibernético no se le puede atribuir la autoría de la agresión (regla 8). La traducción es que su responsabilidad depende del uso de su infraestructura, pero no si sólo es utilizada como ruta.

Lo anterior no habla sino del galimatías que es Internet, pero también del parecido que existe en términos militares entre un ataque cibernético y un ataque físico. El mismo *Manual de Tallin* considera que los ataques cibernéticos se rigen por las leyes de conflictos armados, ya sea que el conflicto sea internacional o nacional (reglas 20, 22 y 23), y cuando se responda a una agresión cibernética internacional, es la comunidad internacional la que lidera la represión con un mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (regla 19), y cualquier medida que envuelva a ésta operación también debe ser notificada a dicho consejo (regla 17), que puede autorizar ciberataques (regla 18).

Siguiendo la lógica de equiparar al máximo un ataque cibernético y uno físico, se afirma que el ciberataque “es una operación, ofensiva o defensiva, de la cual razonablemente se espera que hiera o cause la muerte a personas, o dañe o destruya objetos.”²³

²² Rule 7. Cyber operation launched from governmental cyber infrastructure. The mere fact that a cyber operation has been launched or otherwise originates from governmental cyber infrastructure is not sufficient evidence for attributing the operation to that state, but is an indication that the State in question is associated with the operation. *Ibidem*, p. 34.

²³ Aunque la redacción no es óptima, la mayoría expertos que redactó el manual afirma que una operación que interfiera con la operación y funcionalidad de un objeto se califica igualmente como un ciberataque. *Ibidem*, p. 108.

El ataque cibernético, además, no debe dirigirse contra civiles o sus infraestructuras (sólo son objeto de las mismas, las militares),²⁴ dado que los ataques deben encaminarse a debilitar la fuerza militar del enemigo²⁵ y se enumeran cuatro tipo de personas que pueden ser objeto de operaciones cibernéticas: “1) Miembros de las fuerzas armadas; 2) Miembros de grupos armados organizados; 3) Civiles que participen directamente en las hostilidades; y 4) En conflictos internacionales, participes de la leva en masa”.²⁶

Por analogía, se puede decir que los ciberataques están regulados por el Derecho internacional,²⁷ ya que se consideran un acto de guerra y, por tanto, deben apegarse a los requisitos y las consecuencias previstas por las operaciones de este tipo. Por tanto, los ataques cibernéticos que no se apeguen a la normatividad acarrearán responsabilidad penal por crímenes de guerra para sus autores materiales e intelectuales.

En cuanto a las consecuencias materiales de un ataque cibernético, si bien no todas son físicas, sí causan un daño material, económico o social. Por ello, un ataque cibernético y uno físico se desarrollan en plataformas distintas, pero sus efectos y su tratamiento son similares, aunque obviamente el manual pasa por alto que un ataque cibernético lo puede realizar prácticamente cualquier especialista en programación, mientras que el

²⁴ Rule 37. Prohibition on attacking civilian objects. *Ibidem*, p. 124.

²⁵ Rule 31. Distinction. *Ibidem*, p. 110.

²⁶ Rule 34. Persons as lawful objects of attack. *Ibidem*, p. 115.

²⁷ Los Tratados de Ginebra de 1949 y sus protocolos.

lanzamiento de un misil de largo alcance difícilmente lo puede hacer alguien distinto al ejército.

2.4. *Stuxnet. Un ataque futurista*

El ataque cibernético más sofisticado fue conocido como *Stuxnet*, que se atribuye a Estados Unidos o Israel, mediante el cual se introdujo un virus (un gusano informático) en el sistema de enfriamiento del programa nuclear iraní —en la planta nuclear de Natanz— y ello originó un retraso en la construcción de una bomba atómica por parte del gobierno de Ahmadineyad.²⁸ Los detalles no son mayores, porque ninguno de los países acepta la autoría, y porque el gobierno iraní no proporciona mayores comentarios al respecto.

Aparentemente, el virus tenía dos componentes: uno que hacía funcionar de manera desordenada los sistemas de centrifugado del programa nuclear, y otro que simulaba una operación normal de ellos, a efecto de que sus operadores no se percataran de que lo que en realidad ocurría con los sistemas de centrifugado.²⁹

Stuxnet demostró que la web es una plataforma a través de la cual se puede causar daño, no sólo virtual, sino material. Su trascendencia fue

²⁸ BBC, “El virus que tomó control de mil máquinas y les ordenó destruirse”, 11/10/2015, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_iwonder_finde_tecnologia_virus_stuxnet, revisado el 1 de marzo de 2016.

²⁹ BROAD, William, et al., “Israel test on Worm called Crucial in Iran Nuclear Delay” en *The New York Times*, 15 de enero de 2011, p. A1.

“volver locos” los sistemas de centrifugado del programa iraní, vitales para la construcción de una bomba atómica.

El problema es si, en lugar de retrasar un programa nuclear, ese mismo instrumento se usa para que funcione de manera incorrecta el tráfico aéreo o el servicio de energía eléctrica o las presas en un país, lo que puede provocar muertes, además de daños materiales. El escenario no es lejano y se vuelve preocupante cuando no está en manos del Estado el control de grupos privados que desarrollen instrumentos de *cyber warfare* y los utilicen contra quienes consideren su enemigo. En otras palabras, si surge un ISIS cibernético que, no sólo ataque materialmente, sino que también lo haga a través de la red.

2.5. Visión constitucional

La respuesta del Derecho constitucional va entrelazada con la idea de seguridad nacional y las normas previstas en el orden jurídico para repeler e iniciar ataques.

Como se ha indicado, el marco jurídico mexicano establece el procedimiento para declarar la guerra, que debe pasar por el filtro del legislativo, pero cuya ejecución se encarga al Poder Ejecutivo Federal. Si bien, el *Manual de Tallin* no es un texto normativo, sí lo son los Tratados de Ginebra y sus protocolos sobre protección a víctima de los conflictos armados,

cuyos principios irradian detrás de la opinión de los expertos en el *Manual de Tallin*.

Siguiendo esa estela, se puede afirmar que los principios contenidos en las reglas (éticas) del *Manual de Tallin* pueden servir como referente a México para la regulación de los ataques cibernéticos que, por ofensa o defensa, emprenda el Estado mexicano, ya que protegen a civiles, establecen los objetos que legalmente pueden ser atacados, los límites que el Estado debe observar para llevar a cabo dicho proceder y tratan de evitar los excesos en el uso de la fuerza en cualquier guerra.

Sin embargo, dada la inmediatez de Internet y, en su caso, la urgencia para responder a ataques cibernéticos, habría que distinguir dos escenarios:

- 1) El primero de ellos, cuando el Estado mexicano quiere realizar una operación militar cibernética (un ataque ofensivo); y
- 2) El segundo, cuando quiere repeler una agresión física o digital con un ataque cibernético (un contraataque, por así decirlo).

El artículo 89 fracción VI de la Constitución mexicana establece que el Ejecutivo es el encargado de preservar la seguridad nacional. Por su parte, el artículo 4 de la Ley de Seguridad Nacional obliga a que la política en materia de seguridad nacional se rija bajo los principios de legalidad, responsabilidad, respeto a los derechos fundamentales de protección a la persona humana y garantías individuales y sociales, confidencialidad, lealtad,

transparencia, eficiencia, coordinación y cooperación. La misma ley, en su artículo 5o., enumera las amenazas a la seguridad nacional a las que podrá hacer frente el Ejecutivo como el encargado de la política de seguridad nacional. A su vez, el Presidente de la República ejerce su mando como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas por sí mismo o a través del Secretario de la Defensa o de la autoridad militar que crea pertinente (este último caso cuando intervengan elementos de más de una fuerza armada).

Por todo ello, es dable afirmar que solamente al Ejecutivo mexicano corresponde ordenar y ejecutar un ciberataque, así como responderlo. Sin embargo, la ecuación se complica si se entiende el ciberataque como un acto de guerra, porque en ese sentido el proceso para declarar la guerra puede ser largo y ese lapso puede ser vital para preservar la seguridad nacional.

Se hace necesaria la distinción entre un ataque cibernético para repeler un ataque físico o cibernético, y un ataque cibernético como instrumento de autodefensa (como ofensiva del Estado mexicano). En el primer caso es necesario acabar con el ataque físico o cibernético y, si la situación lo requiere, el Ejecutivo no necesita autorización del Congreso. Piénsese en un escenario donde una agresión cibernética ponga en riesgo el funcionamiento de las presas y aeropuertos del país y para contrarrestarlo, es necesario un contraataque cibernético. En esa tesitura, esperar a que el Legislativo lo apruebe es demasiado arriesgado, y el peligro hace necesario que el Ejecutivo responda con inmediatez, de conformidad con una interpretación teleológica del artículo 89 constitucional, en su fracción VI, y de

la Ley de Seguridad Nacional que lo hace responsable de la protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente el país, así como de la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio (art. 3o., fracciones I y II), en consonancia con el ya mencionado artículo 5o. que en su fracción I reconoce como amenaza la seguridad nacional los actos tendentes a consumir sabotaje y terrorismo, entre otros.

Sin embargo, un escenario distinto es la aprobación de un ataque cibernético como acto ya de prevención, pero ofensivo, en contra de otro país, supuesto en el que sí se necesita de la autorización del Legislativo porque está más cerca de considerarse un acto de guerra que un acto de defensa de preservación de la seguridad nacional (en estricto sentido).

Entonces, el ciberataque ofensivo, que tiene como objetivo aminorar el poderío militar del enemigo, es un acto de guerra y, por ello, necesita de la aprobación del legislativo,³⁰ como se hizo en 1942 con la declaración de “estado de guerra” en contra los países del Eje.

Diferenciar si se está en uno u otro supuesto corresponde al operador jurídico, dado que no se puede saber exactamente cuáles sean los riesgos y el estado que guarde un ataque cibernético real contra México. Ambos

³⁰ Véase por ejemplo, BRECHER, Aaron, “Cyberattacks and the Covert Action Statute: Toward a Domestic Legal Framework for Offensive Cyberoperations” *Michigan Law Review*, vol. III, núm. 3, 6 de Enero de 2012, p. 423. Disponible en SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1980976>, revisado el 5 de marzo de 2016.

supuestos se asemejan a los ataques materiales, físicos, porque en ambos casos el elemento a considerar para saber si es necesaria la ley del Congreso no es la plataforma desde la que se desarrolla el ataque, sino la amenaza a la seguridad nacional en un análisis que tome en cuenta las características de la agresión y las consecuencias que pueda acarrear la dilación en una aprobación formal del legislativo, si de lo que se trata es de evitar el mayor daño posible.

Surge así un conflicto casi irresoluble entre dos principios: la separación de poderes y la seguridad nacional. El Constituyente quiso que la decisión de participar y llevar a cabo actos de guerra recayera en el Ejecutivo con el contrapeso (mediante la aprobación de una ley) del Legislativo. Empero, dicho principio no puede seguirse sin límites si de lo que se trata es de salvar vidas o evitar daños materiales mayores. Esto no quiere decir que el Presidente tiene una facultad irrestricta, porque no se pretende justificar el uso de la fuerza sin la aprobación del congreso,³¹ pero debe considerarse la posibilidad de que un ataque cibernético deba realizarse con inmediatez para evitar daños mayores.

2.6. Las empresas atacan

Ahora bien, si el acto de ciberataque es llevado a cabo por empresas sin la autorización u orden del Ejecutivo, no sólo deben analizarse los delitos en

³¹ En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se ha hecho uso de la fuerza contra Somalia, Haití —en dos ocasiones—, Bosnia, Kosovo y Libia durante los últimos 25 años, cuando en realidad es bastante discutible que estuviera en riesgo la seguridad nacional.

los que incurran sus autores, sino en el efecto más delicado de ello: el debilitamiento del Estado —y en especial del Poder ejecutivo— como único ente facultado para llevar a cabo una agresión de esas características.

El siglo XXI muestra que para desplegar un ciberataque se necesita menos personal que para ejecutar un ataque militar tradicional. Asimismo, la proximidad geográfica para realizar un ataque virtual es intrascendente.

El análisis más sencillo es si esos actores privados atacan instituciones o instalaciones en su propio país. La existencia de una guerrilla o grupo revolucionario cibernético debe combatirse con los instrumentos constitucionales y penales con que cuente el Estado, y es claro que en este sentido el Ejecutivo no necesita la aprobación del Legislativo para responder a un ataque, ni para atacar cibernéticamente al grupo revolucionario.

En el ámbito internacional, el Estado tiene la obligación de evitar esos ataques y de buscar a los responsables, porque de lo contrario es responsable ante la comunidad internacional del uso de su infraestructura como lo establece el *Manual de Tallin*,³² e implícitamente, está previsto en los Convenios de Ginebra en los que un país se considera responsable si otro usa su territorio o infraestructura para atacar a un Estado y éste tuvo, o pudo tener, el control o conocimiento de ello.

³² Reglas 5 y 7 del *Manual de Tallin*.

Así, se vuelve una obligación del Estado mexicano evitar el uso de su infraestructura para ataques cibernéticos de otro país, salvo en el caso de que exista autorización para ello por parte del Consejo de Seguridad de la ONU.

Por otra parte, los ataques no sólo se dirigen contra objetivos militares, por lo que debe revisarse el catálogo y prever como un acto de guerra un ataque contra una empresa clave en la economía de un país, aunque ello no conlleve ningún daño material y las consecuencias sean sólo virtuales y económicas.³³

Asimismo, es más discutible la responsabilidad de un Estado cuando sus redes e infraestructura se utilizan como vía para transmitir un ciberataque, como en el caso estonio. El *Manual de Tallin* advierte que no puede responsabilizarse a un país por ello, siguiendo una lógica de que la evolución tecnológica es tal que es casi imposible prever un catálogo exhaustivo de software que funcione como instrumento de *cyber warfare* y que pueda ser detectado al momento en que un robot cibernético transmite el *malware* en Internet, utilizando la infraestructura de un país únicamente como transmisor.

Una vez más, la forma de estudio del ataque cibernético se repliega al análisis de un ataque de guerra física y considera que no debe haber

³³ Un caso que puede ilustrar lo aquí expresado es el hackeo que sufrió en 2014 Sony Pictures, culpándose Corea del Norte por el ataque cibernético. Véase El País, "Obama autoriza sanciones a Corea del Norte tras el ciberataque a Sony", en *El País*, 2 de enero de 2015, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/02/actualidad/1420227417_470414.html, revisado el 1 de marzo de 2016.

responsabilidad del Estado por el que circula el instrumento de guerra cibernético. Piénsese en un misil de largo alcance lanzado desde un Estado A, que circula a través de un Estado B para llegar a un Estado C. La lógica cibernética diría que si en el ejemplo el misil es sustituido por un *malware*, el Estado B no tendría responsabilidad. Sin embargo, no es clara la solución de si ese ataque se prolonga por semanas (piénsese en el caso en el que el misil, no sólo atraviese un Estado, sino que lo recorra por completo durante semanas y el Estado B nada haga al respecto, como sucedió virtualmente en el caso estonio).

Finalmente, se puede decir que, al igual que en los ataques físicos, el concepto de control juega un papel importante. Se trata de determinar si un Estado B pudo o no actuar para evitar que un *malware* “atravesara” su red y atacara a un Estado C.³⁴ Sólo conociendo el caso concreto se puede determinar la responsabilidad de un Estado, sea que el ataque lo lleve a cabo otro Estado o un particular. El problema es igual de grande si lo realiza el Estado o si lo lleva a cabo un particular, pero, en éste último caso, se puede ver superado de forma alarmante ya no en una realidad material, para la que el marco normativo y las instituciones fueron creadas, sino en un plano virtual, en el que un “ISIS cibernético” despliegue de un instrumento de guerra tal que esté fuera del control del Estado donde se origina el ataque, del Estado por cuya infraestructura circula o del Estado atacado.

³⁴ Véase, Margulies, Peter, “Sovereignty and Cyber Attacks: Technology’s challenge to the law of the state responsibility”, en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, No. 496, 2013, pp. 19-21; Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 155. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2557517>, revisado el 28 de febrero de 2016.

La irrupción de actores privados trastoca un principio esencial partir del cual se ha configurado el derecho de guerra, dado que, con la “facilidad” con que se genera un ataque cibernético, se puede afirmar que grupos privados pueden llevar a cabo actos de este tipo independientemente de la voluntad de los Estados de los que son nacionales, convirtiendo la guerra también en un asunto entre particulares, con los Estados como responsables —y a su vez como víctimas—, dado que el poderío económico y militar de algunos agentes privados —piénsese en movimiento fundamentalistas o en el crimen organizado— puede poner en jaque a un Estado que debe evitar su operación en términos de guerra cibernética. Se oficializa un mundo con dos realidades, donde la cibernética es tan importante como la material, la real.

La solución no parece ser otra que adecuar el marco constitucional de una democracia moderna para regular las acciones de los gobiernos en la red, y los ataques cibernéticos en particular. Se trata de un tema que sobrepasa los límites de este trabajo y que implica una reconfiguración del concepto de seguridad nacional. Es necesario dotar al Estado de instrumentos y sanciones que le permitan hacer frente a actores privados que ponen en jaque su seguridad y la de otros países. La seguridad nacional se confunde con la seguridad virtual porque *Stuxnet* probó que lo virtual trascienden al mundo real, también en el plano militar.

3. Conclusiones

Los ataques cibernéticos propios de películas de ciencia ficción son hoy en día una realidad. Deben distinguirse al menos cuatro sujetos que potencial-

mente tienen relación con dichos instrumentos: el Estado atacante, el Estado atacado, la Comunidad Internacional y los entes privados que pueden llevar a cabo operaciones de este tipo.

La guerra ha dejado de ser un asunto entre Estados porque el Internet permite que los entes privados pueden idear y ejecutar ataques hacia otros Estados y empresas particulares, sin importar la voluntad de los Estados. Incluso puede ser que las guerrillas o grupos armados al interior de un país sean sustituidos por grupos de ataque cibernético.

Aunque el escenario es inhóspito, existen ciertos mapas, tanto en el Derecho constitucional como el Derecho internacional, que contienen normas y principios que los Estados deben seguir para llevar a cabo ataques cibernéticos o para repelerlos en el ámbito internacional y nacional. En el plano constitucional, la norma más importante es la relativa a la declaración de la guerra y el uso de la fuerza que necesita la aprobación tanto del Poder ejecutivo como del Poder legislativo. Sin embargo, en casos extremos en donde la seguridad nacional esté en peligro, la inmediatez y la necesidad de repeler un ataque físico o cibernético puede justificar que el Ejecutivo actúe sin la autorización del legislativo aunque el ataque cibernético pueda considerarse un acto de guerra dada su capacidad destructora y los fines que persigue.

A pesar de que la Constitución mexicana y la Ley de Seguridad Nacional no prevén de forma expresa la posibilidad de iniciar o repeler un ataque

cibernético, el orden jurídico sí considera como función del Ejecutivo velar por la seguridad nacional. El Estado encuentra límites y obligaciones constitucionales cuando ataca o repele una operación cibernética, y debe vigilar el uso de su infraestructura para que no sea utilizada en ataques que dañen a terceros. Del control que pueda tener sobre esa infraestructura depende su papel eficaz en la guerra del siglo XXI.

4. Bibliohemerografía

- BRECHER, Aaron, “Cyberattacks and the Covert Action Statute: Toward a Domestic Legal Framework for Offensive Cyberoperations”, *Michigan Law Review*, vol. III, núm. 3, 6 de enero de 2012, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1980976>, revisado el 5 de marzo de 2016.
- BROAD, William, *et al.*, “Israel test on Worn called Crucial in Iran Nuclear Delay”, *The New York Times*, 15 de enero de 2011.
- CASTELLS, Manuel, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.
- O’HARA, Kieron y STEVENS, David, *Inequality.com Power, poverty and the Digital Divide*, Oneworld, Oxford, 2006.
- QUESADA, Fernando, *Sendas de Democracia. Entre la Violencia y la Globalización*, Trotta, Madrid, 2008.

- SCHMITT, Michael (ed.), *Tallin Manual on the International Law applicable to cyber warfare: prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative cyber Defence Center of Excellence*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.
- Consejo Asesor de Google para el derecho al olvido, *Reporte Final*, 6 de febrero de 2015, disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvV0hNbDA/view>, revisado el 28 de mayo de 2015;
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. República Argentina, *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*, 28 de octubre de 2014.
- BBC, “El virus que tomó control de mil máquinas y les ordenó destruirse”, 11/10/2015, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_iwonder_finde_tecnologia_virus_stuxnet, revisado el 1 de marzo de 2016.
- El País, “Obama autoriza sanciones a Corea del Norte tras el ciberataque a Sony”, *El País*, 2 de enero de 2015, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/02/actualidad/1420227417_470414.html, revisado el 1 de marzo de 2016.

- Harvard Law Review, “Google of Spain v. Agencia española de Protección de Datos (May, 13, 2014)”, en *Harvard Law Review*, diciembre de 2014, vol. 128, pp. 734-742.
- House of Lords. European Union Committee, *EU Data Protection law: a ‘right to be forgotten?’*, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldeucom/40/40.pdf>, revisado el 22 de junio de 2015.
- Landler, Mark y Markoff, John, “Digital Fears Emerge After Data Siege in Estonia”, en *The New York Times*, 29 de mayo de 2007.
- Margulies, Peter, “Sovereignty and Cyber Attacks: Technology’s challenge to the law of the state responsibility”, en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, núm. 496, 2013, pp. 19-21; Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 155, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2557517>, revisado el 28 de febrero de 2016.
- RICHARD, Jason, “Denial-of-Service. The Estonian cyberwar and its implications for U.S. National Security”, en *International Affairs Review*, disponible en <http://www.iar-gwu.org/node/65>, revisado el 15 de marzo de 2016.
- SCHAKELFORD, Scott, “From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law”, en *Berkley Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2009.

- *Shea v. Reno*, U. S. District Court 930 F. Supp. 916, 1996;
- Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 26 de Junio de 1997.
- Uscanga, Carlos, “México y Japón después de la declaración del estado de guerra a las potencias del Eje”, *México y la Cuenca del Pacífico*, vol. 16, núm. 48, sep-dic, 2013.
- Washington Post, “U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program”, *The Washington Post*, 7 de junio de 2013, disponible en http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-Internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html, revisado el 13 de septiembre de 2013.

CIBERJUSTICIA: TECNOLOGÍAS E INTERNET PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Rosario Duaso Calés*

Sumario: 1. Introducción 2. Una breve aproximación a la ciberjusticia 3. La ciberjusticia como instrumento de acceso a la justicia. 4. Métodos alternativos de resolución de controversias y tecnologías para la justicia. 5. Conclusión 6. Bibliografía.

Palabras clave: Ciberjusticia; Internet; Tecnologías de la Información y de la Comunicación; *Alternative Dispute Resolution*; *Online Dispute Resolution*; Acceso a la Justicia; Comercio Electrónico; Derecho a la Protección de Datos Personales.

1. Introducción

La llamada ciberjusticia o justicia electrónica representa sin duda una vía que conduce inevitablemente a la modernización de los sistemas de justicia existentes, gracias a la utilización de las Tecnologías de la Informa-

* *Ph.D. in Law* por la Universidad de Montreal y Doctora en Derecho por la Universidad París II Panthéon-Assas (Sorbonne Universités). Profesora y Coordinadora académica del Máster sobre Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información de la Universidad CEU San Pablo de Madrid. Coordinadora académica de la Cátedra *Google* sobre Privacidad, Sociedad e Información de la Universidad CEU San Pablo de Madrid. Investigadora asociada del *Cyberjustice Laboratory* y de la *LexUM Chair on Legal Information* de la Universidad de Montreal, Canadá.

ción y de la Comunicación. Como en otros ámbitos, la irrupción de las herramientas tecnológicas trae como resultado una verdadera revolución que si es gestionada en beneficio del aparato judicial, puede tener un gran impacto en el concepto tradicional de justicia tal y como lo conocemos hasta ahora.

El desarrollo de muchas actividades en el ámbito de Internet, trae como consecuencia la necesidad de concebir un modelo de justicia adaptada de manera óptima a este contexto. La idea de que una controversia que tiene su origen *en línea* puede encontrar igualmente su solución gracias a una herramienta como Internet y a alguna de las modalidades existentes de métodos alternativos de resolución de conflictos, parece responder a una verdadera necesidad que se ha podido identificar en los últimos tiempos, fundamentalmente en el ámbito del comercio electrónico.

El debate sobre cómo el aparato tecnológico puede representar un verdadero cambio de paradigma en el mundo de la administración de justicia no es nuevo, sin embargo, el cuestionamiento sobre cuál debía ser el papel del ordenador y cuál el del Juez, dejaba entrever la importancia de llevar a cabo una profunda reflexión. Como decía P. Català ya en 1998, “el ordenador, la máquina, no debe juzgar, sino que únicamente del principio al final de los procedimientos judiciales, puede liberar al Juez de muchas tareas permitiéndole así consagrarse más y mejor a la única misión que tiene en exclusiva”.¹

¹ CATALÀ, Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, PUF, Paris, 1998, p. 196. (Traducción libre del francés).

Tras un momento en el que el ordenador planteaba diferentes cuestiones en lo relativo a su papel en el campo de la justicia, la llegada de Internet abre una nueva vía de reflexión desde hace varios años.

En el marco de este texto analizaremos algunas de las implicaciones jurídicas que la implantación de proyectos de ciberjusticia pueden traer consigo y todo ello, bajo el marco de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de otros instrumentos normativos nacionales e internacionales que resultan aplicables en este contexto.

2. Una breve aproximación a la ciberjusticia

Las diferentes iniciativas a nivel mundial que han tenido por objetivo modernizar la justicia en los últimos años mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación tenían varios objetivos, entre los que podemos destacar el facilitar y garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Observamos igualmente desde hace un tiempo una creciente *desjudicialización*,² que ha traído como una de sus consecuencias que los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR³ hayan adquirido una gran importancia en este contexto.

² CHEVALLIER, Jacques, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., París, 2004. El autor hace referencia al término *dé-judiciarisation* para hablar de este fenómeno que es observable desde hace unos años.

³ *Alternative Dispute Resolution*.

El uso de instrumentos tecnológicos y el acceso generalizado a Internet han tenido igualmente un innegable impacto en el desarrollo y la implantación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos *online*, ODR.⁴

Asistimos por lo tanto a un fenómeno de desmaterialización de los procedimientos que viene sin duda impuesto por una realidad marcada por la hegemonía de la red, que también se convierte en instrumento para resolver controversias entre partes que en ocasiones se encuentran en países diferentes y que encuentran así una vía para lograr llegar a un acuerdo.

Si bien los términos justicia electrónica, *e-justicia* o ciberjusticia se utilizan indistintamente en este contexto, nosotros haremos referencia únicamente al concepto de ciberjusticia.

Entendemos el concepto de ciberjusticia como el uso y la integración de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en los procesos de resolución de conflictos de forma judicial o extrajudicial.⁵

En el marco de esta concepción, podemos observar igualmente la puesta en red de todos los actores de la cadena de información y de decisión

⁴ *Online Dispute Resolution*.

⁵ Esta es una traducción libre del francés al español de la definición que es utilizada en el marco de los trabajos llevados a cabo por el *Cyberjustice Laboratory*, de la Universidad de Montreal, Canadá: www.cyberjustice.ca.

Esta definición, que es amplia y bastante flexible, nos permite poder estudiar el conjunto de los fenómenos que observamos en la actualidad en el contexto del uso de las tecnologías en el ámbito de la justicia.

en el marco de los procesos judiciales, lo que nos llevaría a hablar de Sistemas Integrados de Información de Justicia o SIJ.⁶

Resulta de vital importancia, como han hecho algunos autores, establecer una clara diferencia entre la naturaleza del uso de las tecnologías de la información en el caso de los Sistemas Integrados de Información de Justicia y en otro diferente, como es el de los modos alternativos de resolución de controversias o ADR.⁷

Cuando nos referimos a los Sistemas Integrados de Información de Justicia, las Tecnologías de la Información y de la Comunicación se utilizan con el objetivo de “modelizar”⁸ los procedimientos judiciales clásicos y de “poner en línea estos procedimientos y las diferentes etapas administrativas propias del sistema judicial”.⁹

En el caso de los métodos alternativos de resolución de controversias en línea u ODR, “las tecnologías sirven para modelizar y poner en línea los procedimientos de negociación, de mediación, de conciliación, de arbitraje y cualquier otro modo de resolución de controversias”.¹⁰

⁶ Esta es igualmente la visión utilizada en los trabajos llevados a cabo por el *Cyberjustice Laboratory* de la Universidad de Montreal, Canadá.

⁷ BENYEKHFLEF, Karim y GÉLINAS, Fabien, *Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice*, Romillat, Paris, 2003, p. 34.

⁸ Se puede usar igualmente la expresión de “elaboración de modelos”.

⁹ *Id.* Traducción libre del francés.

¹⁰ *Id.* Traducción libre del francés.

En cualquier caso, tal y como lo afirman K. Benyekhlef y F. Gélinas, en los dos casos el objetivo es mejorar la gestión de los conflictos disminuyendo los gastos que estos generan y disminuyendo los tiempos de espera que todo procedimiento conlleva.¹¹

Identificamos por lo tanto cómo las tecnologías de la información, mediante diferentes herramientas que se pueden establecer a varios niveles, son capaces de transformar el mundo de la justicia. D. Reiling ha identificado en este sentido tres niveles en los que actúa el aparato tecnológico.

Identifica así una tecnología para lo que esta autora denomina la “trastienda de la oficina”, en la que las tecnologías apoyan los procesos relacionados con la administración de casos, la producción de documentos y la gestión de los tribunales. Esta autora identifica en este ámbito herramientas como el procesador de palabras, la base de datos en general¹² y la base de datos de jurisprudencia en particular.¹³

Esta autora señala igualmente la implantación del aparato tecnológico en la “sala de audiencias”, apoyando todo lo que allí tiene lugar, con tecnologías como cámaras para enfocar pruebas, monitores en el tribunal o amplificadores de sonido.¹⁴

¹¹ *Id.* Traducción libre del francés.

¹² REILING, Dory, “E-Justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa”, en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de la justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergen (comp.), II Justicia, Buenos Aires, 2011, pp. 83-119, p. 85.

¹³ *Id.*, p. 86.

¹⁴ *Id.*, p. 88.

Para terminar, las tecnologías tienen por vocación el operar en lo relativo a lo que D. Reiling denomina la “comunicación externa”,¹⁵ sirviendo de apoyo para poder comunicar con los interesados y con el público en general fuera de los tribunales.

Es lo que esta autora denomina “tecnología de la información en redes”, que incluye por ejemplo el correo electrónico, la posibilidad de compartir documentos, aplicaciones colaborativas y de audio, así como las video-conferencias.¹⁶

Sin embargo, al hablar de ADR en el sentido clásico, nos referimos por ejemplo a un procedimiento de mediación o de arbitraje y con ello, nos encontramos en el exterior de los tribunales, en el ámbito de lo extra-judicial y, por lo tanto, lejos de la sala de audiencia.

Las tecnologías de la información e Internet facilitan el funcionamiento de los métodos de resolución de controversias en línea, ODR, muchas veces a través de portales o plataformas que dan acceso a estas herramientas que funcionan a través de programas, aplicaciones o *software* concebidos para prestar estos servicios.

A partir del 15 de febrero de 2016 se puede acceder a los servicios que ofrece la *Online Dispute Resolution Platform*¹⁷ multilingüe, desarrollada

¹⁵ *Id.*, p. 85.

¹⁶ *Id.*, p. 90.

¹⁷ Cfr: <https://webgate.ec.europa.eu/odr>

por la Comisión Europea, que ofrece a consumidores y empresas que operan en el ámbito del comercio electrónico una vía para encontrar solución a los conflictos en los que se vean involucrados.

Esta plataforma para la resolución de litigios en línea reúne los servicios de diferentes organismos de resolución de litigios de los diferentes países de la Unión Europea, que han sido verificados para comprobar que reúnen ciertas normas que la Plataforma establece y que están registrados ante las autoridades nacionales competentes en cada estado miembro de la Unión Europea.

Este instrumento se creó para dar respuesta a legislación específica de la UE en la materia, en concreto, el Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo de 2013, el Reglamento de Ejecución de 2015¹⁸ y la Directiva sobre Resolución alternativa de litigios para los consumidores de 2013.¹⁹

¹⁸ Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. OJL 165, 18.6.2013, p. 1.

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) no. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. OJ L 171, 2.7.2015, pp. 1-4.

¹⁹ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). OJL 165, 18.6.2013, pp. 63-79.

Podemos, por lo tanto, en el momento actual, identificar el impacto tecnológico tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial a nivel global. En el marco de este artículo procederemos a examinar cómo se presentan estos fenómenos en el contexto mexicano e internacional con el objetivo de profundizar en ciertas disposiciones que encuentran aplicación en este contexto.

3. La ciberjusticia como instrumento de acceso a la justicia

El artículo 17 párrafo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁰ establece que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

Observamos en esta disposición, en un primer lugar, cómo el derecho de acceso a la justicia es reconocido por el texto constitucional. El acceso a la justicia lleva consigo unas exigencias muy claras y perfectamente definidas, obligando a los tribunales a ser expeditos dictando sus sentencias de manera pronta.

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF* 5 de febrero de 1917, Última modificación *DOF* de 29 de enero de 2016.

El papel de las tecnologías de la información en tal contexto resulta fundamental y las soluciones o aplicaciones de ciberjusticia, tal y como han afirmado numerosos expertos en la materia, tienen una incidencia directa y clara a este nivel.

Más concretamente, podemos identificar en primer lugar cómo el uso de las tecnologías en el ámbito judicial puede tener una clara incidencia en la reducción sustancial de las barreras tradicionales que impiden o dificultan el acceso a la justicia.

Así, podemos pensar en cómo el aparato tecnológico puede servir, por ejemplo, para minimizar las dificultades que puedan resultar del alejamiento geográfico²¹ de aquella población que viva en zonas aisladas a gran distancia de las Cortes y Tribunales que se encuentran normalmente situados en las grandes ciudades y en la capital del país, ya que ahora podrían realizar muchos de los trámites gracias a Internet.

Otro ejemplo que ilustra la existencia de múltiples barreras es aquel que encuentra su origen en la lengua,²² y que puede verse superado gracias a la instalación de las tecnologías que permiten los servicios de traducción simultánea en los Tribunales o en las plataformas de ODR multilingües.

²¹ REILING, Dory, *Technology for Justice, How Information Technology can support Judicial Reform*, Leiden University Press, Ámsterdam, 2009, p. 167.

²² *Id.*

El acceso, gracias a Internet, de todo tipo de información de carácter jurídico relativo a la legislación, al procedimiento o a la jurisprudencia tiene un efecto directo, igualmente minimizador, en aquellas barreras que puedan existir provocadas por la falta de conocimiento de un proceso judicial complejo o de cualquier tipo de información de tipo judicial que exista o haya existido en el pasado para ciertos colectivos.²³

Cabe mencionar, sin embargo, cómo la cuestión del acceso a la información judicial gracias a las tecnologías de la información y como consecuencia de una difusión proactiva en la red, no está exenta de complejidad, lo cual es inherente al propio proceso judicial “a la luz del principio de publicidad”.²⁴

Cuando algunos expertos se preguntan sobre el verdadero impacto de la tecnología al analizar si los “signos distintivos” del poder judicial se ven en cierto modo amenazados por la llamada justicia virtual o ciberjusticia, es interesante ver cómo es en lo relativo al ámbito de la publicidad de los procesos judiciales donde realmente se puede identificar un verdadero cambio: “se puede constatar por ejemplo que la cuestión del acceso al público de las informaciones de naturaleza judicial, lo cual era algo que se daba por supuesto, adquiere un nuevo aspecto en el contexto de la consulta a

²³ *Id.*, p. 168.

²⁴ CABALLERO, José Antonio, “Acceso a la información Judicial”, en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de la justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergen (Compil.), IJusticia, Buenos Aires, 2011, pp. 147-160, p. 158.

distancia y a gran escala que es posible gracias a la informatización de las informaciones ligada a Internet”.²⁵

Observamos cómo en la Constitución mexicana se proyecta un ideal de justicia caracterizado por su rapidez, respondiendo a las necesidades de los ciudadanos de manera pronta y expedita.

Es común a la mayoría de nuestros sistemas judiciales la búsqueda permanente de una respuesta por parte de los Jueces y tribunales mucho más rápida, que traiga consigo la obtención de una sentencia acorde a los criterios de exhaustividad e imparcialidad que también la Constitución mexicana apunta de forma explícita. No cabe duda de que la respuesta tecnológica puede ser definitiva, fundamentalmente en lo relativo a acortar los tiempos de obtención de una sentencia, y a que en general, los diferentes trámites que comporta todo proceso judicial se realicen lo más rápidamente posible.

Sin embargo, no podemos dejar de lado una idea que adquiere una gran importancia en este contexto, ya que la virtualización de la justicia constituye en sí misma una oportunidad única para reflexionar sobre la verdadera adecuación del procedimiento judicial a los objetivos que se persiguen, así como una gran ocasión para revisar la pertinencia de ciertos usos

²⁵ GÉLINAS, Fabien. “État de droit et justice virtuelle”, en *État de droit et virtualité*, K. Benyekhlef y P. Trudel (Dir.), Éd. Thémis, Montreal, 2009, p. 309. Traducción libre del francés.

y costumbres en un campo claramente caracterizado por el apego a formalismos y tradiciones.²⁶

Dicho de otro modo, siguiendo en esta línea de pensamiento, esta transformación de la justicia tradicional gracias al uso de la tecnología y de Internet permite “repensar” el proceso judicial y no caer en el error de querer pasar a lo virtual o a lo electrónico todo lo que comporta el proceso como lo conocemos hasta ahora, ya que siempre que las exigencias legales lo permitan, lo ideal sería prescindir en un futuro de todos aquellos aspectos que no aportan nada al procedimiento y ralentizan la justicia.

El ámbito de la justicia que es esencialmente formalista puede tener una gran oportunidad de dejar aquellos aspectos superfluos fuera del nuevo escenario de la ciberjusticia, superando gracias al aparato tecnológico un modelo que, como sabemos, puede ser mejorado en muchos aspectos, realmente innovando y no únicamente replicando.

En este sentido, para algunos se trataría incluso de repensar el propio derecho procesal, revisando por lo tanto las práctica judiciales y extrajudiciales siempre desde el respeto de los derechos fundamentales, “elaborando nuevos modelos procesales fundamentados en la integración de las tecnologías de la información y de la comunicación”.²⁷

²⁶ *Id.*

²⁷ En este sentido avanzan los trabajos del *Cyberjustice Laboratory* de la Universidad de Montreal, en el cual se analizan en profundidad igualmente los “rituales” que comporta la justicia, para ver cómo

Podemos identificar desde hace algunos años cómo ciertos instrumentos normativos impulsan algunos cambios que introducen a las tecnologías en el escenario judicial, respondiendo así al llamado “principio de equivalencia funcional”²⁸ entre un documento papel y un documento electrónico.

En el caso mexicano la nueva Ley de amparo²⁹ eleva el grado de eficacia y de rapidez de la justicia ya que simplifica, agiliza y moderniza ciertos trámites, al permitir la presentación de la demanda de amparo en línea mediante firma electrónica. Tenemos aquí igualmente otra ilustración de normas que contribuyen a la implantación de elementos propios de la ciberjusticia en el ámbito judicial.

Así, el artículo 3o. de la nueva Ley de amparo mexicana establece que “los escritos en forma electrónica se presentarán mediante el empleo de las tecnologías de la información, utilizando la Firma Electrónica conforme la regulación que para tal efecto emita el Consejo de la Judicatura Federal”.

puede conseguirse que la integración del aparato tecnológico en el ámbito de la justicia se haga en el respeto de estos rituales. Para conocer más: <http://www.cyberjustice.ca/projets/vers-la-cyberjustice/>

²⁸ Este principio de equivalencia funcional ha sido reconocido por numerosos textos legales de diferente naturaleza a nivel internacional.

Podemos citar a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, sobre Comercio electrónico que ya en 1996 reconocía este principio con el objetivo de equiparar las comunicaciones electrónicas a las comunicaciones papel, cuando éstas reúnan ciertos requisitos.

Ver: Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, sobre Comercio Electrónico del 12 de junio de 1996, junto con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

²⁹ Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013.

Este artículo establece que “la Firma Electrónica es el medio de ingreso al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación y producirá los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, como opción para enviar y recibir promociones, documentos, comunicaciones y notificaciones oficiales, así como consultar acuerdos, resoluciones y sentencias relacionadas con los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales”.

Además, esta disposición hace referencia a una cuestión importante, ya que obliga a que “en cualquier caso, sea que las partes promuevan en forma impresa o electrónica, los órganos jurisdiccionales están obligados a que el expediente electrónico e impreso coincidan íntegramente para la consulta de las partes”. Es necesario por lo tanto que los diferentes soportes de la información no difieran y que, con independencia del modo de acceder a la misma, exista una total coincidencia en el contenido de todos los documentos de cualquier naturaleza.

Constatamos por lo tanto cómo el legislador mexicano establece este principio de equivalencia funcional entre el documento papel y el documento electrónico y atribuye a la firma electrónica los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa siempre que se respeten ciertas condiciones.

En la Ley de amparo mexicana vemos cómo la opción adoptada es que, en todo caso, en los supuestos en los que se haya optado por el uso de la tecnología o no, el órgano judicial debe hacer coincidir la versión papel

y la versión electrónica íntegramente a fines de consulta ulterior por las partes.

Este tipo de medidas que introducen el uso de las tecnologías de la información en el ámbito judicial y que permiten a los ciudadanos su uso en ciertos trámites judiciales pueden tener sin duda un impacto positivo en el funcionamiento del aparato judicial y del acceso a la justicia. Para algunos expertos el poder presentar electrónicamente ciertos documentos en un procedimiento judicial va a contribuir a agilizar la resolución de los casos.³⁰

En todo caso, el ciudadano tiene la posibilidad de hacer uso de la tecnología en el marco de esta ley, pudiendo elegir entre esta novedosa opción o recurrir al modo tradicional basado en el papel, lo cual deja al ciudadano una verdadera libertad a la hora de actuar frente a la justicia.

Por otro lado, si bien podemos afirmar que aceptar por parte de un tribunal un documento electrónicamente, puede conllevar ahorrar en tiempo y esfuerzo,³¹ aceptando lo que algunos denominan el *e-filing*, en muchos casos esto no quiere decir que se elimine “la obligación de que sea acompañada la versión en papel o que el mismo tribunal imprima una versión en papel de la versión electrónica interpuesta”.³²

³⁰ WALSH, Barry, “Proyectos de e-justicia: distinguiendo entre mitos y realidades”, en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de la justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergen (comp.), II Justicia, Buenos Aires, 2011, pp. 55-80, p. 59.

³¹ *Id.*

³² *Id.*, p. 60.

Identificamos igualmente la coexistencia en todo caso del universo papel y del universo electrónico en el ámbito judicial, lo cual nos lleva a reflexionar sobre lo que en algunos países se ha llamado la Reforma del “Papel Cero” o el “Tribunal Cero Papel” como meta a alcanzar en el futuro, en un contexto de justicia totalmente electrónica que funcione únicamente por vía telemática y que idealmente no comporte la duplicidad de los trámites.

En todo caso, observamos igualmente cómo en los últimos años se ha buscado la implantación de un sistema de justicia moderno y encontramos en este sentido textos que, de forma concreta, describen cómo es el modelo que se encuentra en el origen de esta reforma, como en México en el que el *Nuevo Sistema de Justicia* “se caracteriza por la oralidad, transparencia, mediación, conciliación, reparación del daño y por garantizar los derechos humanos tanto de la víctima como del imputado”.³³

Por otro lado, se hace referencia explícita a la importancia de recurrir a los medios alternativos de solución de conflictos en este nuevo modelo de sistema judicial y para garantizar el acceso a la justicia, al establecerse que “en este sistema existen medios alternativos de solución de conflictos que permiten descongestionar el Sistema Penal, hacer eficiente el uso de recursos y generar condiciones para un adecuado acceso a la justicia”.³⁴

³³ *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, Gobierno de la República, Estados Unidos Mexicanos, 2013, p. 35. Disponible en: <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>

³⁴ *Id.*

Constatamos por lo tanto cómo los ADR están en el centro del nuevo modelo de justicia y se identifican como un instrumento cuya implantación tendría un triple efecto a varios niveles, ya que se podría descongestionar la justicia en el ámbito penal, se alcanzaría un grado de eficacia mayor en el uso de los recursos y finalmente, su implantación podría contribuir a garantizar el acceso a la justicia.³⁵

Identificamos por lo tanto, en el ámbito mexicano y en un plano más general, cómo la ciberjusticia, por un lado introduciendo el uso de la tecnología en el procedimiento y, por otro, impulsando el recurso a los métodos alternativos de solución de conflictos y a los ODR, juega un papel fundamental para garantizar un adecuado acceso a la justicia.

4. Métodos alternativos de resolución de controversias y tecnologías para la justicia

Tal y como hemos estudiado en las líneas anteriores, estos medios alternativos de resolución de conflictos pueden tener un efecto directo en un mayor y mejor acceso a la justicia. Identificamos así una variedad de modalidades que permiten dar solución a los diferentes litigios según las necesidades concretas.

³⁵ *Id.*

La Negociación, la Conciliación extrajudicial, la Mediación y el Arbitraje son algunos de los modos de resolución de conflictos³⁶ que contribuyen al fenómeno de la desjudicialización, actuando a varios niveles.³⁷ Hablamos en este sentido de *Alternative Dispute Resolution* o ADR como medios que permiten llegar a la solución de un conflicto, en un contexto en el que el medio utilizado no es el de Internet y en el que no se recurre al uso de las tecnologías de la información.

Sin embargo, observamos cómo estos medios conjugados al uso de tecnologías específicas y gracias a la Red, y en concreto mediante los ODR, se convierten, en los últimos años, en los mejores métodos para responder a las necesidades específicas de Internet, pudiendo dar respuesta a toda controversia que pueda tener su origen en operaciones realizadas *online*.

³⁶ Cabe mencionar que en el contexto mexicano, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, establece como métodos alternativos la Mediación, la Conciliación y la Junta Restaurativa.

Véase la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, Publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 2014.

³⁷ BUENROSTRO, Rosalía, PESQUERA, Jorge y SOTO, Miguel Ángel, *Justicia alternativa y sistema acusatorio*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2012, pp. 221-222. <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Justicia-alternativa-y-el-sistema-acusatorio.-Buenrostro-Baez-Pesqueira-Leal-Soto-Lamadrid.pdf>

En este documento se establece concretamente: “La desjudicialización como principio para hacer frente a los conflictos derivados de la comisión del ilícito penal, sustenta la aplicación de los mecanismos alternativos de justicia desde tres niveles: uno, en la fase inicial tanto de prevención como de investigación del delito; dos, en la fase jurisdiccional y, tres, en la fase de ejecución de sanciones, con objetivos tan claros como prevenir el delito; no hacer llegar a juicio al inculpaado; reparar el daño a la víctima; interrumpir la continuación del proceso judicial; suspender la ejecución de la sentencia; reeducar y reinsertar socialmente al ofensor, así como sustituir, modificar y hasta suprimir las medidas sancionadoras impuestas”.

Por lo tanto, asistimos a una desmaterialización de los procedimientos judiciales pero, igualmente, a un desarrollo creciente del desarrollo en línea de estos métodos alternativos, como puedan ser la mediación o el arbitraje. Analizaremos esta cuestión para comprender así el papel que la tecnología puede jugar en este contexto.

4.1. Los métodos alternativos de resolución de controversias

Estudemos ahora cómo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos enmarca el uso de estos métodos alternativos de solución de conflictos, ya que la Reforma constitucional del 18 de junio del 2008 modificó el artículo 17, que ha sido objeto de varias reformas,³⁸ introduce una mención expresa a los mismos.

El artículo 17 de la Constitución Política que ha sido objeto de reforma, establece en su párrafo 4 que: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Resulta muy interesante examinar cómo es la jurisprudencia, la que en muchos casos ha ido contribuyendo a determinar cuál es el alcance de

³⁸ Ver sobre dichas reformas http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

los métodos alternativos de solución de conflictos.³⁹ Es significativa aquella jurisprudencia que hace referencia al papel que el Juez juega en los casos en que los litigios se puedan resolver mediante estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, afirmando que el proceso es una forma más de resolver los mismos:

[...] la posibilidad de que los conflictos también puedan resolverse mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley, se sigue que, corresponde al Juez de la causa proveer lo conducente, hasta antes de cerrada la instrucción, para que las partes acudan ante el Instituto de Justicia Alternativa para el Estado de Jalisco, al establecerse en los mecanismos referidos la idea de que éstas son las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un amplio catálogo de posibilidades, en las que el proceso es una más; en el entendido de que los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales, las personas puedan resolver sus controversias, sin la intervención de una autoridad jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), la mediación, la conciliación y el arbitraje (heterocomposición).⁴⁰

³⁹ Tesis PC. III. P J/1 P(10a). MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE NATURALEZA PENAL. CORRESPONDE AL JUEZ DE LA CAUSA PROVEER LO CONDUCENTE HASTA ANTES DE CERRAR LA INSTRUCCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Plenos del Circuito, Jurisprudencia Penal, décima Época, 30 de mayo de 2014, *Semanario Judicial de la Federación*, Reg. IUS 2006554.

⁴⁰ *Id.*

Vemos, igualmente, cómo el Juez nos recuerda algunas de las consideraciones que retoma la Exposición de motivos de la Reforma Constitucional del artículo 17 de la Constitución que expone que “los mecanismos alternativos de solución de controversias son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita que permiten, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propician una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo”.⁴¹

Esta tesis jurisprudencial retoma igualmente una idea central que expone la citada Exposición de Motivos, que sitúa a los ADR en el mismo plano constitucional que la tutela judicial: “ante tal contexto normativo, se concluye que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternativos de solución de controversias se establecen en un mismo plano constitucional y con igual dignidad, además de que tienen como objeto una finalidad idéntica, que es, resolver hasta antes de cerrar la instrucción los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley”.⁴²

Además, el artículo 18 dispone en su párrafo sexto, refiriéndose a la justicia para adolescentes, que “las formas alternativas de justicia deberán

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente [...]”, con lo que el legislador contribuye a evitar que los adolescentes deban enfrentarse al sistema judicial con todo lo que ello implica, pudiendo sin embargo optar por la solución de los conflictos en los que se vean implicados, mediante los métodos alternativos de resolución de controversias.

Se trata de una medida que persigue, por lo tanto, la desjudicialización de un ámbito concreto y limitado, respondiendo así a las exigencias que se derivan de la sensibilidad y vulnerabilidad de un colectivo que, como otros, puede encontrar en esta vía una solución adaptada y satisfactoria a los conflictos en los que se vean involucrados.

Son múltiples los ámbitos en los que el legislador, atendiendo a las particularidades de cada ámbito del Derecho y privilegiando la solución de las controversias de forma extrajudicial, establece la posibilidad de recurrir a estos mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Observemos de nuevo cómo en el ámbito mexicano y en el contexto determinado del derecho a la protección de datos personales se hace referencia en concreto a la conciliación entre el titular de los datos y el responsable en el artículo 54 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares.⁴³

⁴³ Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares, Nueva Ley publicada en el *DOF* el 5 de julio de 2010.

El Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales⁴⁴ en posesión de los particulares establece en su artículo 120 de forma detallada las modalidades y formalidades que deberán observarse en el caso de conciliación en el ámbito del derecho a la protección de datos.

Observamos así que en este contexto concreto se contempla la resolución de controversias y se hace referencia expresa a la conciliación. El legislador mexicano ha previsto en el citado Reglamento que esta conciliación pueda llevarse a cabo mediante medios electrónicos: “la conciliación podrá celebrarse presencialmente, por medios remotos o locales de comunicación electrónica o por cualquier otro medio [...]”. Constatamos entonces cómo para este ámbito en específico está previsto que toda controversia relacionada con el derecho a la protección de datos pueda resolverse mediante un método alternativo como la conciliación y además ésta pueda desarrollarse electrónicamente si así lo deciden las partes.

Resulta evidente que en aquellos conflictos que puedan tener su origen en actividades realizadas en Internet, como en el ámbito del comercio

El artículo de esta Ley 54 dispone: “El Instituto podrá en cualquier momento del procedimiento buscar una conciliación entre el titular de los datos y el responsable.

De llegarse a un acuerdo de conciliación entre ambos, éste se hará constar por escrito y tendrá efectos vinculantes. La solicitud de protección de datos quedará sin materia y el Instituto verificará el cumplimiento del acuerdo respectivo.

Para efectos de la conciliación a que se alude en el presente ordenamiento, se estará al procedimiento que se establezca en el Reglamento de esta Ley”.

⁴⁴ Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares, Nuevo Reglamento publicado en el *DOF* el 21 de diciembre de 2011.

electrónico, estos métodos adquieren una importancia vital si también se desarrollan *online*. Los llamados *Online Dispute Resolution* adquieren cada vez una mayor importancia en un mundo cada vez más digital y globalizado, en el que Internet y las tecnologías de la información resultan las vías fundamentales para resolver muchos tipos de controversias.

4.2. Tecnologías e Internet para la resolución de controversias: Online Dispute Resolution

Observamos cómo, en muchos países, se desarrollan plataformas que, gracias a innovaciones tecnológicas que permiten la resolución de litigios en línea, abren la posibilidad de que muchas de las controversias que surgen de operaciones realizadas en Internet se resuelvan satisfactoriamente de forma extrajudicial.⁴⁵

La resolución de los conflictos en línea, gracias a la existencia de plataformas accesibles en Internet, hace posible la solución extrajudicial de aquellas controversias que, en la mayoría de los casos, por su valor poco elevado no compensa llevar ante los tribunales.

El ejemplo paradigmático es el de los litigios que surgen del comercio electrónico ya que, de forma general, las operaciones comerciales electróni-

⁴⁵ Ver sobre el desarrollo de las ODR en México: NAVA GONZÁLEZ, Wendolyne y BRECEDA PÉREZ, Jorge Antonio, "México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, México, ene./dic. 2015.

cas pueden derivar en conflictos de baja cuantía y, en muchas ocasiones, al tratarse de conflictos de baja intensidad no demasiado complejos, pueden encontrar una solución mediante estas plataformas *online*.

Resultan éstas una herramienta de acceso a la justicia de especial utilidad para los consumidores⁴⁶ que ven cómo pueden optar a una vía extrajudicial para resolver sus controversias con los comerciantes, lo cual no les impide acudir posteriormente a los tribunales si fuera necesario.

Podemos observar cómo estos mecanismos sirven para encontrar solución a controversias, no solamente relacionadas con el comercio electrónico, sino que su uso también es importante cuando se trata de conseguir encontrar una solución en el ámbito de los nombres de dominio en Internet, en el de las cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad intelectual y de los derechos de autor, en el ámbito de la red o en el de las subastas de productos a través de Internet.

Lo que conocemos como ODR resultó en un principio de la necesidad de resolver los conflictos que surgían en el ciberespacio, y su desarrollo se basó en la idea de que estos medios de resolución de controversias, que también se desarrollaban en el mismo medio, resultaban necesarios y apropiados en dicho contexto.⁴⁷

⁴⁶ Véase sobre esta cuestión, BENYEKHFLEF, Karim “ La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne ”, en Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Yvon Blais, Cowansville, 2010, pp. 89-117.

⁴⁷ RABINOVICH-EINY, Orna y KATSH, Ethan, “Technology and the Future of Dispute Systems Design”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 17, primavera, 151-1999, 2012, p. 164.

La *ODR Platform*, desarrollada por la Comisión Europea, a la que hemos hecho referencia en las líneas anteriores, representa al día de hoy un claro ejemplo de puesta a disposición de compradores y comerciantes de un instrumento que ofrece mediante soluciones tecnológicas la posibilidad de llegar a un acuerdo para resolver los conflictos derivados de las actividades realizadas en la red.

Este instrumento responde claramente a una política a nivel europeo que tiene por objetivo el potenciar la resolución de las controversias derivadas de las operaciones comerciales electrónicas por la vía extrajudicial y en Internet.

Hemos podido observar en los últimos años cómo el desarrollo del comercio electrónico, y de las operaciones realizadas en Internet en general, guarda una estrecha relación con el grado de confianza del comprador o del utilizador en los negocios o actividades que realiza en línea. Esta confianza se ve reforzada con la existencia y la disponibilidad de medios que permitan de forma fácil, rápida, segura y económica la resolución de los conflictos que puedan surgir de las operaciones realizadas *online*.

Es interesante ver, de igual forma, cómo en muchas ocasiones las plataformas que hacen posible el acceder a mecanismos electrónicos de resolución de conflictos ofrecen más de una opción al integrar múltiples fórmulas o procesos en varias etapas, como pueden ser la negociación, seguida de la mediación y, en último lugar, la transferencia mediante medios

electrónicos de todo el *dossier* generado y de ciertas informaciones almacenadas por el tribunal competente si fuera necesario.⁴⁸

Por otro lado, dependiendo del tipo de controversia, existen varias modalidades que pueden ser adoptadas en el marco de las ODR, tal y como sucede en el ámbito de la resolución alternativa de controversias *off line*, ya que las plataformas que ofrecen soluciones basadas en las ODR pueden estar sustentadas en lo que podemos denominar un intermediario humano o pueden únicamente poner frente a frente a las dos partes en un procedimiento totalmente automatizado.⁴⁹

Aunque las ventajas de las ODR son innegables, además resulta necesario en muchos casos establecer la obligatoriedad de acceder a estos medios electrónicos extrajudiciales antes de acudir a los Tribunales en los casos en los que las partes no hayan encontrado una solución satisfactoria para la resolución de la controversia.

⁴⁸ Tal es el caso, por ejemplo, de la Plataforma PARLe, creada por el *Cyberjustice Laboratory* de la Universidad de Montreal, destinada a resolver los conflictos entre consumidor y comerciante.

Este proyecto explora el potencial de las tecnologías para la resolución de conflictos de baja intensidad, disminuyendo los gastos y los tiempos de espera para obtener una solución a las controversias.

Para conocer más: <http://www.cyberjustice.ca/actualites/2014/08/22/presentation-de-parle/>
⁴⁹ *Access to Justice and the Internet: potential and challenges*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 13918, 10 de noviembre de 2015, p. 5.
<http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20151026-InternetAccess-FR.pdf/8d3c44d4-da6c-4dac-ab15-94dc1fcc5d48>

Como hemos podido analizar, el uso de las tecnologías e Internet contribuyen a que sean muchas las ventajas de las ODR, como la rapidez, la reducción de costes o la posibilidad de poder recurrir a estos mecanismos aunque que las partes se encuentren en lugares geográficamente alejados o hablen lenguas diferentes.

Sin embargo, el uso de la red y el componente tecnológico hace que existan algunos riesgos inherentes a las ODR que no podíamos identificar en el contexto de las ADR. Sin lugar a dudas, uno de los riesgos más significativos es aquel relativo a la protección de los datos personales que son almacenados por las plataformas de ODR tras los intercambios entre las partes y que son contenidos en los documentos que componen el *dossier* correspondiente a cada caso.

De forma general, el acceso a una plataforma de ODR implicaría el tratamiento de ciertos datos personales, lo que conllevaría la necesidad de establecer las medidas necesarias para que no se vea vulnerado, en ningún caso, el derecho a la protección de datos.

Los trabajos recientes del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a cargo de la Solución de Controversias en Línea, hacen referencia expresa a “la importancia de las normas de seguridad del intercambio de datos para los proveedores

de servicios ODR”, y a que la seguridad de los datos es un elemento importante de la “confidencialidad”.⁵⁰

Son múltiples las aplicaciones o funcionalidades que identificamos en el ámbito de la ciberjusticia que comportan riesgos en lo relativo a la privacidad, ya sea en lo referente al uso de las tecnologías en los juzgados y tribunales o en el del acceso a la información judicial por Internet. Es precisamente en el contexto de las bases de datos de jurisprudencia y de información judicial en el cual se analizan, desde hace ya varios años, los riesgos que comporta la difusión por Internet de información sensible, que en el pasado era consultada en formato papel y sin la ayuda de los motores de búsqueda accesibles en Internet.

Las posibilidades que ofrecen los motores de búsqueda hacen que el concepto de publicidad de las sentencias judiciales se vea transformado respecto del pasado a consecuencia del acceso permanente y durante un periodo de tiempo indefinido de los datos personales que éstas contienen.⁵¹ En este sentido, medidas como la anonimización de las sentencias o el uso de herramientas tecnológicas que impiden la indexación por los motores de búsqueda han sido adoptadas con el objetivo de reducir los riesgos

⁵⁰ A/CN.9/868—Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33o. periodo de sesiones (Nueva York, 29 de febrero a 4 de Marzo de 2016), p. 5.

⁵¹ DUASO CALÉS, Rosario, “Regulación europea sobre difusión de la jurisprudencia en Internet”, en Carlos G. GREGORIO y Sonia NAVARRO SOLANO (coords.), *Internet y sistema judicial en América Latina, Reglas de Heredia, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2004, pp. 251-278.

que en materia de privacidad presenta la ciberjusticia en este ámbito específico.

Cuando se trata de analizar los riesgos que se presentan con el uso de las diferentes tecnologías en el ámbito de los juzgados y tribunales, o cuando se permite el acceso a documentos o pruebas relativas a un proceso judicial de forma telemática, vemos cómo ciertas medidas han de ir encaminadas a que la información se proteja conforme a los principios de protección de datos.⁵²

El éxito de las diferentes aplicaciones de la ciberjusticia depende en gran medida de la confianza que las partes, los testigos, los Jueces y los demás profesionales del mundo del derecho tengan en su funcionamiento y, para ello, las tecnologías deben ser concebidas de forma que los derechos y principios sean respetados desde su creación y en todo momento durante su funcionamiento.

Los principios del *Privacy by Design*, y del *Privacy by Default*, que reconoce en su artículo 25 el recién adoptado Reglamento general europeo de protección datos,⁵³ pueden contribuir, sin duda, a que todas las tecnologías

⁵² Véase sobre este tema: DUASO CALÉS, Rosario, "Justicia electrónica y Privacidad: nuevas pistas de reflexión sobre la cuestión de la protección de los datos personales y la publicación de las sentencias judiciales en Internet", en *Buenas Prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergren (comp.), IIJusticia, Buenos Aires, 2011, pp. 181-195.

⁵³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

implementadas en el ámbito de la ciberjusticia respeten de forma eficaz y permanente el derecho a la protección de los datos personales de los titulares de los mismos implicados en todo procedimiento judicial o extrajudicial.

Si la privacidad está integrada desde el momento de la concepción de toda tecnología, y si la propia solución tecnológica o aplicación utilizada en el ámbito de la justicia protege por defecto los datos personales, se están reduciendo de forma significativa los riesgos que el uso de las plataformas o aplicaciones electrónicas disponibles en línea puedan presentar en lo relativo a la protección del derecho a la protección de los datos personales.

La plataforma europea que permite la resolución de litigios en línea recoge ciertas informaciones de carácter personal necesarias para el desarrollo de las ODR que ofrece y, en consecuencia, establece cómo se tratan los datos personales de comprador y vendedor cuando éstos deciden resolver sus controversias en línea a través de esta plataforma, indicando cómo ambos pueden ejercer los derechos al respecto.

En el contexto de las ODR, el reto que se nos presenta en lo relativo a la protección de los datos personales es significativo, ya que los desafíos jurídicos que plantean ciertas innovaciones tecnológicas accesibles en línea han de ser analizados en un contexto novedoso y de vital importancia para el éxito de las transacciones electrónicas y del comercio electrónico en general.

5. Conclusión

En el ámbito de la justicia, la innovación tecnológica y el uso de Internet en las aplicaciones de ciberjusticia hacen posible nuevas vías para la solución de las diferentes controversias, de una forma más rápida, económica y eficaz que en el pasado.

Hemos identificado diferentes aplicaciones de ciberjusticia y disposiciones normativas en vigor en diferentes ámbitos territoriales que hacen referencia a los avances que existen en este campo. Tanto en el caso mexicano como en muchos otros, comprobamos la constante evolución en la que se encuentra este ámbito que, sin duda, conocerá un mayor desarrollo tanto en el sistema judicial que sufre una verdadera metamorfosis, como en el ámbito de las ODR, cada vez más necesarias y pertinentes en el contexto del uso de Internet.

La introducción del aparato tecnológico en los juzgados y tribunales, y la resolución *online* de los diferentes conflictos que se generan en Internet en su mayoría, presentan posibilidades óptimas para la mejora tanto en el ámbito judicial, como en el extrajudicial a nivel internacional.

La resolución extrajudicial de todo tipo de conflicto, mediante los métodos alternativos “tradicionales”, así como gracias a aquellos que encuentran una solución en línea mediante plataformas y aplicaciones adaptadas

a este contexto ofrecen a las partes una posibilidad de resolver sus controversias antes de acudir a los órganos jurisdiccionales.

Si bien, las ventajas y posibilidades de las aplicaciones de ciberjusticia son importantes y numerosas, tal y como hemos podido analizar en las líneas anteriores, el riesgo de carácter tecnológico también debe ser considerado con el objetivo de crear confianza en las partes y en los profesionales del mundo del derecho.

Uno de los riesgos asociados al uso de la tecnología en el ámbito judicial y extrajudicial es la posible vulneración del derecho a la protección de datos como consecuencia del no respeto de las leyes en la materia. Ciertas medidas encaminadas a minimizar este riesgo y proteger de forma efectiva este derecho fundamental pueden contribuir efectivamente al éxito de las aplicaciones de ciberjusticia en el momento actual y en el futuro.

6. Bibliografía

6.1. Doctrina

- BENYEKHLEF, Karim y GÉLINAS, Fabien, *Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice*, Romillat, Paris, 2003.
- BENYEKHLEF, Karim, “La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne”, en Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des*

consommateurs à la justice, Yvon Blais, Cowansville, 2010, pp. 89-117.

- BUENROSTRO, Rosalia, PESQUERA Jorge y SOTO Miguel Ángel, *Justicia alternativa y sistema acusatorio*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2012. <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Justicia-alternativa-y-el-sistema-acusatorio.-Buenrostro-Baez-Pesqueira-Leal-Soto-Lamadrid.pdf>
- CABALLERO, José Antonio, “Acceso a la información Judicial”, en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de la justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergen (comp.), IIJusticia, Buenos Aires, 2011, pp. 147-160.
- CATALÀ, Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, PUF, París, 1998.
- CHEVALLIER, Jacques, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., París, 2004.
- DUASO CALÉS, Rosario, “Regulación europea sobre difusión de la jurisprudencia en Internet”, en Carlos G. GREGORIO y Sonia NAVARRO SOLANO (coord.), *Internet y sistema judicial en América Latina, Reglas de Heredia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 251-278.

- DUASO CALÉS, Rosario, “Justicia electrónica y Privacidad: nuevas pistas de reflexión sobre la cuestión de la protección de los datos personales y la publicación de las sentencias judiciales en Internet”, en *Buenas Prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergren (comp.), IJusticia, Buenos Aires, 2011, pp. 181-195.
- GÉLINAS, Fabien, “État de droit et justice virtuelle”, en *État de droit et virtualité*, K. Benyekhlef y P. Trudel (Dir.), Éd. Thémis, Montreal, 2009.
- NAVA GONZÁLEZ, Wendolyne y BRECEDA PÉREZ, Jorge Antonio, “México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, México, ene./dic. 2015.
- RABINOVICH-EINY, Orna y KATSH, Ethan, “Technology and the Future of Dispute Systems Design”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 17, primavera, 151-1999, 2012.
- REILING, Dory, *Technology for Justice, How Information Technology can support Judicial Reform*, Leiden University Press, Ámsterdam, 2009.

- _____, “E-Justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa”, en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de la justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergen (Compil.), IIJusticia, Buenos Aires, 2011, pp. 83-119.
- WALSH, Barry,” Proyectos de e-justicia: distinguiendo entre mitos y realidades”, en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de la justicia*, J.A. Caballero, C. Gregorio de Gràcia y L. Hammergen (comp.), II Justicia, Buenos Aires, 2011, pp. 55-80.

6.2. Legislación, jurisprudencia y otros documentos

6.2.1. Estados Unidos Mexicanos

- Tesis PC. III. P. J/1 P(10a), MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE NATURALEZA PENAL. CORRESPONDE AL JUEZ DE LA CAUSA PROVEER LO CONDUCTENTE HASTA ANTES DE CERRAR LA INSTRUCCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Plenos del Circuito, Jurisprudencia Penal, Décima Época, Publicado el 30 de mayo de 2014, *Semanario Judicial de la Federación*. Reg. IUS 2006554.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF* de 5 de febrero de 1917, Última modificación *DOF* de 29 de enero de 2016.
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares, Nueva Ley publicada en el *DOF* el 5 de julio de 2010.
- Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares, Nuevo Reglamento publicado en el *DOF* el 21 de diciembre de 2011.
- Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2013.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, Publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 2014.
- Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Gobierno de la República, Estados Unidos Mexicanos, 2013. <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>

6.2.2. Unión Europea y Naciones Unidas

- Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). OJ L 165, 18.6.2013.
- Reglamento (UE) no. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. OJ L 165, 18.6.2013.
- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) no. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. OJ L 171, 2.7.2015.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas

físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

- *Access to Justice and the Internet: potential and challenges*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 13918, 10 de noviembre de 2015. <http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20151026-InternetAccess-FR.pdf/8d3c44d4-da6c-4dac-ab15-94dc1fcc5d48>
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, sobre Comercio Electrónico del 12 de junio de 1996, junto con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998.
- A/CN.9/868—Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33o. periodo de sesiones (Nueva York, 29 de febrero a 4 de Marzo de 2016).

PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN INTERNET Y CIUDADANÍA DIGITAL RESPONSABLE

Miguel Recio Gayo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Principios constitucionales relevantes. 3. Tesis jurisprudenciales sobre el principio de interés superior del menor. 4. Convenios e instrumentos internacionales sobre menores. 5. Instrumentos internacionales relevantes sobre los derechos en Internet. 6. Asegurar un entorno electrónico seguro y libre de injerencias. 7. Aplicación del principio de interés superior del menor a través de políticas públicas. 8. Ciudadanía digital responsable. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

Palabras clave: Interés superior del menor; Internet; Tecnologías de la Información y la Comunicación; nativos digitales; derechos humanos y valores fundamentales; políticas públicas; ciudadanía digital; brecha digital.

l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur

(La humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma)

Preámbulo de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924

* Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctorando en Derecho. Maestro en Derecho de la Propiedad Intelectual por The George Washington Law School (Estados Unidos) y Maestro en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información por la Universidad CEU-San Pablo (España). Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Contacto: miguelrecio@miguelrecio.com

1. Introducción

Las niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM),¹ así como en los tratados de los que México sea parte, en virtud del artículo 1o. y según la reforma hecha al mismo.² Esto implica que niñas, niños y adolescentes tengan reconocidos derechos cuando hacen uso de Internet, de otros servicios electrónicos y, en general, de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

Aunque es difícil saber con exactitud cuántas niñas, niños y adolescentes no han tenido todavía la oportunidad de acceder a Internet o hacer uso de las TIC, e incluso cuando lo tengan puede ser también difícil contar con algunas cifras;³ según los datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI),⁴ al mes de abril de 2014, había un total de dieciocho millones ochocientos ochenta y dos mil

¹ Disponible, con las sucesivas reformas, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>.

² En virtud del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 10 de junio de 2011. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

³ En este sentido, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha indicado que “Los datos estadísticos sobre el uso de Internet por niños y la preponderancia de los riesgos son limitados”. Traducción del original en inglés que indica “Statistical data about children’s use of the Internet and the prevalence or risks are limited”. Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Protection of Children Online, Recommendation of the OECD Council, Report on risks faced by children and policies to protect them*, 2012. Disponible, en inglés, en http://www.oecd.org/sti/ieconomy/childrenonline_with_cover.pdf, p. 13.

⁴ Sobre el INEGI puede verse más información en el vínculo electrónico <http://www.inegi.org.mx/>

ochocientos ochenta y tres (18 882 883)⁵ de usuarios de Internet,⁶ entre seis (6) y diecisiete (17) años, lo que supone 35,6% del total. Es decir, más de un tercio de los usuarios de Internet en México, en 2014, eran niñas, niños y adolescentes, superando con diferencia a cualquier otro grupo de edad de usuarios de Internet, como por ejemplo 20,3% de usuarios entre 18 y 24 años, 18,3% entre 25 y 34 años, o 4,4% con 55 años y más.

Este tanto por ciento significa que las niñas, niños y adolescentes entre 6 y 17 años son el grupo de usuarios de Internet más numeroso en México y que, sin perjuicio de constituir un grupo especial, por diferentes y diversas razones, requiere también de una atención específica, considerando en particular el principio de interés superior del menor previsto en el artículo 4o. constitucional.

Además de titulares de derechos, las niñas, niños y adolescentes son nativos digitales,⁷ considerando cuándo han nacido y el uso que hacen de Internet u otras TIC, y son también ciudadanos digitales.

⁵ Según las cifras preliminares al mes de abril de 2014. Disponibles en el vínculo electrónico <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=tnf214&s=est&c=19446>

⁶ El INEGI define el concepto de usuario de Internet como "Individuo de seis o más años que en forma eventual o cotidiana, y de manera autónoma, ha accedido y realizado alguna actividad en Internet en los últimos seis meses. Las actividades pueden ser, entre otras, para realizar tareas escolares; las relacionadas con el trabajo; de comunicación, incluyendo correos electrónicos o conversaciones escritas (Chat); de capacitación, adiestramiento o formación a distancia mediante videoconferencias; de entretenimiento, como son las de bajar o jugar videojuegos o programas de computadora en la red, como son los de música". Disponible en el vínculo electrónico <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/glosario/default.aspx?t=tnf214&e=00&i=>

⁷ Sobre el término "nativos digitales", en inglés, "digital natives", puede verse Prensky, Marc, *Digital Natives, Digital Immigrants*, 2001. Disponible, en inglés, en el vínculo electrónico <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>

Y el hecho de que sean titulares de derechos, siendo en principio irrelevante su edad, implica que deba prestarse atención a que, cuando hacen uso tanto de Internet como de otras TIC, ya sea como usuarios o ciudadanos, están protegidos por los Convenios y Tratados internacionales, la CPEUM, la normatividad aplicable así como, en su caso, la autorregulación; de manera que tanto el sector público como el privado tienen la obligación de ofrecer y asegurar una protección efectiva a este grupo de usuarios, que resulta ser además el más numeroso.

No obstante, no es objeto de este capítulo tratar cuestiones específicas sobre la protección de las niñas, niños y adolescentes mexicanos como usuarios de Internet ni analizar políticas públicas u otras medidas, nacionales o internacionales, al respecto. Por el contrario, el objeto del mismo es llamar la atención sobre la necesidad de considerarlos como lo que son ya actualmente, titulares de derechos y ciudadanos digitales de pleno derecho, lo que implica también que deban ser protegidos de manera efectiva en el ejercicio de sus derechos y que conozcan la Constitución como lo que es: la “Carta Magna que materializa la aspiración mexicana de lograr una convivencia bajo el respeto innegociable de los derechos y deberes que se plasman en sus artículos y que expresan la libertad”,⁸ al mismo tiempo que se aseguran y buscan asegurarse también en el entorno electrónico.

⁸ Secretaría de Gobernación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Marzo de 2014. Disponible en el vínculo electrónico http://www.imcine.gob.mx/sites/536bfc0fa137610966000002/content_entry537f86d393e05abc55000189/53d18c6c9d7279d401000b1c/files/constitucion_politica.pdf

2. Principios constitucionales relevantes

La CPEUM incluye dos previsiones torales por lo que se refiere a niñas, niños y adolescentes. La primera de ellas es la relativa a que son titulares de derechos, y la segunda es el principio de interés superior de la niñez.

Sobre la titularidad de derechos en el caso de los menores, hay que considerar los tres primeros párrafos del artículo 1o. constitucional, que indican:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En cuanto al principio de interés superior de la niñez, el párrafo noveno del artículo 4o. de la CPEUM establece este principio clave para la sociedad mexicana, que es el relativo a que en “todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”. En particular, y entre otros derechos que se reconocen expresamente, en dicho artículo, se incluyen los de “educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”, debiendo entenderse, no obstante, que los derechos reconocidos son todos los previstos en la Constitución y desarrollados por la normatividad correspondiente.

Cabe señalar que dicho párrafo, hasta llegar a su redacción actual, ha sido objeto de varias reformas. Es así que, inicialmente, fue adicionado en virtud del Decreto por el que se adiciona un tercer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁹ y posteriormente reformado en varias ocasiones para cumplir con las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por México.¹⁰

También, el citado párrafo fue reformado, sucesivamente, por Decreto por el que se declara reformado y adicionado el artículo 4o. de la

⁹ El párrafo adicionado indicaba que “*Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas*”. Publicado en el *DOF* del 18 de marzo de 1980. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_091_18mar80_ima.pdf

¹⁰ Al respecto, véase GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “Derechos de niñas, niños y adolescentes”, en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, Noviembre de 2013, pp. 643 y ss.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹¹ y por Decreto por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4o. y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73, de la CPEUM.¹² Y fue en virtud de posteriores reformas al artículo 4o. que los párrafos relativos al interés superior de la niñez quedaron en su redacción actual.¹³

Además, el último inciso del citado artículo 4o. prevé que el principio de interés superior de la niñez “deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

¹¹ Entonces se reformó el artículo 4o. y se adicionó un último párrafo en los siguientes términos:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

Publicado en el *DOF* del 7 de abril de 2000. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_148_07abr00_ima.pdf

¹² La redacción dada a dichos párrafos era:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios”.

Publicado en el *DOF* del 12 de octubre de 2011. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_198_12oct11.pdf

¹³ Reformas al artículo 4o. publicadas en el *DOF* del 13 de octubre de 2011, que adiciona un párrafo tercero recorriéndose el orden de los subsecuentes; *DOF* del 8 de febrero de 2012, que adiciona un párrafo sexto, recorriéndose en su orden los subsecuentes, y *DOF* del 17 de junio de 2014, por el que se adiciona un octavo párrafo, recorriéndose en su orden los subsecuentes. Disponibles en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

Es decir, la previsión constitucional actual sobre el principio de interés superior del menor en la CPEUM, que debe leerse y aplicarse considerando lo dispuesto en el artículo 1o., ha sido consecuencia de varias reformas que se deben, fundamentalmente, a los compromisos y obligaciones internacionales adquiridas a lo largo del tiempo por México.

Por último, las previsiones constitucionales, relativas al reconocimiento de los menores como titulares de derechos y a los propios derechos, encuentran su desarrollo normativo, en particular, en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,¹⁴ que a su vez, debe aplicarse en la práctica considerando otras normas del ordenamiento jurídico mexicano.

3. Tesis jurisprudenciales sobre el principio de interés superior del menor

Sobre el principio de interés superior del menor la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido diversas tesis jurisprudenciales que tienen por objeto su interpretación. Entre dichas tesis jurisprudenciales, cabe destacar las que se refieren, con carácter general, al concepto y alcance de dicho principio.

Por lo que se refiere a los principios fundamentales a considerar en relación con los derechos de los menores, cabe mencionar la Contradicción

¹⁴ Publicada en el *DOF* del 4 de diciembre de 2014. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf. Dicha Ley abroga, en virtud del artículo transitorio cuarto la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

de tesis 47/2006 en la que, al tratar la vinculación entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la dignidad humana, se indica lo siguiente:

Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.¹⁵

Además de lo anterior, una de las tesis jurisprudenciales relevantes, relativa al significado de interés superior del menor, es la tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.), en la que la Primera Sala de la SCJN establece que este interés superior “tiene un contenido de naturaleza real y relacional”¹⁶ que en la práctica implica que “el escrutinio que debe realizarse en controversias que afecten dicho interés, de forma directa o indirecta, es más estricto que el de otros casos de protección a derechos fundamentales”.

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ CONTRÓ, M., “Derechos de niñas, niños y adolescentes”, en *Derechos Humanos en La Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM/Fundación Konrad Adenauer, México, Noviembre de 2013, p. 648. Disponible en http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf

¹⁶ Tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Décima Época, p. 1397. Reg. IUS 2008546

Aplicando en la práctica la jurisprudencia de la SCJN sobre el principio de interés superior del menor, más allá del ámbito jurisdiccional, se debe considerar también como “un principio orientador como una clave heurística de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar a sus intereses”, lo que conlleva implicaciones tanto para las políticas públicas como, en su caso, la aplicación de la normatividad aplicable, por ejemplo, cuando se elabora un aviso de privacidad¹⁷ o cuando se trata de garantizar su derecho a la libertad de expresión.

Es decir, el interés superior del menor implica una protección reforzada ya que, como explica De La Parra Trujillo, al comentar una resolución del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)¹⁸ sobre la ponderación entre el interés superior del niño y el derecho a la imagen, dicho principio “nos lleva a concluir, más bien, una protección reforzada de su derecho a la imagen o, si se quiere, hace más resistente ese derecho frente a injerencias o afectaciones del mismo”.¹⁹

¹⁷ En este sentido, cabe recordar que, en el caso del sector privado, los Lineamientos del Aviso de Privacidad, incluye también buenas prácticas relativas al tratamiento de datos personales de menores de edad y personas en estado de interdicción o incapacidad, refiriéndose específicamente al aviso de privacidad integral, que podría señalar, entre otros aspectos, las “*acciones, medidas y previsiones especiales que caractericen este tipo de tratamiento y que lleve a cabo el responsable, a fin de salvaguardar el derecho a la protección de datos personales de estos grupos de personas*”. Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de enero de 2013. Disponibles en http://inicio.inai.org.mx/MarcoNormativoDocumentos/Lineamientos_DOFPdf

¹⁸ Se trata de la resolución del 31 de julio de 2012 en el expediente IMC 1158/2011, caso *Roberta Ayala López vs. Notmusa, S.A. de C.V.*

¹⁹ DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, “Ponderación, interés superior del niño y derecho a la imagen: los Derechos Humanos y la interpretación constitucional llegan al IMPI”, en *Estado constitucional, derechos*

En definitiva, la aplicación del principio del interés superior del menor implica, como indica la tesis jurisprudencial referida anteriormente, que se deban considerar “los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales y en las leyes de protección de la niñez”, y también que, en el caso de las autoridades competentes, este principio “debe informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores, lo que necesariamente implica que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, ya que los intereses de los niños deben protegerse siempre con una mayor intensidad”.

En otra tesis aislada posterior,²⁰ la Primera Sala de la SCJN, basándose en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.) de la propia Sala, se pronunció sobre el concepto de interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado, enunciando que “es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica

humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Derechos Humanos, t. V, vol. 1, UNAM, México, 2015, p. 522. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3960/25.pdf>

²⁰ Tesis aislada 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Décima Época, p. 256. Reg. IUS 2010602.

admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, c) como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles”.

En definitiva, pese al carácter de concepto jurídico indeterminado, lo que supone que el principio vaya adecuándose a la realidad cultural, social, jurídica y económica en cada momento, lo relevante es que la SCJN ha establecido ya criterios claros sobre su alcance que deben considerarse también en el ámbito del uso de Internet por los menores. Y lo anterior sin perjuicio de que seguramente la SCJN tendrá que aplicarlo también, en su caso, al ejercicio en casos que se le presenten sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el uso de Internet o, en general, de las TIC.

4. Convenios e instrumentos internacionales sobre menores

En cuanto a los convenios y otros instrumentos internacionales sobre los menores, como antecedentes de los actuales, se debe partir de la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924, que supuso un punto

de inflexión al pasar de la negación de derechos a los mismos a reconocer la necesidad de proporcionar una protección especial al niño.

Posteriormente, y aunque no se trata de un instrumento específico sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cabe considerar también la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)²¹ de 1948. En relación con dicha Declaración y sin perjuicio de que la Convención Americana de Derecho Humanos (Pacto de San José)²² indica en su artículo 19 que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”,²³ es necesario tener en consideración que “en el ámbito interamericano no existe un tratado específico dirigido a las personas menores de 18 años de edad”.²⁴

Y entre los convenios relevantes²⁵ que se refieren específicamente a los menores está la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN);²⁶ adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de

²¹ Disponible en el vínculo electrónico <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

²² Disponible en el vínculo electrónico http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

²³ Disponible en el vínculo electrónico http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

²⁴ GONZÁLEZ CONTRÓ, M., *op. cit.*, p. 646.

²⁵ Una relación completa de Tratados o Convenios internacionales de los que México es parte y en los que se reconocen derechos humanos, así como la referencia de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, puede consultarse en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>

²⁶ Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

noviembre de 1989, y que fue firmada por México²⁷ el 26 de enero de 1990 y ratificada el 21 de septiembre de 1990. De conformidad con lo previsto en su artículo 49, relativo a las condiciones para su entrada en vigor, la Convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

En concreto, el artículo 3 de la citada Convención reconoce el principio de interés superior del niño, siendo por tanto vinculante para México.

Sin perjuicio de lo anterior, la reforma constitucional del artículo 1o. también significa que los Convenios y Tratados internacionales sobre derechos humanos quedasen incorporados de manera que protegen también a las, niños y adolescentes²⁸ y que son también un referente interpretativo.²⁹

Aunque son varios los Convenios internacionales relativos a niñas, niños y adolescentes así como que debe partirse del hecho de que la evolución de las normas sobre derechos de la infancia³⁰ ha sido positiva, queda no obstante mucho por hacer para que la protección sea realmente efectiva, comenzando por el hecho mismo de que no hay consenso sobre la edad aplicable en algunos casos cuando se hace uso de Internet, como por ejemplo

²⁷ La situación de ratificación, reservas y declaraciones de la Convención puede ser consultada en el vínculo electrónico: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

²⁸ En este sentido, GONZÁLEZ CONTRÓ, M. *op. cit.*, p. 645.

²⁹ Refiriéndose a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la autora indica que “la Primera Sala había interpretado, aún antes de la reforma del artículo 1o. constitucional de 2011, que los derechos fundamentales del niño no eran exclusivamente los reconocidos en el artículo 4o., sino que debía. p. 646.

³⁰ Véase UNICEF *La evolución de las normas internacionales sobre derechos de la infancia* Disponible en el vínculo electrónico <http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/SOWC%20all%20panels%20SP.pdf>

ocurre con el límite de 13, 14, 16 años, u otra edad, para hacer uso de una red social y que también es reflejo de que muchos ordenamientos jurídicos prevean diferentes edades para emanciparse, trabajar o, incluso, tener responsabilidad penal.

5. Instrumentos internacionales relevantes sobre los derechos en Internet

Por lo que se refiere a los instrumentos internacionales relevantes en materia de derechos de los menores y su protección como usuarios de Internet, cabe señalar que se ha producido una importante evolución durante los últimos años.

Aunque no hay un instrumento internacional específico sobre los derechos de los usuarios de Internet, incluidos las niñas, niños y adolescentes, sí hay algunos documentos relevantes, como pueden ser la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet,³¹ elaborada por la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet (en inglés, *Internet Rights & Principles Coalition*) en el marco del Foro para la Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas.

En concreto, la citada Carta busca “proveer un marco de trabajo reconocible anclado en los Derechos Humanos internacionales para el cum-

³¹ Disponible en el vínculo electrónico http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2015/03/IRPC_spanish_1stedition_final.pdf

plimiento y el avance de los Derechos Humanos en el ambiente *online*”,³² que vinculan a los Estados, pero que cada vez más, también implican obligaciones para el sector privado.

Y en cuanto a los niños y niñas, la Carta parte del hecho de que “tienen todos los derechos” de la misma, resaltando tanto su derecho a cuidados y asistencias especiales, en virtud del artículo 25 de la Declaración Universal, como de su derecho al respeto de su etapa de desarrollo, conforme al artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Es así que niños y niñas “deben tener la libertad de usar Internet, a la vez que deben estar protegidos de los peligros asociados con Internet”.³³ En particular, lo anterior incluye, según la Carta, los siguientes derechos y principios aplicables:

- a) El derecho a beneficiarse de Internet, de acuerdo con su edad, para ejercer todos sus derechos: incluyendo entre otros, la educación, la salud, la privacidad, la protección de datos personales o el acceso a la información.
- b) Protección contra la explotación y las imágenes de abuso infantil: de manera que se asegure su “derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente seguro, libre de toda explotación sexual o de otro tipo”, al mismo tiempo que las medidas a adoptar, que deben

³² *Ibid.*, p. 2.

³³ *Ibidem*, p. 22.

ser específicas y proporcionadas, permiten asegurar el libre flujo de la información con lo que ello supone para la libertad de expresión.

- c) El derecho a ser escuchada/o: reconociendo su libertad de expresión y otros derechos que le permitan formar su propia opinión, teniendo en consideración a tal fin su edad y grado de madurez.
- d) El interés superior del niño: en los términos previstos en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Otro documento internacional que también puede ser un referente importante a considerar es la Guía de los Derechos Humanos para los Usuarios de Internet, aprobada en virtud de la Recomendación CM/Rec (2014) 6, adoptada, el 16 de abril de 2014, por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa.³⁴ Aunque México no sea parte del Consejo de Europa, es un instrumento relevante ya que se refiere también a los niños, niñas y jóvenes, explicando en el Anexo a la Recomendación que “tienen todos los derechos y las libertades que se describen” en la guía así como que, considerando su edad, tienen “derecho a recibir protección y orientación especial al utilizar Internet”³⁵ lo que significa reconocer:

³⁴ Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/Translations/Spanish/CMRec\(2014\)6_SPANISH_GUIDE_HR_INTERNET_USERS_WebA5%20\(2\).pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/Translations/Spanish/CMRec(2014)6_SPANISH_GUIDE_HR_INTERNET_USERS_WebA5%20(2).pdf)

³⁵ *Ibid.*, p. 12.

1. El derecho a expresar libremente sus opiniones y participar en la sociedad, considerando dichas opiniones en función de su edad y madurez, sin discriminación.
2. Una expectativa a recibir información en un lenguaje apropiado para su edad así como de recibir orientación por profesores, educadores, padres o tutores sobre el uso seguro de Internet, incluyendo la protección de la vida privada.
3. El derecho a que el contenido creado por el niño, niña o adolescente o, en su caso, otras personas, sea retirado o eliminado en un plazo razonable con la finalidad de proteger su dignidad, seguridad, vida privada u otros derechos.
4. Una expectativa de recibir información clara, adaptada a su edad y circunstancias, sobre comportamientos contenidos ilegales en Internet, incluso recibiendo apoyo y asesoramiento de manera confidencial y anónima, así como la posibilidad de denunciarlos.
5. El derecho a la educación frente a cualquier tipo de amenazas que atenten contra su bienestar físico, mental y moral, en particular, el abuso y la explotación sexual en Internet.

En cualquier caso, resulta claro que, a pesar de no existir unanimidad sobre las medidas para proteger a niñas, niños y adolescentes en Internet,

como usuarios tanto de Internet y de otras TIC, son titulares de derechos que deben garantizarse de manera efectiva. Y ello en cualquier ámbito, electrónico o no, ya que hay que reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, siendo todavía la realidad que ésta es una cuestión que requiere de avances. Al respecto, González Contró indica que “aún hace falta una gran transformación política, cultural y social para el reconocimiento real —y no sólo aparente— de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos”.³⁶

Sin perjuicio de los anteriores, otros instrumentos internacionales a considerar, que tienen o pueden tener también especial relevancia, son las guías o directrices para niñas, niños y adolescentes;³⁷ padres, tutores y educadores;³⁸ la industria³⁹ así como los elaboradores o encargados de formular políticas públicas,⁴⁰ publicadas todas ellas por la Unión Internacional de

³⁶ Op. ya citada, p. 645.

³⁷ Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT), *Protección de la Infancia en Línea: Directrices para los niños*, Suiza, 2009. Disponible en el vínculo electrónico <http://www.itu.int/en/cop/Documents/gl-child-2009-s.pdf>. La versión en inglés de estas directrices fue actualizada en Enero de 2016, estando disponible en el vínculo electrónico <http://www.itu.int/en/cop/Documents/S-GEN-COP.CHILD-2016-PDF-E%5b1%5d.pdf>

³⁸ Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT), *Protección de la Infancia en Línea: Guía para padres, tutores y educadores*, Suiza, 2009. Disponible en el vínculo electrónico <http://www.itu.int/en/cop/Documents/guidelines-educ-s.pdf>. La versión en inglés de esta fue actualizada en Enero de 2016, estando disponible en el vínculo electrónico <http://www.itu.int/en/cop/Documents/S-GEN-COP.EDUC-2016-PDF-E%5b1%5d.pdf>

³⁹ Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT) y UNICEF, *Directrices de protección de la infancia en línea para la industria*, Suiza, edición 2015. Disponible en el vínculo electrónico http://www.itu.int/en/cop/Documents/COP%20Guidelines_Spanish.pdf. También pueden verse varios casos de estudio sobre operadoras móviles, proveedores de servicios de Internet (en inglés, Internet Service Providers), etc., en <http://www.itu.int/en/cop/case-studies/Pages/default.aspx>

⁴⁰ Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT), *Directrices sobre Protección de la Infancia en Línea para los encargados de formular políticas*, Suiza, 2009. Disponible en el vínculo electrónico <http://www.itu.int/en/cop/Documents/guidelines-policy%20makers-s.pdf>

las Telecomunicaciones (en inglés, *International Telecommunications Union*, UIT), aunque en algún caso han sido elaboradas con UNICEF y otros actores involucrados, tales como algunas empresas.

En concreto, a través de su Iniciativa para la Protección de la Infancia en Línea (en inglés, *Child Online Protection*), desde noviembre de 2008 la UIT ha venido desarrollando medidas que involucran a las partes interesadas y que pretenden seguir una aproximación holística, ya que incluyen medidas legales, técnicas y de procedimiento, estructuras organizativas, capacidad de desarrollo y cooperación internacional. Se trata, por tanto, de una iniciativa que tiene como objetivo el desarrollo de estrategias de ciberseguridad integrales y holísticas que sirvan para promover entornos electrónicos seguros para las niñas, niños y adolescentes alrededor del mundo.⁴¹

Además, debe tenerse también en consideración la labor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y, en particular, su Recomendación de 2012 sobre la Protección de los Niños en Línea,⁴² que es el resultado, entre otras actividades, del seguimiento de la Declaración de Seúl sobre el futuro de la economía de Internet,⁴³ y que

⁴¹ Sobre la citada iniciativa (Children Online Protection Initiative) de la UIT puede verse más información y recursos, en inglés, en http://www.itu.int/en/cop/Pages/about_cop.aspx

⁴² Recommendation of the OECD Council on the Protection of Children Online, 16 February 2012 — C(2011)155. Disponible, en inglés, en http://www.oecd.org/sti/ieconomy/childrenonline_with_cover.pdf

⁴³ Disponible, en inglés, en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/40839436.pdf>

también busca asegurar un entorno basado en un Internet confiable así como proteger a las personas, especialmente a los menores y a otros grupos vulnerables.

Como un foro internacional, en cuyo seno se promueven políticas públicas para mejorar el bienestar social y económico de la gente alrededor del mundo, la OCDE presta atención a innumerables cuestiones, siendo entre ellas una de las más relevantes la protección de los menores en línea, lo cual se concreta en haber analizado los riesgos a los que estos pueden estar expuestos, siendo más vulnerables que en el caso de los adultos, con la finalidad de proponer políticas públicas.⁴⁴ Incluso, es necesario considerar que niñas, niños y adolescentes requieren de una atención que, por diversos motivos, responda específicamente a sus necesidades.⁴⁵

En concreto, y sin perjuicio de otros aspectos que trata la citada Recomendación de la OCDE, los tres principios clave que establece la misma y sobre los que se deben basar las políticas públicas a desarrollar son:

⁴⁴ Cfr., OECD, “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, *OECD Digital Economy Papers*, núm. 179, OECD Publishing, París, 2011. Disponible, en inglés, en <http://dx.doi.org/10.1787/5kgc71pl28-en>

⁴⁵ Al respecto, la Unión Internacional de las Telecomunicaciones ha indicado que es “muy poco probable que un joven usuario de Internet de 7 años de edad tenga las mismas necesidades o intereses que un joven de 12 años que comienza la escuela secundaria u otro de 17 que está a punto de entrar en la edad adulta”. Unión Internacional de las Telecomunicaciones, *Directrices sobre Protección de la Infancia en Línea para los encargados de formular políticas*, Suiza, 2009. Disponible en <http://www.itu.int/en/cop/Documents/guidelines-policy%20makers-s.pdf>

1. Empoderamiento.
2. Proporcionalidad y valores fundamentales.
3. Adaptabilidad (como traducción del término en inglés *flexibility*), lo que supone capacidad de reacción ante cambios o nuevos escenarios, sin por ello perder robustez de las medidas adoptadas y se eviten medidas tendenciosas o que no cumplan con el principio de seguridad jurídica y efectividad en la protección.

En cualquier caso, la CPEUM desempeña un papel fundamental al respecto, ya que garantiza los derechos humanos reconocidos en el entorno electrónico, de manera que las niñas, niños y adolescentes, además del resto de la sociedad mexicana, sean protegidos de manera efectiva, lo que supone preservar también los valores fundamentales de ésta en Internet. Es decir, preservar los valores constitucionales en una era de rápidos avances tecnológicos en un escenario global.⁴⁶ Y todo ello con la finalidad de generar, impulsar o mantener la confianza necesaria que permita el desarrollo del bienestar social y económico, evitando acciones que puedan dar lugar a medidas desproporcionadas u obstáculos indebidos para el desarrollo de un Internet libre.

⁴⁶ Cfr: ROSEN, Jeffrey y WITTES, Benjamin, *Constitution 3.0 Freedom and Technological Change*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2011. ROSEN, en la introducción, reflexiona sobre el cambio tecnológico y la Constitución futura en el caso de los Estados Unidos de América indicando que “*varias previsiones constitucionales*”. Traducción del original en inglés: “a series of constitutional provisions [...] provide no clear answers, at least as currently interpreted, to the question of how we can preserve American values in the face of dramatic and rapid technological change”. p. 2.

6. Asegurar un entorno electrónico seguro y libre de injerencias

Internet y las TIC no son un riesgo, sino que éste se encuentra en la manera en que se usen, ya sea por quien las utiliza para abusar de los demás y, en su caso, cometer delitos, o por quien hace uso de aquéllos sin adoptar algunas medidas para proteger su privacidad, la protección de sus datos personales⁴⁷ y la seguridad digital. Es decir, la innovación tecnológica, de la que Internet es un ejemplo, está al servicio de la persona⁴⁸ siendo indudable e innegable que su desarrollo y uso debe hacerse respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de las niñas, niños y adolescentes se requiere adoptar medidas, que pueden ir desde políticas públicas hasta acciones específicas, con la finalidad de protegerlos ya que aun

⁴⁷ Al respecto, véase el Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes (Memorándum de Montevideo), de 3 de diciembre de 2009. Disponible en <http://memorandumdemontevideo.ifai.org.mx/>

⁴⁸ En el caso de la Unión Europea, considerando específicamente el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales indica, en su Considerando 2, que “los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos”. Se trata de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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. Esta Directiva será sustituida por el Reglamento General de Protección de Datos, que se aprobó en diciembre de 2015. En cuanto al citado Convenio, está disponible en el vínculo electrónico http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

cuando son nativos digitales, pueden desconocer cómo usar la tecnología de manera adecuada y responsable.

Dejar solos a las niñas, niños y adolescentes en el uso de Internet puede implicar que queden expuestos a riesgos tales como el acceso a contenidos inapropiados o, incluso, ilícitos, interacciones dañinas con otros menores o adultos así como la exposición a prácticas de publicidad agresiva.⁴⁹ No obstante, dejarlos solos significa desatendidos, ya que no debe caerse tampoco en una vigilancia de los menores, pues supondría una intromisión en sus derechos.

Al respecto, cabe recordar que, en 2008, la OCDE, en la Declaración de Seúl para el futuro de la economía de Internet (en inglés, *The Seoul Declaration for the future of the Internet economy*),⁵⁰ ya mencionó expresamente la necesidad de asegurar un entorno basado en un Internet confiable que ofrezca protección a las personas, especialmente a los menores y a otros grupos vulnerables.⁵¹ Y se refería, ya desde entonces, a esta cuestión como uno de los retos que tienen los Secretarios y representantes, entre otros países, de México y que requieren un equilibrio adecuado de regulaciones,

⁴⁹ Cfr., *The Protection of Children Online*. Ya citada.

⁵⁰ Disponible, en inglés, en <http://www.oecd.org/sti/40839436.pdf>

⁵¹ La Declaración, en inglés, indica que “WE AGREE that our challenges are, through and appropriate balance of laws, policies, self-regulation, and consumer empowerment, to:

[...]

- Ensure a trusted Internet-based environment which offers protection to individuals, especially minors and other vulnerable groups”. Ya citada.

políticas públicas, autorregulación y empoderamiento del consumidor, así como la cooperación de todas las partes implicadas,⁵² tanto del sector público como del privado, al mismo tiempo que se refuerza la cooperación internacional,⁵³ sin olvidar por ello que dicha cooperación es también necesaria a nivel nacional entre las autoridades judiciales y administrativas competentes.

Es así que los riesgos ya apuntados, y otros que podrían apuntarse, como por ejemplo el *ciberbullying*, el *sexting*, el *grooming* o el robo de identidad,⁵⁴ requieren respuestas efectivas y coordinadas considerando, en particular, la naturaleza transfronteriza de Internet y las TIC, pero sin que dichas medidas puedan dar lugar a obstaculizar el desarrollo de la economía electrónica y la ciudadanía digital. En este sentido, obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos, como los de protección de datos personales o la libertad de expresión de los menores, es también un riesgo si se adoptan

⁵² La Declaración indica al respecto que “*Encourage collaboration between governments, the private sector, civil society and the Internet technical community in building and understanding of the impact of the Internet on minors in order to enhance their protection and support when using the Internet*”. Lo que puede traducirse al español como: “*Fomentar la cooperación entre gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y la comunidad técnica de Internet para construir y entender el impacto del Internet en los menores para mejorar su protección y apoyo cuando utilicen el Internet*”.

⁵³ En este sentido, la Declaración indica que para asegurar que la economía electrónica o de Internet sea realmente global es necesario “*Incrementar la cooperación transfronteriza de gobiernos y autoridades de cumplimiento en las áreas de mejorar la ciberseguridad, combatir el spam, así como proteger la privacidad, a los consumidores y los menores*”. Traducción del original en inglés “*Increase cross-border co-operation of governments and enforcement authorities in the areas of improving cyber-security, combating spam, as well as protecting privacy, consumers and minors*”.

⁵⁴ Sobre el robo de identidad puede verse, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *Guía para prevenir el robo de identidad*, México, 2016. Disponible en <http://inicio.inai.org.mx/nuevo/Guia%20Robo%20Identidad.pdf>

y aplican medidas desproporcionadas para evitar otros riesgos, como el acceso a información inadecuada o, en su caso, ilícita.

Siguiendo a la OCDE, los riesgos *online* para los menores pueden clasificarse en tres categorías:⁵⁵

1. De contenido y contacto: lo que incluye la exposición ante la pornografía, el *cybergrooming* y *cyberbullying*;
2. Relacionados con los consumidores: tales como la publicidad en línea y las transacciones fraudulentas;
3. De privacidad y seguridad, incluyendo el uso de redes sociales sin un conocimiento suficiente de las consecuencias potenciales a largo plazo.

En definitiva, las asimetrías que se han producido a nivel internacional hasta la fecha, por lo que se refiere a la protección de los menores, deben ser una llamada de atención para que esta cuestión reciba una respuesta uniforme y coordinada⁵⁶ si se quiere que el principio de interés superior del menor sea efectivo. Es decir, los esfuerzos a nivel nacional e incluso el reconocimiento de derechos en la Constitución, son pasos importantes, pero no suficientes para proteger a las niñas, niños y adolescentes dado que

⁵⁵ *The Protection Children Online*. Ya citada. p. 13.

⁵⁶ Al respecto, con carácter general, la UIT indica que “la protección de los niños *online* es un reto global, que requiere una aproximación global”. Traducción del original en inglés: “Protecting children *online* is a global challenge, which requires a global approach”. Fuente: <http://www.itu.int/en/cop/Pages/default.aspx>

considerar mejores prácticas y la cooperación internacional efectiva, es fundamental para consolidar todos y cada uno de los pasos que se den. Y al mismo tiempo, en el marco de la CPEUM, como norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano, las medidas que, en su caso, se adopten para proteger a los menores deben ser acordes con los demás principios y derechos fundamentales con la finalidad de garantizar un Internet libre que facilite el desarrollo de la sociedad y la economía digital.

7. Aplicación del principio de interés superior del menor a través de políticas públicas

La CPEUM es, y debe ser, la base sobre la que se desarrolle cualquier política pública y cualesquiera otras acciones dirigidas a proteger los derechos, también en el entorno electrónico de las niñas, niños y adolescentes.

En particular, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes hace referencia en su artículo 13, de manera enunciativa y, por tanto, no limitativa, al derecho a la identidad, a no ser discriminado, a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; al derecho a la educación, a la libertad de expresión y de acceso a la información, al derecho de participación, a la intimidad, al derecho de acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en

términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.⁵⁷

De entre estos derechos, y a modo de ejemplo, por lo que se refiere a los derechos a la libertad de expresión y de acceso a la información, cabe considerar que la citada Ley impone también obligaciones para el sector privado, ya que el artículo 68 indica que “las concesiones que se otorguen en materia de radiodifusión y telecomunicaciones deberán contemplar la obligación de los concesionarios de abstenerse de difundir o transmitir información, imágenes o audios que afecten o impidan objetivamente el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, o que hagan apología del delito, en contravención al principio de interés superior de la niñez”.

Y en cuanto a sus derechos a la intimidad y a la protección de datos personales, el párrafo segundo del artículo 76 indica que “Niñas, niños y adolescentes no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de información o datos personales, incluyendo aquella que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que atenten contra su honra, imagen o reputación”. A continuación, en su último párrafo, este artículo hace también referencia al deber de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guar-

⁵⁷ Publicada en el *DOF* de 14 de julio de 2014. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_181215.pdf

da y custodia de “orientar, supervisar y, en su caso, restringir, las conductas y hábitos de niñas, niños y adolescentes, siempre que atiendan al interés superior de la niñez”. Esta última previsión, en particular, relativa a restringir conductas y hábitos, requiere un especial cuidado ya que se podría correr el riesgo de que se malinterprete o use de manera inadecuada el principio de interés superior del menor o de la niñez perjudicando a las propias niñas, niños y adolescentes debido a limitaciones indebidas en sus derechos.

Aun cuando, como concluye el citado artículo 13, las “autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición”, es importante considerar que también el sector privado está vinculado por los mismos, de manera que tienen que desarrollar productos, tecnológicos o no, o prestar servicios, electrónicos o no, que respeten dichos derechos, protegiendo así a los menores.

8. Ciudadanía digital responsable

Aunque también resulta difícil concretar qué significa exactamente, el de ciudadanía digital es un concepto moderno⁵⁸ que “incluye determinados valores universales que, acompañados de las competencias psicosociales

⁵⁸ *The Protection of Children Online*. Ya citada. p. 81.

necesarias y en función de los conocimientos y circunstancias particulares, se traduce en procedimientos y actitudes”.⁵⁹ O, dicho de otra manera, ser un ciudadano o ciudadana digital “significa crear hábitos responsables sobre ética, legalidad, seguridad y responsabilidad en el uso de internet y redes sociales”,⁶⁰ encontrando en la Carta Magna la norma fundamental en la que se incluyen los mismos. Es así que en “los textos constitucionales están contenidos los ideales de la sociedad política de los diversos momentos de nuestra historia”.⁶¹

Es decir, la ciudadanía digital responsable encuentra en la CPEUM las normas de comportamiento que toda persona, incluidas las niñas, niños y adolescentes, debe seguir también en el ámbito electrónico, ya sea Internet u otros servicios electrónicos relacionados con el mismo, tales como las redes sociales, los blogs, etcétera.

Y la ciudadanía digital implica que Internet, así como otras TIC, ya son parte de la vida diaria de millones de personas en México y de billones de personas alrededor del mundo. En concreto, 3,2 billones a finales de 2015, según las cifras de la UIT.⁶² Ahora bien, la brecha digital todavía

⁵⁹ FLORES FERNÁNDEZ, Jorge, *Uso seguro de Internet y ciudadanía digital responsable*, octubre 2009. Disponible en <http://www.pantallasamigas.net/proteccion-infancia-consejos-articulos/uso-seguro-de-internet-y-ciudadania-digital-responsable.shtm>

⁶⁰ Microsoft México, *Ciudadanía Corporativa, Reporte Micosoft México, YouthSpark — TÚ puedes*, México 2014. Pág. 30. Disponible en http://www.tupuedesmexico.org/Reporte_ciudadania.pdf

⁶¹ Cfr. Constituciones de México, Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917. Disponible en http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constituciones_de_Mexico

⁶² Véase la información disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>

persiste ya que una gran parte de la población mundial, especialmente en los países en desarrollo (*developing countries*) y menos desarrollados (*least developed countries*) no tiene conexión a Internet.

En particular, las niñas, niños y adolescentes, a pesar de ser “nativos digitales” necesitan también aprender deberes y valores basados en la CPEUM, que al igual que ocurre en el entorno no electrónico les permitan ser y formarse como ciudadanos responsables.

Al respecto, las TIC tienen un impacto positivo tanto en el desarrollo de la persona como en su participación en la sociedad, produciéndose esto último a través de la ciudadanía digital. Y esta ciudadanía digital va a ser, sin duda, una oportunidad para desarrollar un México más justo e incluyente, de manera que, como indica el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 se logre el objetivo de que “el país se integre por una sociedad con equidad, cohesión social e igualdad sustantiva”⁶³ siendo Internet y las TIC herramientas fundamentales a tal fin.

Es así que la ciudadanía digital responsable implica la utilización tanto de las TIC como de servicios electrónicos con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, ya sean estos mayores o menores de edad. En este sentido, la ciudadanía digital es también una cuestión que requiere considerar la integración de toda persona en la sociedad, lo que lleva

⁶³ Gobierno de la República, Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, p. 43. Disponible en <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>

a prestar atención, en particular, a los principios rectores para garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes entre los que, conforme artículo 6 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁶⁴ se encuentran los de igualdad sustantiva, no discriminación, inclusión y participación.

9. Conclusiones

A modo de conclusión, en relación con la protección de las niñas, niños y adolescentes en Internet a través del principio de interés superior del menor, así como por lo que se refiere a la ciudadanía digital responsable, es posible destacar los siguientes aspectos:

- I. *Las niñas, niños y adolescentes son el grupo más numeroso de usuarios de Internet en México:* según los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI), al mes de abril de 2014, había un total de dieciocho millones ochocientos ochenta y dos mil ochocientos ochenta y tres (18 882 883) de usuarios de Internet entre seis (6) y diecisiete (17) años, lo que supone 35,6% del total, siendo el grupo más numeroso con respecto a otros como, por ejemplo, 20,3% de usuarios entre 18 y 24 años, 18,3% entre 25 y 34 años o 4,4% con 55 años y más.

⁶⁴ Ya citada.

- II. *Las niñas, niños y adolescentes tienen los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM):* En virtud del artículo 1o. constitucional, en particular tras la reforma de 2011, las niñas, niños y adolescentes tienen derechos y estos son aplicables, también, cuando hacen uso de Internet, de otros servicios electrónicos y, en general, de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).
- III. *El principio de interés superior del menor o de la niñez es un principio clave para la sociedad:* En el sentido constitucional, por una parte, de que en “todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos” y, por otra parte, de que dicho principio “deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.
- IV. *El principio de interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado aunque con un contenido real que implica una protección reforzada:* Como ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), aunque se trata de un concepto jurídico indeterminado, este principio “tiene un contenido de naturaleza real y relacional”, que en la práctica implica que “el escrutinio que debe realizarse en controversias que afecten dicho interés, de forma directa o indirecta, es más estricto que el de otros

casos de protección a derechos fundamentales” así como que vaya adecuándose a la realidad cultural, social, jurídica y económica en cada momento. Además “es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, c) como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles”.

- V. *A nivel internacional el principal Convenio a considerar es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN):* Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y fue firmada por México el 26 de enero de 1990 y ratificada el 21 de septiembre de 1990.

De conformidad con lo previsto en su artículo 49, relativo a las condiciones para su entrada en vigor, la Convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. En concreto, el artículo 3o. de la citada Convención reconoce el principio de interés superior del niño, siendo por tanto vinculante para México.

VI. *Hay varios instrumentos internacionales relevantes aplicables también en materia de derechos de las niñas, niños y adolescentes en Internet:* Entre los que se encuentra, por ejemplo, la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet, elaborada por la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet (en inglés, *Internet Rights & Principles Coalition*) en el marco del Foro para la Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas, que busca “proveer un marco de trabajo reconocible anclado en los Derechos Humanos internacionales para el cumplimiento y el avance de los Derechos Humanos en el ambiente online”, que vinculan a los Estados, pero que cada vez más también implican obligaciones para el sector privado. Es necesario prestar también atención a las guías y/o directrices para niñas, niños y adolescentes; padres, tutores y educadores; la industria así como los elaboradores o encargados de formular políticas públicas, publicadas todas ellas por la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT). Y también a la Recomendación de 2012 sobre la Protección de los Niños En Línea de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en cuyo seno

se promueven políticas públicas para mejorar el bienestar social y económico de la gente alrededor del mundo.

VII. *La CPEUM desempeña un papel fundamental en la protección de los menores en Internet:* La CPEUM desempeña un papel fundamental al respecto ya que se trata de asegurar en el entorno electrónico los derechos humanos y los valores fundamentales reconocidos en la misma, de manera que las niñas, niños y adolescentes, además del resto de la sociedad mexicana, sean protegidos de manera efectiva. Al respecto, es necesario considerar las asimetrías que se han producido a nivel internacional hasta la fecha, por lo que se refiere a la protección de los menores, y que deben ser una llamada de atención para que esta cuestión reciba una respuesta uniforme y coordinada si se quiere que el principio de interés superior del menor sea efectivo.

VIII. *Las niñas, niños y adolescentes son nativos y ciudadanos digitales:* Además de ser nativos digitales, por la fecha en la que nacieron y el uso que hacen de Internet y las TIC, las niñas, niños y adolescentes son ciudadanos digitales. La ciudadanía digital “significa crear hábitos responsables sobre ética, legalidad, seguridad y responsabilidad en el uso de internet y redes sociales”, de manera que las niñas, niños y adolescentes, a pesar de ser “nativos digitales” necesitan también aprender deberes y valores basados en la

CPEUM, que, al igual que ocurre en el entorno no electrónico, les permitan ser y formarse como ciudadanos responsables.

IX. *Todavía existe una brecha digital que es necesario superar*: Considerando que es difícil saber con exactitud cuántas niñas, niños y adolescentes no han tenido todavía la oportunidad de acceder a Internet o hacer uso de las TIC, la ciudadanía digital es una oportunidad para desarrollar un México más justo e incluyente, de manera que, como indica el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 se logre el objetivo de que “el país se integre por una sociedad con equidad, cohesión social e igualdad sustantiva” siendo Internet y las TIC herramientas fundamentales a tal fin.

10. Bibliografía

- ALEGRE, S., Hernández, X. y ROGER, C., *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*, Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina, Marzo 2014. Disponible en http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- Cámara de Diputados, *Los derechos de la infancia*, México, Abril de 2009. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/documentos/CEAMEG/3.%20derechos.pdf>

- CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Disponible en http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M., “Derechos de niñas, niños y adolescentes”, en *Derechos Humanos en La Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, Noviembre de 2013. Disponible en http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.; *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2961>
- GREGORIO, C. G. y ORNELAS, L. (comp.), *Protección de datos personales en las redes sociales digitales: en particular de niños y adolescentes. Memorandum de Montevideo*, Instituto de Investigación para la Justicia e Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, 2011. Disponible en <http://inicio.inai.org.mx/Publicaciones/ProteccionRedesSociales.pdf>

- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, *Guía para prevenir el robo de identidad*, México, 2016. Disponible en <http://inicio.inai.org.mx/nuevo/Guia%20Robo%20Identidad.pdf>
- Microsoft México, *Ciudadanía Corporativa, Reporte Micosoft México, YouthSpark — TÚ puedes*, México 2014. Disponible en http://www.tupuedesmexico.org/Reporte_ciudadania.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *The Protection of Children Online, Recommendation of the OECD Council, Report on risks faced by children online and policies to protect them*, 2012. Disponible en http://www.oecd.org/sti/ieconomy/childrenonline_with_cover.pdf

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en noviembre de 2016 en los talleres de Grupo Comercial Impresor Arcos, S.A. de C.V., calle Norte 178 núm. 558, Colonia Pensador Mexicano, Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15510, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos ITC Berkeley OldStyle Std de 8, 11, 12, y 19 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

