



Universidade  
de Itaúna

# Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

---



**REVISTA CONFRONTOS**  
**CONFRONTOS JOURNAL OF LAW**

**Itaúna – Minas Gerais – Brasil**  
**Publicação semestral**

**ANO IV, NÚMERO 6 – SEMESTRAL – JAN./ JUL. 2022**  
**ISSN 2675-260X**



**Universidade  
de Itaúna**

**Itaúna**

**2022**

REVISTA CONFRONTOS  
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW  
Itaúna – Minas Gerais – Brasil  
Publicação semestral

Ano IV, Número 6 – Semestral – jan. a jul. 2022

ISSN 2675-260X

**EDITORES**

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira  
Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil.

**CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Alejandro González-Varas  
Ibáñez, Universidad de Zaragoza,  
Espanha.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de  
Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil.

Profª Dra. Cleide Calgaro, USC, Caxias  
do Sul, Brasil

Prof. Dr. Erivaldo Moreira Barbosa,  
UFCG, Campina Grande, Brasil.

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva  
Filho, UEA/UFAM, Manaus, Brasil

Profª Dra. Flávia Piva Almeida Leite,  
UNESP, São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. Gonçalo S. de Melo Bandeira,  
IPCA, Barcelos, Portugal.

Profª Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de  
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira  
da Gama, UERJ/Estácio de Sá, Rio de  
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Gustavo Oliveira Vieira,  
UNILA, Foz do Iguaçu, Brasil.

Prof. Dr. Heron José de Santana  
Gordilho, UFBA, Bahia, Brasil.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara,  
UFRN, Natal, Brasil.

Profª Dra. Jamile Bergamaschine Mata  
Diz, UIT/UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Jean-Marc Sorel,  
Université Panthéon-Sorbonne,  
Paris, França.

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Morais,  
UIT/ESDHC, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Ribas Vieira,  
UFRJ/PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas,  
UFRGS/PUC/RS, Porto Alegre, Brasil.

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima, UFMG,  
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de  
Araújo, UNICAP, Recife, Brasil.

Profª Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi,  
UFPEL, Pelotas, Brasil.

Profª Dra. Maria Cláudia da Silva  
Antunes de Souza, UNIVALI, Itajaí,  
Brasil.

Profª Dra. Marta Carolina Gimenez  
Pereira, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Velten, UFES, Vitória,  
Brasil.

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra  
Avzaradel, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Costa Freiria,  
UNICAMP, Campinas, Brasil.

Prof. Dr. Rubens Beçak, USP, São Paulo,  
Brasil.

Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves,  
USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Tagore Trajano de Almeida  
Silva, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli,  
UIT/UFMT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti, UEA/  
UFAM, Manaus, Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dra. Vasilka Sancin, Universidade  
de Liubliana, Eslovênia.

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo,  
UNIMAR, Marília, Brasil.

### **QUADRO DE PARECERISTAS**

Prof. Dr. André Cordeiro Leal, FUMEC,  
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro,  
UIT, Itaúna, Brasil

Prof<sup>a</sup> Dra. Carla Ribeiro Volpini, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dra. Cintia Garabini Lages, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dra. Edilene Lobo, UIT, Itaúna,  
Brasil.

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende,  
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, UIT,  
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Magno Federici Gomes,  
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago,  
IDP, Brasília, Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dra. Miracy Barbosa de Sousa  
Gustin, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de  
Almeida, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes,  
UFSC, Florianópolis, Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dra. Renata Mantovani de Lima,  
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona  
Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de  
Almeida, PUC-Minas,  
Belo Horizonte, Brasil.

Diagramação: Lucila Pangrácio Azevedo

Capa: Waneska Diniz

Foto Capa: Vitória de Samotrácia  
(Museu do Louvre, Paris)

Edição: Conhecimento Editora

Contatos

31.98309-7688 (whatsapp)

31.98847-8910 (whatsapp)

conhecimentojuridica@gmail.com

marcos@conhecimentolivrvia.com.br

www.conhecimentolivrvia.com.br

## EDITORIAL

O II Congreso Mundial Análisis Contemporáneo e Interdisciplinar de los Derechos Fundamentales “Derecho Digital, Políticas Públicas y Derechos Fundamentales” organizado pela **Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia** de Arequipa, Perú por intermédio de seu Presidente Prof. Dr. Jorge Isaac Torres Manrique realizado no período de 22 a 29 de novembro de 2021 contou com mais de 500 conferencistas e 35 Instituições coorganizadoras dentre mais de 15 países.

A Universidade de Itaúna por intermédio de seu Programa de Pós-Graduação em Direito foi a coorganizadora dos trabalhos da mesa virtual referente ao dia 26 de novembro de 2021 que se desenvolveu com a participação de 33 palestrantes com transmissão remota ininterrupta durante quase 08 horas. Após a realização do sodalício nasceu o projeto de publicar os temas das palestras sob a forma de artigo acadêmico na **Revista Confrontos, ano IV, vol. 6, jan.-jul. 2022** com o escopo de fomentar a interlocução acadêmica e percepções das áreas do Direito Digital e Políticas Públicas a nível nacional e internacional tendo como pano de fundo os Direitos Fundamentais que se sincronizam com as linhas de pesquisa de Direito Processual Coletivo e efetividade dos Direitos Fundamentais bem como a de Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

Após um longo processo de submissão, avaliação e revisão pelo sistema *double peer review* os artigos foram divididos em 02 (dois) grupos: o primeiro para publicação na **Revista Confrontos, ano IV, vol. 6, jan.-jul., 2022**; e o segundo grupo para o segundo semestre referente a edição da **Revista Confrontos, ano IV, vol. 7, ago.-dez., 2022**. As edições da Revista Confrontos ainda contam com a participação de autores convidados.

Esta edição, nº 6, é constituída por 09 (nove) artigos. O primeiro texto intitulado **“La medida autosatisfactiva en Argentina como recurso sencillo y rápido. La protección a la mujer ante el ataque por redes sociales”** de autoria do Professor Doutor Armando Rafael Aquino Britos; o segundo artigo com o verbete **“Os social bots na sociedade da transparência: da conveniência à ameaça Democrática”** do Professor Doutorando Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky; Professor Doutor André Filipe Pereira Reid dos Santos e a Professora Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; o terceiro da lavra da Professora Doutora Maria Pia Aquino Viudes com o tema sobre **“El Derecho al Olvido”**; o quarto trabalho com o título **“Interdisciplinaridade: a experiência da inclusão de temas relacionados aos Direitos Fundamentais em Projetos de extensão curricularizados no período da pandemia”** de autoria da Professora Doutora Clarissa Bueno Wandscheer. O quinto artigo **“El año en el que el servicio de justicia modificó prácticas. El uso extendido de la tecnología y los Derechos Fundamentales en el fuero penal”** da Professora Doutora María Fernanda Billone em coautoria com a Professora Doutora Paula Andrea Leiva. O sexto artigo **“El trabajo digital. Análisis de la economía de plataformas en Cuba y Ecuador”** do Professor Doutor Eduardo Díaz-Ocampo em coautoria com a Professora Mestre Alexandra Morales-Sornoza e o Professor Mestre Alcides Antúnez-Sánchez. O sétimo artigo com o verbete **“Evaluación de los Derechos Ambientales en territorios de los pueblos indígenas en el Derecho Convencional”** de autoria do Professor Doutor Manuel Bermúdez-Tapia que foi convidado para colaborar com a Revista Confrontos. O oitavo artigo com o título **“El desafío de los Derechos Fundamentales en la era digital: libertad de expresión”** da Mestranda Professora Diana Marcela Peña-Cuellar. Por último, o nono artigo intitulado **“Políticas públicas e a universalização do acesso a água e ao saneamento e a questão energética no Brasil”** de autoria do Professor Doutor Erivaldo

Cavalcanti e Silva Filho e da Mestranda Lucyléa Thomé de Paiva que foram convidados para colaborar com a presente edição.

Agradecemos, a todos os leitores, autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado.

Boa leitura a todos!

**Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil**

Editor-Chefe

**Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**

Editor-Chefe

## FOCO E ESCOPO

A *Revista Confrontos* é uma publicação semestral apoiada pelo PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG que tem por finalidade divulgar artigos científicos, artigos de reflexão e resenhas cujo conteúdo afine-se com as seguintes linhas de pesquisas:

Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os artigos ou trabalhos inéditos serão publicados em português, inglês, italiano, francês ou espanhol. Todos os trabalhos submetidos à *Revista Confrontos* são avaliados, em primeiro lugar, pelos editores, que examinam a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade de autor e avaliadores, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer a ser disponibilizado ao autor do trabalho.



## FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

**Extensão:** O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

**Imagens:** se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), **com resolução mínima de 300 dpi**. No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

**Citações:** as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral et al., 1966);
- d. Trabalhos com o(s) mesmo autor(es) e mesma data devem ser distinguidos por **letras minúsculas logo após a data**. Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

### **Apresentação das citações:**

Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas**;

Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas em **parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

**Notas de rodapé:** As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa**. Somente são permitidas notas de rodapé

explicativas e não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item ‘Referências’.

Não utilize as expressões *op. cit;* *ibid;* *ibidem;* *id;* *idem;*

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*.

**A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:**

**Título do texto:** Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for **redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço.**

**Resumos:** no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o **artigo é escrito em inglês**, solicita-se também a apresentação de **resumo e palavras-chave em português.**

**Texto completo do artigo:** formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5.

**Referências:** as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

**Artigos em periódico:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume** (número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

### **Artigos relativos a eventos:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:**pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais ‘estruturais’ e ‘metodológicas’: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

### **Artigos em coletânea:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

### **Livros:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

### **Capítulos de livros:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. *In: H.G. GADAMER (ed.), Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

### **Dissertações e Teses:**

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

### **Citações de Sites e textos eletrônicos:**

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

\* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

\* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

### **Jornais e revistas, órgãos e instituições:**

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

\* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

\* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

## ESCREVEM NESTE NÚMERO

### **ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ**

Máster en Asesoría Jurídica mención Derecho Administrativo Ambiental por la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional Público. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: [aantunez@udg.co.cu](mailto:aantunez@udg.co.cu) ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8561-6837>. Currículo hospedado en Cielo Laboral. Italia.

### **ALEXANDRA MORALES SORNOZA**

Master. Docente de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. UTEQ Ecuador. E-mail: [amorales@uteq.edu.ec](mailto:amorales@uteq.edu.ec) ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2774-5788>

### **ANDRE FILIPE PEREIRA REID DOS SANTOS**

Sociólogo, professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e líder do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. E-mail: [afprsantos@gmail.com](mailto:afprsantos@gmail.com)

### **ARMANDO RAFAEL AQUINO BRITOS**

El autor es Doctor en Derecho, magister en ciencias penales, Investigador de la Facultad de derecho ciencias sociales y políticas de la UNNE. Especialista en justicia constitucional y derechos Humanos Universidad de Bolonia. Profesor titular por concurso de derecho procesal constitucional Cat A; profesor titular por concurso de teoría y derechos constitucionales catedra B, profesor adjunto por concurso de Derecho Político de la facultad de derecho UNNE, Corrientes, Argentina.

## **BRUNO JOSÉ CALMON DU PIN TRISTÃO GUZANSKY**

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Relações Privadas e Constituição pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia (ESA), OAB/ES. Secretário-Geral Adjunto da Comissão de Combate à Corrupção da OAB/ES (2021). Presidente da 6ª Turma Julgadora (2019-2021) e membro do Órgão Especial (2021), ambos do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da OAB/ES. Advogado. E-mail: [bruno@calmonmachado.com.br](mailto:bruno@calmonmachado.com.br)

## **CLARISSA BUENO WANDSCHEER**

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011), mestrado em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Atualmente é professora dos Programas de Pós-graduação em Direito (PPGD) e em Gestão Ambiental (PPGAmb) da Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil. É integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social (CPJUS).

## **DIANA MARCELA PEÑA-CUELLAR**

Colombiana, Docente y Co-directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia, Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios. Directora del Instituto de Investigaciones de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y miembro activo de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Estudiante de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: [d.pena@udla.edu.co](mailto:d.pena@udla.edu.co) (ORCID: 0000-0002-2161-9430).

## **EDUARDO DÍAZ OCAMPO**

Dr.C. Pedagógicas. Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Máster en Desarrollo Curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ecuador. Email: [rector@uteq.edu.ec](mailto:rector@uteq.edu.ec) ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9086-1095>

## **ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER**

Pós doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora Chefe da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (Qualis A1).

## **ERIVALDO CAVALCANTI E SILVA FILHO**

Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA) e do Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas (PPGDir-UFAM). Membro do Grupo de Estudos de Direito de Águas (GEDA/UEA) e do Núcleo de Pesquisa em Direito de Águas (NPDA/UFAM). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1203576344531897> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7170-021>

## **LUCYLÉA THOMÉ DE PAIVA**

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental (PPGDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

## **MARIA PIA AQUINO VIUDES**

ABOGADA (Recibida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas). Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias



Sociales (UNNE). Docente Universitaria de Derecho Político, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (UNNE). MEDIADORA-Formación multidisciplinaria de mediadores (FIME). Especialista en DERECHO PUBLICO GLOBAL realizado en la UNIVERSIDADE DA CORUÑA. La Coruña- España. Formada en Cibercrimen y Delitos Informáticos.

### **MANUEL BERMÚDEZ TAPIA**

Abogado graduado con la mención de Summa Cumme Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

### **MARÍA FERNANDA BILLONE**

Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales. Fiscal de Instrucción y Juicio del Departamento Judicial General San Martín, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal. Codirectora de la Revista de Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal. Miembro de la Asociación de Derecho Constitucional Argentina.

### **PAULA ANDREA LEIVA**

Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Coordinadora de la Revista de Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal, dirigida por las Dras. Billone y Raña, Ed. IJ y Universidad de Belgrano.

# SUMÁRIO

## 1 LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN ARGENTINA COMO RECURSO SENCILLO Y RÁPIDO. LA PROTECCIÓN A LA MUJER ANTE EL ATAQUE POR REDES SOCIALES

THE SELF-SATISFACTION MEASURE IN ARGENTINA AS A SIMPLE AND QUICK LEGAL REMEDY. THE PROTECTION OF WOMEN AGAINST ATTACK BY SOCIAL NETWORKS

*Armando Rafael Aquino Britos* ..... 1

## 2 OS SOCIAL BOTS NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA: DA CONVENIÊNCIA À AMEAÇA DEMOCRÁTICA

THE SOCIAL BOTS IN THE TRANSPARENCY SOCIETY: FROM CONVENIENCE TO DEMOCRATIC THREAT

*Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky*

*Andre Filipe Pereira Reid dos Santos*

*Elda Coelho De Azevedo Bussinguer* ..... 30

## 3 EL DERECHO AL OLVIDO

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

*Maria Pia Aquino Viudes* ..... 64

## 4 INTERDISCIPLINARIDADE: A EXPERIÊNCIA DA INCLUSÃO DE TEMAS RELACIONADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROJETOS DE

EXTENSÃO CURRICULARIZADOS NO PERÍODO DA PANDEMIA

INTERDISCIPLINARITY: THE EXPERIENCE OF INCLUDING TOPICS RELATED TO FUNDAMENTAL RIGHTS IN CURRICULARIZED EXTENSION PROJECTS DURING THE PANDEMIC PERIOD

*Clarissa Bueno Wandscheer*..... 106

5 EL AÑO EN EL QUE EL SERVICIO DE JUSTICIA MODIFICÓ PRÁCTICAS. EL USO EXTENDIDO DE LA TECNOLOGÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL FUERO PENAL

THE YEAR IN WHICH THE JUSTICE SERVICE MODIFIED PRACTICES. THE EXTENDED USE OF TECHNOLOGY AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CRIMINAL JURISDICTION

*María Fernanda Billone*

*Paula Andrea Leiva*..... 135

6 EL TRABAJO DIGITAL. ANÁLISIS DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS EN CUBA Y ECUADOR

DIGITAL WORK. ANALYSIS OF THE ECONOMY OF PLATFORMS IN CUBA AND ECUADOR

*Eduardo Díaz Ocampo*

*Alexandra Morales Sornoza*

*Alcides Antúñez Sánchez*..... 157

7 EVALUACIÓN DE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO CONVENCIONAL

EVALUATION OF ENVIRONMENTAL RIGHTS IN TERRITORIES OF INDIGENOUS PEOPLES UNDER CONVENTIONAL LAW

*Manuel Bermúdez Tapia*..... 202

8 EL DESAFÍO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

THE CHALLENGE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DIGITAL ERA: THE FREEDOM OF EXPRESSION

*Diana Marcela Peña-Cuellar* ..... 219

9 POLÍTICAS PÚBLICAS E A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO A ÁGUA E AO SANEAMENTO E A QUESTÃO ENERGÉTICA NO BRASIL

PUBLIC POLICIES AND THE UNIVERSALIZATION OF ACCESS TO WATER AND SANITATION AND THE ENERGY ISSUE IN BRAZIL

*Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho*

*Lucyléa Thomé de Paiva* ..... 245

# 1

## LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN ARGENTINA COMO RECURSO SENCILLO Y RÁPIDO. LA PROTECCIÓN A LA MUJER ANTE EL ATAQUE POR REDES SOCIALES

### THE SELF-SATISFACTION MEASURE IN ARGENTINA AS A SIMPLE AND QUICK LEGAL REMEDY. THE PROTECTION OF WOMEN AGAINST ATTACK BY SOCIAL NETWORKS

**Armando Rafael Aquino Britos**

El autor es Doctor en Derecho, magister en ciencias penales, Investigador de la Facultad de derecho ciencias sociales y políticas de la UNNE. Especialista en justicia constitucional y derechos Humanos Universidad de Bolonia.

Profesor titular por concurso de derecho procesal constitucional Cat A; profesor titular por concurso de teoría y derechos constitucionales catedra B, profesor adjunto por concurso de Derecho Politico de la facultad de derecho UNNE, Corrientes, Argentina.

#### RESUMEN

Se aborda la necesidad de reconocer el “recurso sencillo y rápido” más idóneo para garantizar la tutela judicial efectiva de derechos que en la actualidad son lesionados por internet y el mal uso de las redes sociales, en particular a la mujer. Se desarrolla la naturaleza jurídica, forma y modo de aplicar la

medida autosatisfactiva, única herramienta procesal más idónea que el amparo, para reparar la lesión, restricción, alteración o amenazas de derechos que protege la constitución o los instrumentos internacionales, y los beneficios que conlleva su utilización como un modo de cumplir con el mandato convencional y constitucional para proteger más eficazmente los derechos humanos.

**PALABRAS CLAVES:** convención americana de los derechos humanos, constitución, garantías, medidas autosatisfactivas, internet, protección, mujer y derechos.

*Recibido el: 26.11.2021*

*Aceptado en: 28.02.2022*

## INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 1994 expresamente consagra las garantías efectivas del habeas corpus, el amparo y el habeas data en el art. 43, sin perjuicio de otras garantías que surgen de la totalidad del ordenamiento constitucional y su derivación legislativa.

El avance superlativo del diseño constitucional es plausible, la legislación en el habeas data que descansa sobre la ley de protección de datos personales N° 25.326 del 2000 es una muestra de ello, en tanto que el habeas corpus de septiembre de 1984 fue innovadora, pionera y hasta se adelantó en los tiempos al permitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio por el juez “cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional. (art.6).

No podemos decir lo mismo sobre el amparo, no obstante el avance superlativo de su consagración constitucional, la legislación sigue siendo una ley inconstitucional, vetusta y más proclive a su rechazo que a su recepción: la ley 16.986, llamada de “desamparo” ya que no tiene carácter tuitivo sino restrictivo y obstructivo según su art. 2.

La vitalidad de la doctrina y la recepción jurisprudencial fueron dejando de lado el valladar impuesto por esta norma y felizmente se la considera derogada por una norma superior (art. 43 CN) y posterior en el tiempo (1994) con lo que toda antinomia formal se resuelve fácilmente por este mecanismo; aunque claro está la falta de una ley reglamentaria permite un margen de discrecionalidad judicial que paulatinamente va encontrando el mejor cauce.

Al art. 43 de la C.N no necesita de norma reglamentaria para su aplicación directa sirviendo la ley reglamentaria anterior solo como procedimiento siempre y cuando la misma no se oponga al mandato constitucional.<sup>1</sup>

Se suma a una mejor respuesta de la judicatura el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio que tienen como premisa de comportamiento los jueces a la hora de resolver conflictos, máxime cuando estos tienen conflictos de derechos fundamentales en pugna en el marco de un proceso.

Si bien el control de constitucional es difuso en nuestro país, estas obligadas pautas de comportamiento refuerzan un criterio asumido de que el juez cuando actúa entendiendo una causa excitada mediante una garantía constitucional específica (art.43) ejerce una jurisdicción

---

<sup>1</sup> Aquino Britos, Armando R “EL AMPARO CONTRA DELITOS COMETIDOS POR LOS JUECES en Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 23 | n. 9 | p.0-0 |Mai./Ago. 2019, pag.342

constitucional que – en potencia- le reconoce la propia constitución por ser integrante del poder judicial.

Es que la propia Corte Suprema es también tribunal de garantías constitucionales cuando resuelve conflictos garantizando los derechos fundamentales a cada ciudadano.<sup>2</sup>

Esta potestad jurisdiccional también lo tiene cada juez que – a la hora de resolver una cuestión sometida a su conocimiento – debe velar por cumplir este cometido con lo que legitima de manera indudable el rol de garante del sistema democrático pues es quien realiza o materializa el “imperio de la ley” como principio jurídico, que junto al principio político de la soberanía popular, son las bases en que descansa el Estado constitucional y convencional de derecho para concretar con la finalidad de la dignidad humana.

Afirmando tal comportamiento entonces el amparo tiene una doble característica es un derecho y garantía al mismo tiempo, es derecho de peticionar al mismo tiempo que busca que un derecho que puede ser lesionado, restringido, alterado o amenazado por un acto producido con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta sea dejado sin efecto. Spota ilustra que “...Lo único que quiero es afirmar la doble característica jurídico constitucional básica del amparo. El amparo es un derecho constitucional en sí mismo...” Además, es una acción al servicio de otros derechos y garantías constitucionales. Esta dualidad no es contradictoria...” sostiene que tiene una “...analogía con la doble naturaleza del “acceso a la jurisdicción” (artículo 18, Constitución Nacional). Si bien se analiza la temática que va en desarrollo, se llega a comprender con claridad que existen otros institutos que gozan en

---

<sup>2</sup> Bidart Campos, German J “la corte suprema. El tribunal de las garantías constitucionales” actualizado por Pablo Manili Ed Ediar 2010 BsAs, donde se profundiza el estudio de que siendo un poder del estado es también tribunal de garantías constitucionales.



el ámbito constitucional de esa doble característica. Esto es de ser derecho y de ser acción.”<sup>3</sup>

Esta garantía obliga al juez por su misión a actuar de manera activa, positiva y dejar atrás características de ser la “boca muda de la ley” como decía Montesquieu, pues ya no resuelve según la ley formal sino según la constitución y los tratados internacionales con igual jerarquía. No es un mero arbitro que permite inequidades o que, por las circunstancias de un proceso, se aplique una ley no cuestionada, por una parte, o se impida que el derecho se apoye en la verdad que surja del proceso para hacer justicia.

Tal legitimación en su accionar se advierte cuando en estos procesos constitucionales del amparo el juez debe “reconducir el proceso” que es un modo de dar cauce a la pretensión por un mecanismo que permita dilucidar mejor el tema llevado a su conocimiento, sea permitiendo un margen de debate y prueba más amplio (proceso de conocimiento abreviado o sumario asimilado por el proceso declarativa de certeza art. 322 CPCCN) o dando un cauce más rápido y sencillo a la cuestión traída a su conocimiento.

Cuando se dan las condiciones y circunstancias fácticas el amparo es vía directa y no subsidiaria. Rivas dice que el art. 43 habilita al amparo como expedito y rápido; el ordinario no lo es y por tanto no puede servir como medio más idóneo; no tiene la finalidad del amparo ni opera en las situaciones en las que se da, pues aquél apunta a dar certidumbre al derecho y éste sirve teniendo como presupuesto un derecho cierto; ¿qué sentido tiene imponer el uso de una vía que prolonga la inseguridad

<sup>3</sup> Spota, Antonio Alberto. Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional. LA LEY 2000 –A1108.

jurídica y no está prevista a los fines protectores? ¿Por qué el apego a estructuras complicadas y paquidérmicas?, cuando el derecho moderno evoluciona hacia la combinación de vías rapidísimas con adecuado derecho de defensa y en general, cuando como al parecer ocurrió en el caso, el demandado tuvo todas las posibilidades necesarias para exponer su postura, configurándose al respecto una cuestión de puro derecho de la que, hasta en el juicio ordinario se limitan las oportunidades de alegación.”<sup>4</sup>

Bidart Campos<sup>5</sup> nos enseña, en su manual, que “si acaso el amparo fuera una vía procesal sustitutiva, de las demás habría que decir que cada persona estaría en condición de elegir la vía de su preferencia, lo que sin duda arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo

Creemos que esta potestad encuentra sustento en el art. 25 de la CADH, este oficia como amparo internacional. También el art. 43 de la CN dice que el amparo no procederá “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

En orden a la celeridad y prontitud en la resolución de conflictos la vía idónea más rápida que el amparo es sin dudas la medida autosatisfactiva que tiene reconocimiento como proceso en la legislación local pues es la única mas rápida, apta, expedita y efectiva, aunque el mismo amparo para conjurar la lesión que padece el justiciable dice Midon<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Rivas, Adolfo A. “Vigencia constitucional y derogación de la ley 16.986”. JA, 1996-III-46.

<sup>5</sup> Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución reformada”, t. II, Ed. Ediar, Bs As. 2000, p. 377 y sigtes

<sup>6</sup> Midon Mario AR “La nueva constitución de Corrientes” Ed. Mave Corrientes 2008 pag.96

En tal sentido cabe destacar que la Corte IDH ha entendido constantemente que la rapidez de un recurso es fundamental, pues la tutela judicial efectiva requiere evitar dilaciones en el proceso.

Así se elabora un estándar en base a la efectividad diciendo que “ La Corte ha establecido que para que exista un recurso efectivo no basta con que éste exista formalmente . Esto implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual forma, esta Corte ha establecido que un recurso judicial efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas”<sup>7</sup>

En torno a la celeridad y urgencia puede advertirse que “A efectos de cumplir su obligación convencional de establecer en el ordenamiento jurídico interno un recurso efectivo en los términos de la Convención, los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos. Si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo.”<sup>8</sup>

No es una invitación o una propuesta sino una obligación. La Corte IDH en tal sentido dispuso “el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con la obligación

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, parr 106

general de los artículos 1.1 y 2 de la misma, los cuales atribuyen funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, la normativa interna debe asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes con el propósito de amparar a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención”<sup>9</sup>.

En cumplimiento de tales recaudos nuestro país recepta una acción que, por sus características, es una vía más idónea que el amparo, siempre y cuando se den las condiciones para que proceda como el recurso sencillo y rápido que establece el art. 25 de la CADH, respetando el plexo de los valores, principios y normas que fluyen del referido ordenamiento internacional y las pautas de la Constitución Nacional.

---

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, parr 130

## II. LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

La *medida autosatisfactiva* es un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, por ello, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Se trata de una especie del género de los “procesos urgentes”.

Son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “*inaudita et altera pars*” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes y constituyen una especie de tutela de emergencia...El incumplimiento de la medida autosatisfactiva produce las mismas consecuencias que la no observancia de una resolución judicial...” enseña Peyrano<sup>10</sup>.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, ED, 169-1345 y Peyrano, Jorge W. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, pág. 16, Medidas autosatisfactivas, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

<sup>11</sup> Conclusión 8° del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, agosto de 1997.

a) *La naturaleza de la medida autosatisfactiva:*

Se apoya en un bagaje de principios y mandatos axiales de nuestro ordenamiento nacional, tales los arts. 1,18, 33, 43 como los mandatos convencionales adoptados por influjo del art. 75 inc.22 de la Constitución. Estos necesariamente conforman el fundamento del novel paradigma jurídico en materia procedimental, que en estos casos se asientan en el favor debilis, in dubio pro actione, como también responden al mandato de afianzar la justicia mediante el ejercicio de la jurisdicción oportuna.

La concreción del valor justicia obliga a revisar el antiguo concepto de Estado de Derecho- incluso el material- para hablar, apropiadamente del Estado de Justicia que tiene que ver con la efectiva realización y respeto de los derechos y garantías propugnados por la ley fundamental dentro de una denominada Nación<sup>12</sup>, ya que la constitución como predicamos antes, no debe ser un catálogo de ilusiones, o un recetario de promesas inconclusas e incumplidas, sino norma de orden público y de aplicación primaria y efectiva.

Ello implica “quebrar el formalismo de agenda para socorrer, muy especialmente a quien esta objetiva y clínicamente grave, es decir padece una urgencia pura o intrínseca”<sup>13</sup>.

La función instrumental del proceso judicial debe estar orientada a efectivizar la tutela judicial efectiva y oportuna que concrete los mandatos constitucionales y de las leyes

<sup>12</sup> Peyrano Marcos L “El largo camino del Estado de Derecho al Estado de Justicia” en AA VV Medidas autosatisfactivas “ Tº I Ed Rubinzal Culzoni Santa Fe 2014 pag. 130

<sup>13</sup> Peyrano, Jorge W. Eguren María Carolina “ las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal” en AA VV Medidas autosatisfactivas “ Tº I Ed Rubinzal Culzoni Santa Fe 2014 pag.60

infraconstitucionales que reconocen derechos y no perderse en el llamado garantismo procesal con la aguda observancia de las formas y ritos procedimentales donde el juez asume un rol más que pasivo. El juez debe ser garante de la plenitud de la constitución y la concreción de sus mandatos y valores, donde el “derecho a la jurisdicción” encuentra fundamento en los arts. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (PSCR) y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De allí la necesidad de dar cabida a diseños procedimentales que garanticen la tutela judicial efectiva pronta y oportuna para que los derechos fundamentales no sean reconocidos post mortem y que los procesos plagados de formas no escondan su esencia: el camino seguro, pronto y efectivo de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo.

La ciencia del derecho procesal ha sido prolífica en este sentido efectuando un aporte que está en ciernes en la legislación excesivamente cauta y pavorosamente conservadora ante la contundencia y claridad de una preclara doctrina que expuso- sin resistencias serias y con fundamento- la necesidad de tutelas urgentes cuando el caso concreto lo amerita y resulta de él una inocultable “urgencia intrínseca” que es “cuando el esquema procedimental estándar, aun el más acotado, puede resultar incompatible con el corto plazo de vida del derecho, con la posibilidad real de concretar su protección. Son aquellas coyunturas donde la llamada urgencia pura o intrínseca posiciona al justiciable en una situación de debilidad, pues el daño en curso o la inminencia de la frustración del derecho impiden recorrer el “iter” en sus lapsus mínimos...”<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Peyrano Jorge W “Problemas y soluciones procesales” Ed Juris Santa Fe 2008 pag.219

Cuando una persona tiene un grave accidente, lo llevan de urgencia al nosocomio, tiene múltiples fracturas y agoniza, el médico lo atiende de urgencia y procura salvar su vida; no le da un turno para dentro de un mes o le iguala en atención y por la premura le da a un tratamiento de una afección que puede ser grave, pero que posteriormente le permite una intervención programada y convencional.

En el derecho ocurren situaciones similares, puede suceder que aparezca la fractura expuesta, notoria y clara del ordenamiento jurídico vigente, y con ello la afectación a los derechos fundamentales; como también la urgencia intrínseca de un caso que no puede esperar la atención convencional o habitual del procedimiento predispuesto por el ordenamiento procesal ya que el tiempo útil de su derecho no admite dilación.

Es que el servicio estatal de justicia, además de la certeza en la aplicación de la ley – en sentido genérico- al caso concreto debe satisfacer la pretensión en tiempo y modo oportuno y por ello los estudiosos de la ciencia procesal han diferenciado la urgencia funcional – reparable por medio de medidas cautelares- y la urgencia intrínseca (o pura) donde aparece claro y nítido el hecho que requiere la atención de otras medidas urgentes acorde con la dimensión y magnitud del hecho concreto.

El esfuerzo en la propuesta doctrinal de intermitente recepción legal tiene como icono a la tutela judicial que se manifiesta como medida autosatisfactiva que guarda parentesco con la cautelar en torno a la urgencia que signa el dictado de la misma, pero tiene diferencias sustanciales que le dan una carta de ciudadanía, y por ello entidad diferente.



b) *Los caracteres de la medida autosatisfactiva:*

Peyrano, como inspirador y más entusiasta difusor, ha señalado que la misma es “un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar”<sup>15</sup> con ello patentiza a un proceso urgente, excepcional, que se agota en sí mismo una vez despachada favorablemente, y no requiere participación de la otra parte.

Se señala con acierto que es una acción autónoma diferente de otras medidas provisorias por más que halle la fácil denominación, aunque inapropiada, de cautelar autónoma.

Acerbo<sup>16</sup> apunta a que este mecanismo garantista es más propiamente un procedimiento y no un proceso, ya que “...dentro de esa palabra confluyen tanto los actos de peticionar y probar del actor, el eventual, excepcional y recortadísimo traslado al demandado, como los de despachar y sentenciar del Juez. Además, y más allá de agotarse con su despacho favorable, la sentencia autosatisfactiva puede ser recurrida, por lo que la palabra procedimiento es comprensiva de todos los avatares que pueden surgir con motivo de sentencias de este tipo, inclusive su recursividad...” señalando también que proceso es la concatenación de actos de las partes y del juez para llegar a la

<sup>15</sup> Peyrano, *Jorge W.*, Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas. LA LEY 1998- A, 968

<sup>16</sup> Acerbo Jeremías, “medidas autosatisfactivas” DOCTRINA JUDICIAL del 4/4/2012.

sentencia y ello implica bilateralidad lo que formula y describe, con apoyo de Briseño Sierra.<sup>17</sup>

En igual sentido se nutre de las enseñanzas de Alvarado Velloso cuando señala que proceso implica bilateralidad de todas las instancias de las partes<sup>18</sup> Este no es el caso.

La peculiaridad que caracteriza a la medida autosatisfactiva es que resuelve la pretensión de fondo a diferencia de la medida cautelar que, provisoria y temporalmente, resuelve una cuestión ya que tiene una verosimilitud del derecho que amerita su dictado, pero fundada sobre el peligro que puede ocasionar una demora sobre un derecho o interés jurídico en juego en el marco de un proceso principal del cual es aleatoria y accesoria; y del que depende su existencia y validez.

Va de suyo entonces que en el agotamiento que contiene en su pretensión la medida autosatisfactiva termina su vida jurídica ya que se termina el procedimiento.

En su autonomía radica una de sus más notorias diferencias.

Esta aclaración resulta necesaria ya que la urgencia origina los llamados “procesos urgentes” con los que la jurisdicción da respuesta pronta a reclamos urgidos por premuras impostergables reduciendo la cognición y postergando la bilateralidad ya que se busca asegurar la utilidad del resultado.

“El proceso urgente – como género- comprende en su seno a las medidas cautelares, pero también a todo tipo de resoluciones diferenciables y con caracteres propios, como las

<sup>17</sup> Briseño Sierra, Humberto “Compendio de derecho procesal “ Ed. Humanitas. México DF Centro de investigación y post grado 1988, pag 227.

<sup>18</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe, 1989 Pág. 237

tutelas anticipatorias (cuya virtud es anticipar el contenido de la pretensión, pero sin prescindir del proceso principal posterior y amplio del contradictorio) y las medidas autosatisfactivas”, explica Peyrano<sup>19</sup> quien patentiza la máxima de “si bien lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”.

c) *La urgencia de la medida autosatisfactivas:*

Como señaláramos supra, la urgencia que fundamenta esta acción es el inminente, real y concreto peligro de daño que resulta de un hecho que tiene notoria, palmaria y evidente manifestación exterior; que no necesita demostración para la comprobación de la existencia del mismo, su entidad y magnitud. Es el daño mismo el que se pretende subsanar o prevenir con el dictado de la resolución buscada que no constituya una declaración de derechos.

El resultado de la pretensión es el cese de las conductas o vías de hecho que motivan la acción, ya que la pretensión sobre una declaración de derechos demandaría necesariamente un proceso de cognición con el concurso de la parte contraria, asegurando la bilateralidad con lo que se garantiza el principio de defensa en juicio, que en caso contrario sería vulnerado.

De allí que debe existir una marcada y manifiesta existencia del derecho en el que se asienta la pretensión sin que ello implique una indiscutible certeza de que el derecho exista; alcanza con la verosimilitud en la existencia de tal derecho ya que lo que se solicita con el procedimiento judicial es evitar el daño y no una declaración judicial sobre el derecho del impetrante.

---

<sup>19</sup> Peyrano Jorge W “Problemas y soluciones procesales” Ed Juris Santa Fe 2008 pag.225

Siendo el objetivo medular de la medida autosatisfactiva reparar (o impedir) un daño concreto, resulta menester que con su dictado se requiera una contracautela para la emisión de la misma ya que, reiteramos, no constituye ello una declaración de derechos; ella agota su cometido en la cesación o prevención de un daño que finaliza con el dictado de la resolución judicial que acoge esta pretensión.

Va de suyo que las características propias de la acción, como el funcionamiento mismo del sistema, ubican a este procedimiento de urgencia como una acción excepcional que tiene que ver con la urgencia intrínseca, esto es que el hecho u acto cuya prevención o cese se solicita sea gravemente dañoso para el postulante.

Peyrano<sup>20</sup> sintetiza los caracteres particulares de este procedimiento ágil y sencillo fundado en criterios convergentes entre doctrina y jurisprudencia que se resumen en: 1º autonomía o prescindencia de un proceso, ya que este procedimiento se abastece con el dictado de la resolución jurisdiccional; 2º ausencia de provisionalidad, el dictado de la resolución es de cumplimiento efectivo y allí se agota el procedimiento mas ello no implica que el magistrado ponga condiciones temporales a las mismas según el criterio de ponderación y razonabilidad que impone el caso concreto; 3º bilateralidad postergada por cuanto, generalmente la medida se dicta y luego de despachada esta puede dar lugar a una amplia defensa del obligado ya que; 4º existe una fuerte presunción del derecho del peticionante que hace innecesaria una declaración en tal sentido ya que la medida no está impelida sobre la demora sino por el peligro

<sup>20</sup> Ver in extenso Peyrano Jorge W “Problemas y soluciones procesales” Ed Juris Santa Fe 2008

real, grave o inminente del daño; 5º la ejecutabilidad inmediata, que no puede suspenderse en su ejecución por los mecanismos procedimentales o recursivos ordinarios, menos aún ella impide el carácter suspensivo que algunos recursos llevan ínsito en su articulación ya que como se refiera por el carácter de urgencia intrínseca que conforma su naturaleza excepcional, 6º ya que no es una figura de derecho común u ordinario sino que esta signada por la urgencia del riesgo que emerge nítidamente de la situación donde el servicio de justicia brinda el auxilio efectivo para impedir un daño irreparable, de lo que se deduce que no tiene ello el modo anormal de terminación del proceso; 7º no están sometidos a la declaración de caducidad si no se promoviere una acción principal ya que no es accesoria de aquella para su procedencia. Este auxilio que brinda el servicio de justicia poniendo al alcance del justiciable este procedimiento ágil para repeler el daño, concreto o inminente que es imposible de abordar o resolver por medios tradicionales encuentra en las vías recursivas ordinarias la posibilidad de la revisión o en el juicio ordinario posterior al cumplimiento de la medida ordenada por el magistrado interviniente revisable por un proceso ordinario posterior, que bien puede ser una acción declarativa de certeza u otro proceso acorde con el tema decidendum.

La doctrina, la jurisprudencia, como también la legislación que recepta esta cuestión es conteste en considerar que elegida una vía para impugnar el dictado de la medida autosatisfactiva, implica la renuncia a otra vía procesal.

Elegida la vía del juicio de conocimiento y haciendo uso el impugnante del derecho que le asiste a la bilateralidad postergada en el procedimiento de la medida autosatisfactiva, tiene en este ámbito la posibilidad de ofrecer y producir pruebas a fin de invalidar la situación consagrada a través de la resolución

judicial dictada, aunque también el beneficiario de la medida autosatisfactiva podrá profundizar sobre los hechos y el derecho que le asistieron en su oportunidad para el dictado de la medida.

Es claro que entablada que fuera la demanda de revisión de esta situación por el juicio de conocimiento, la medida que dispuso el juez se mantiene.

d) *Fundamento de la medida autosatisfactivas:*

Couture enseña que el derecho a pedir (art. 14 Const. Nac.) no requiere un examen del contenido de la petición, pues siendo un derecho de garantía, debe tener andamio hasta el momento de la decisión. Si efectivamente existe un derecho lesionado, la resolución será estimatoria; si no existe, la petición será rechazada en cuanto a su mérito. Pero en todo caso, la autoridad debe admitir el pedido en cuanto tal, para su debido examen con arreglo al procedimiento establecido...Es que la acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad...”<sup>21</sup>

La contracara de tal derecho es la obligación de la prestación del servicio de justicia por parte del Estado; el carácter de funcionario público del juez, y las garantías que surgen del propio texto constitucional cuando el mandato preambular dispone “afianzar la justicia”, y encuentra sustento en normas concretas de la constitución y los tratados internacionales, lo que debe ser analizado según las circunstancias del caso concreto que demanda la atención de la “jurisdicción oportuna” donde el servicio de justicia debe atender en un “tiempo útil” a fin de que el derecho de juego que si no es asistido con premura y urgencia

<sup>21</sup> Couture Eduardo J “Fundamentos del derecho procesal civil” Ed. Depalma 3ª edición Buenos Aires 1993 pág. 76.

es consumido por un daño irreversible que se procura evitar con la acción que analizamos.

También halla el mismo fundamento en la economía procesal que como define magistralmente Couture<sup>22</sup> “el proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso.” De lo contrario no admitirse la medida autosatisfactiva implicaría un juicio ordinario, una medida cautelar, el fatigoso y costoso mantenimiento de un juicio a fin de que no caduque la cautelar, toda vez que la pretensión de la autosatisfactiva es evitar o hacer cesar un daño irreparable y no pretende un reconocimiento o declaración de derechos.

La medida autosatisfactiva cumple el recaudo de una saludable política pública en el servicio de justicia toda vez que, además de la jurisdicción oportuna y el tiempo útil en la prestación de un servicio, significa también evitar costos y gastos en una actividad que bien puede simplificarse para beneficios de todos.

Los detractores de este procedimiento se afirman en que la existencia de la cautelar y la posibilidad del dictado de urgencia contempla esta situación, mas no ponderan que ello implica “la asunción del pesado, dispendioso, azaroso lastre de un procedimiento, en ocasiones innecesario para refrendar una solución que se agotara en el seno de la medida autosatisfactiva”<sup>23</sup>

Es bien cierto que causa escozor el avance de un procedimiento o acción, que sin el concurso de la contraria y con una clara postergación de la bilateralidad, en el dictado de la resolución agotaría su cometido; sin perjuicio de las ulteriores medidas

<sup>22</sup> Couture, Eduardo J “Fundamentos...” ob cit pag.189

<sup>23</sup> Peyrano Jorge W. “Problemas y Soluciones...” pag. 234.

recursivas o remedios impugnativos y la clara posibilidad de una revisión posterior con lo que se asegura la tutela que tendrá la obligada al cumplimiento de la manda que surja de la acción autosatisfactiva. Por la urgencia intrínseca de un daño seguro- claramente irreparable- se posterga el debate de manera inmediata, pero subsiste esta posibilidad.

La gravedad del inminente daño y la verosimilitud del derecho de quien invoca la protección jurisdiccional pone en situación límite a la administración de justicia que no puede evadir la responsabilidad de afrontar la situación y dotar de instrumentos válidos para resolver el conflicto que no por excepcional, esporádico y extraordinario, no existen.

Siguiendo a Peyrano coincidimos con este en que ello configura un verdadero “estado de necesidad” donde el recurrente en un estado de debilidad obliga a la aplicación del principio favor debilis para encontrar el camino de la tutela judicial efectiva, pues como lo enseñó el maestro Couture “... en algún lugar geográfico determinado y por un momento histórico determinado, existan jueces independientes, investidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos sinceramente creen que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente...” Ello debe ser en tiempo oportuno, caso contrario el proceso se transformará en un laberinto donde se pierden los derechos fundamentales por hacer más difícil, intrincado y azaroso un camino que debe ser llano, fácil, directo en busca de la pronta resolución de las causas.

En el altar de las formas jurídicas no pueden sacrificarse los derechos. La formalidad es un presupuesto de seguridad jurídica no de negación de los derechos fundamentales; por ello es que



la peculiar característica de este procedimiento acotado merece una clara recepción legislativa para despejar la bruma que devala la aplicación del mismo en procura de satisfacer prontamente un derecho.

### III. SITUACIONES QUE JUSTIFICAN LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Internet, la conectividad inalámbrica, y la fluidez y dinámica de las comunicaciones borro fronteras, dejó arcaicos los límites jurisdiccionales convencionales, y además, debe contar siempre este beneficio con los beneficios de la libertad, de expresión, de opinión y todo lo que puede dignificar al hombre.

Internet goza del reconocimiento y protección internacional, ya en el 2011 la ONU emitió la DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET, en el 2016 se lo declaro que “prohibir o impedir el acceso a Internet será considerado una violación de los derechos humanos”, pues antes indico que “cortar el acceso de los usuarios a Internet, sea cual sea la justificación, incluida la violación de las leyes de protección de derechos de propiedad intelectual, es una medida desproporcionada y, por tanto, una violación del artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”.

Por la ley N° 26.032 de 2005 se amplía la garantía del derecho a la libre expresión al ámbito de Internet; al mismo tiempo, que la ley N° 25.326 de protección de los datos personales aprobada en el año 2000, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, protegen derechos personalísimos y sanciona todo abuso que puede lesionar la intimidad y privacidad como también la imagen de cada persona.

Está claro que los beneficios también traen sus problemas.

Los problemas que se manifiestan en ese ámbito requieren el ejercicio de ponderación entre los bienes constitucionales en juego, proporcionalidad en la resolución de los conflictos y razonabilidad en la decisión por los alcances de cada resolución que se adopte.

No resultan idóneas para la resolución –por la dinámica y extensión del caso y sus consecuencias- las garantías tradicionales ni los mecanismos procedimentales que por la especialidad requieren de un diseño procedimental que dé respuesta efectiva al problema.

Sabido es que las redes sociales son la expresión de la democracia comunicativa y horizontal y fortalecen el dialogo y la deliberación, pero son, también el medio idóneo para difundir información sin apego a la verdad, sometiendo a la información a las emociones y no al raciocinio.

Las “fake news”. Noticias falsas, o verosímiles, o parciales, pero siempre tendenciosas y parciales.

La mala utilización y distorsión de las redes sociales son el caldo de cultivo de las noticias falsas, pues se magnifica la inmediatez antes que ponderar la verificación de los hechos, de los datos, de la información, lo que obsta para construir desde una opinión hasta el conocimiento veraz del hecho. La aceptación sobre lo que corre en redes sociales dificulta reconocer lo falso de lo verdadero, y si ello se replica y propaga por los medios de difusión tradicionales el daño se agrava.

La falta de veracidad, cuando no el honor, la imagen, la privacidad, distorsión de datos, o hasta acciones delictivas como apropiación de imágenes deben ser protegidas, conforme los

arts. 11,12, 24, y 25 de la CADH siendo insuficiente la garantía del art.14.

Ello es así, ya que la difusión por internet no conoce de límites ni fronteras, trasciende el marco nacional y su alcance es tan amplio. De allí que la medida autosatisfactiva se erija como el instrumento procesal más idóneo para realizar la tutela judicial efectiva que se canaliza por medio del art. 25 del CADH. Máxime cuando el origen o la lesión a los derechos emergentes de la verdad, a los derechos subjetivos y personalísimos provenga de una red social.

Las diversas situaciones, lesiones a determinados derechos, formas y modos de resolver las mismas permiten un listado a modo de inventario casuístico sin agotarlo, de lo pasamos revista.

#### IV. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LA ERA DIGITAL

No dejamos de reconocer el avance y la transformación en las comunicaciones que produjo la revolución tecnológica y científica durante esta última mitad de siglo; pero sin dudas que también la reivindicación de los derechos de la mujer, tantas veces postergada, les dio una nueva fisionomía a los derechos humanos. Bien dice Ferrajoli,<sup>24</sup> que la primera gestación de derechos fue producto de la libertad del hombre, la 2da la igualdad; la 3ra la solidaridad y la fraternidad y esta 4ª se debe a las luchas de la mujer, coincidimos: a ello se debe la pluralidad, la tolerancia, ampliar los pliegues de la igualdad, combatir la discriminación, terminar con prácticas ancestrales e impropias del ser humano.

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, “Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal” Nicolás Guzmán coordinador, Ed Hammurabi Bs As. 2018.

Si bien ya existía un reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el protocolo facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, receptadas en el art. 75 inc. 22 de la CN y, aun así, no fue suficiente pero felizmente se avanza.

Así lo demuestra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - “Convención de Belem do Pará, la ulterior ley 26.485 – protección integral de la mujer-, la ley 27.412 de paridad entre otras, ya que la N 24.012 fue insuficiente.

¿Qué devela esto? Que, sin pensarlo, tal vez sin proponérselo, pero por el influjo y la fuerza del sector se siguió una política de estado en la materia; plausible, por cierto, pero también demostrativa que el avance legislativo no es un avance cultural. Que es necesario, pero no suficiente.

Esto se demuestra también en el mundo virtual.

Las formas de violencia contra la mujer son variadas: desde el acoso on line; la discriminación; u otras formas que no tienen sanción penal que se encuentran en el umbral de la tipificación punitiva y que merecen el abordaje legal.

Estos mecanismos violentos pueden manifestarse en distintos grados de peligrosidad e intensidad, siempre usando el espacio virtual, describe Vaninetti<sup>25</sup>, que “pueden ser direccionadas desde las conductas solapadas (manipulación para generar

<sup>25</sup> Vaninetti, Hugo A. “La “e-violencia” o “ciberviolencia” de género contra las mujeres” LA LEY 2018-C, 410.

comportamientos en el ámbito virtual) hasta las más invasivas (control de los contenidos y comunicaciones). También los grados de intensidad pueden derivar en hostigamientos psicológicos, sostenidos y repetidos en el tiempo, utilizando diversas plataformas virtuales (correo electrónico, sistemas de mensajería, redes sociales, blogs o foros, etcétera).

Algunas de las formas de manifestación de violencia psicológica hacia la mujer por los medios virtuales e implementos tecnológicos pueden englobarse dentro de la práctica conocida como *stalking*. El verbo “*stalk*” significa perseguir o acercarse a la presa de forma sigilosa, tratando de permanecer escondido. Así pues, en la acepción de “*stalking*” *se identificaría al cazador con el acosador y la presa con la víctima*”

*Tiene como características la invisibilidad, por el anonimato genera una sensación de impunidad, agravado por la ausencia de contacto directo con la víctima, pues el acosador no puede tener la dimensión del daño causado, sumado al desamparo legal por la ausencia de mecanismos rápidos y efectivos de protección para la víctima, y repudiable ya que invade ámbitos de intimidad aparentemente seguros como el hogar familiar, desarrollando un sentimiento de desprotección total en la víctima.*

El ciberstalking específicamente es la actividad desplegada en el medio virtual para hostigar a un individuo, grupo u organización mediante cualquier tecnología de transmisión de paquetes de datos, sobre la mujer se manifiesta con el llamado ciberacoso.

El ciberacoso puede definirse como un tipo de violencia y/o acoso perpetrado en el ámbito de las redes sociales, que conlleva agresión y hostigamiento reiterado, que causa temor y amenaza la seguridad de las víctimas en los entornos virtuales y que se

manifiesta de diversas maneras. Implica, agresión psicológica, sostenida y repetida en el tiempo, contra una mujer, utilizando para ello las nuevas tecnologías con el objetivo de dominación, o la discriminación, que devela el abuso de la posición de poder y debe suponer una intromisión, sin consentimiento, en la vida privada de la víctima.

La modalidad más habitual es el acoso, que “*es una de las formas en que se manifiesta la violencia contra las personas, y cuando es violencia ejercida contra las mujeres, se vulnera el derecho de éstas a vivir una vida libre de violencia, convirtiéndose en una modalidad de violencia de género, por cuanto -como establece la ley integral de violencia- se trata de un caso de violencia psicológica*”<sup>26</sup>.

Se agrava ya que es cometido en la oscuridad y el anonimato, pero un acoso público; hecho por un individuo que lo convierte en un acto en colectivo por el medio virtual permitiendo que otras personas se sumen al acoso. Todo ello facilitado por la accesibilidad de difusión y reproducción: internet siempre está disponible, es constante, carece de horarios y de barreras geográficas. Lo único que necesita el cyberstalker *es una computadora, smarthphone o cualquier otra terminal con acceso a Internet.*

También se advierte otra conducta repulsiva: el *doxxing* (o *doxing*, de *dox*, término derivado de la abreviatura inglesa de documentos, *docs*) consiste en revelar en Internet datos o documentos personales o de la identidad de la mujer sin su consentimiento. Puede ser información personal como su dirección, los nombres de sus hijos e hijas, el número de teléfono o la dirección de correo electrónico.

<sup>26</sup> Buompadre, Jorge Eduardo, “Violencia de Género en la era digital. Modalidades mediante el uso de la tecnología”, ed. Astrea, Bs As. 2016, ps. 141/2.

Es violatoria de la intimidad.

Otro mecanismo vil se manifiesta con la cobardía de compartir imágenes íntimas, sustraídas o no consentidas por la mujer de una persona al universo virtual, a menudo realizada por despecho u odio, que se llamó pornovenganza, cuando no efectuado de otro modo más vil: con un trol quien con identidad simulada publica deliberadamente comentarios abusivos, a veces con la intención expresa de causar alarma, angustia o humillación y de presionar a las mujeres fuera de Internet.

La violación a la intimidad o la privacidad es mayúscula.

El acoso virtual (*cyberbullying*) es múltiple y variado; puede consistir en acusaciones falsas, difamación y calumnias; e incluir monitoreo, robo de identidad, amenazas, vandalismo, solicitud de sexo o recopilación de información que pueda usarse para amenazar, avergonzar o acosar.

El asedio y la presión sobre el sector lleva a extremos como la autocensura, o la exclusión de esta vida social o la interactuación de las víctimas del asedio, cuando no a la comisión lisa y llana de delitos.

Esta forma de violencia, diferente a las tradicionales offline, causan daños de otra envergadura y dimensión que los físicos, es condicionamiento psicológico, es limitativa de la libertad de la mujer, condicionante de su actividad y elecciones,

Se produce una violencia psicológica, que *“es la que ocasiona un daño emocional y una disminución de la autoestima y perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, buscando degradar o controlar mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación, aislamiento, incluyéndose también la culpabilización, vigilancia*

*constante, ... coerción verbal, persecución, insulto, ... o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación”* conforme la ley 26.485<sup>27</sup>, y ello se manifiesta en internet con el abuso de las redes sociales, en particular, contra la mujer.

Como no existe regulación específica sobre determinadas acciones para subsumirlas en alguna figura delictiva no podemos dejar de soslayar que el ciberacoso, es una conducta antisocial que causa un enorme daño a quien es víctima del mismo mediante el uso de las redes sociales vía internet. Es exactamente lo opuesto a la finalidad de las nuevas formas de comunicación.

La legislación penal<sup>28</sup> es insuficiente, más allá de los auspiciosos proyectos de reforma, lo que se suma a que esta repudiable modalidad tiene características particulares, como su capacidad de reproducción sin límites, o la difusión sin fronteras donde la víctima puede sufrir daños de imposible reparación, en ocasiones mediante un anonimato que permite la impunidad.

La autorregulación como las técnicas de denuncia, bloqueo, etc., que cada red social instrumenta son imprescindibles, pero solo un punto de partida insuficiente para conjurar el daño.

El entramado social que genera una red – cualquiera sea – tiene la intención de generar más y mejores vínculos entre los seres humanos, pero saca, en ocasiones lo peor de algunas personas y allí entonces debe estar la respuesta del derecho.

<sup>27</sup> La ley 26.485 denominada “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” sancionada en marzo y publicada en abril 2009

<sup>28</sup> Verg. Ley 26.388, agrava figuras, incorpora otras, en armonía con la ley de datos personales, Ley 25.326, lo mismo la ley 26.904 que modifica el art. 131 del Cód. Penal.



Creemos que la primera y más eficaz defensa – aunque no la única- empieza con la acción autosatisfactiva que impida que se agrave, se restrinja, lesione o amenace un derecho fundamental – sobre todo a la mujer – por el mal uso de internet y sobre todo por las redes sociales.

De este modo se puede mitigar y hasta prevenir daños que pueden afectar a la mujer en un contexto de libertad que debe ser ordenada y respetuosa de los límites que solo la dignidad del ser humano debe imponer a todo el comportamiento social.

# 2

## OS SOCIAL BOTS NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA: DA CONVENIÊNCIA À AMEAÇA DEMOCRÁTICA

### THE SOCIAL BOTS IN THE TRANSPARENCY SOCIETY: FROM CONVENIENCE TO DEMOCRATIC THREAT

#### **Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky**

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Relações Privadas e Constituição pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia (ESA), OAB/ES. Secretário-Geral Adjunto da Comissão de Combate à Corrupção da OAB/ES (2021). Presidente da 6ª Turma Julgadora (2019-2021) e membro do Órgão Especial (2021), ambos do Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da OAB/ES. Advogado.  
E-mail: [bruno@calmonmachado.com.br](mailto:bruno@calmonmachado.com.br)

#### **Andre Filipe Pereira Reid dos Santos**

Sociólogo, professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e líder do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. E-mail: [afprsantos@gmail.com](mailto:afprsantos@gmail.com)

#### **Elda Coelho de Azevedo Bussinguer**

Pós doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora Chefe da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (Qualis A1).

## RESUMO

O presente artigo busca analisar os conceitos de vida em enxame sociedade da transparência segundo Byung-Chul Han. Tenta explicar, em breve retrospecto, o surgimento e a evolução dos robôs sociais na ágora virtual, e identificar alguns dos episódios onde sua influência foi constatada. Conclui que a participação desses atores tem exercido indevida influência sobre a capacidade de autodeterminação pessoal, sendo apta a comprometer a dinâmica democrática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade da transparência. Redes sociais. Social bots. Democracia. Ameaça.

*Recebido em: 26.11.2021*

*Aceito em: 14.02.2022*

## INTRODUÇÃO

Perfis psicológicos bastante precisos têm sido traçados a partir de informações garimpadas em páginas eletrônicas e nas redes sociais. Tendo-os por esteio, as grandes corporações vêm criando estratégias diversificadas para influenciar pessoas, individual e coletivamente. Pesquisadores vêm se ocupando de investigar esse tema que, ante a sua atualidade e contínuo desenvolvimento, ainda não foi segura e apropriadamente regulamentado.

Os hercúleos esforços das ciências sociais em tentar estabelecer um real diagnóstico sobre os impactos das novas tecnologias no dia a dia são constantemente desafiados pela acumulativa (re) criação e (re)invenção dos mecanismos e aparatos tecnológicos – afinal, a tecnologia se alimenta de si mesma, gerando, invariavelmente, mudanças. A situação se torna ainda mais gravosa porque, antes que todos os efeitos da inserção das tecnologias

voltadas à transformação do comportamento humano pudessem ter sido mapeadas e estudadas, outras ferramentas foram adicionadas nessa difícil e turva equação. É este o caso dos chamados *social bots* – programas (*softwares*) que controlam contas em redes sociais –, que recentemente surgiram na ágora digital. Esses robôs estariam exercendo influência no processo de formação da opinião e, portanto, na tomada de decisões, com aptidão de moldar a opinião pública, partindo do plano virtual (das mídias sociais) e culminando no plano material (o “mundo real”).

Dotados de inteligência artificial cada vez mais aguçada, os robôs sociais pulverizam boatos e notícias jornalísticas (tanto as flagrantemente falsas como as de conteúdo incerto, nebuloso, justamente por terem sido personalizadas para um determinado propósito), são capazes de interagir com outros usuários e, no universo das mídias sociais, de se associarem a determinadas pessoas-chave, de modo a aumentar seu número de seguidores, maximizando a divulgação de suas opiniões e ideias, o que acaba por gerar um círculo vicioso – essas mesmas informações, agora recebidas por terceiros, que pensam de forma assemelhada, não só reforçam sua forma de pensar como serão por eles posteriormente replicadas àqueles que integram suas respectivas redes de relacionamento, que, por sua vez, as repassarão aos seus próprios amigos e seguidores, ensejando um compartilhamento espiral-crescente dessas informações dúbias.

Como toda tecnologia, os robôs sociais não possuem valor moral intrínseco, mas somente aquele decorrente do uso que se lhe atribuem. Nesse sentido, a forma de utilização e o potencial pernicioso dessas ferramentas vêm sendo problematizados, investigando-se em que medida o uso de *bots* vêm afetando os hábitos de consumo e as opiniões políticas, se têm sido utilizados para hostilizar adversários, para protagonizar campanhas

de “cancelamento” ou se teriam aptidão para ruir o processo democrático.

Para os propósitos deste artigo, considera-se oportuno refletir a respeito do contexto em que vivemos, pesquisar o que são e como atuam os robôs sociais, perquirir em quais ambientes e momentos sua presença foi identificada para, ao final, tentar identificar os impactos decorrentes de sua influência. A pesquisa foi realizada a partir de literatura especializada, multidisciplinar. Os artigos de referência foram selecionados mediante pesquisa junto à base de dados Scielo e, também, por meio do buscador Google Scholar, dos quais foram separados estudos relacionados aos temas “social bots”, “novas tecnologias”, “democracia”, “cidadania”, “manipulação”. Os livros nacionais e internacionais, elencados em tópico próprio, foram escolhidos por meio dos mesmos critérios, a partir dos buscadores Google e Amazon.

Na primeira parte foi realizada uma revisão da literatura científica, com ênfase em duas obras do filósofo Byung-Chul Han, que com olhar arguto empreendeu diagnóstico da sociedade contemporânea e conjecturou a respeito da futura, vaticinando a acentuação da transparência, autoexploração, dependência das mídias sociais e desinformação. Ao longo dessa fase, seu prognóstico foi confrontado com matérias jornalísticas. Na segunda parte, os robôs sociais foram conceituados e classificados; após, foi traçado um rápido retrospecto dos avanços tecnológicos que permitiram seu surgimento e rápida evolução, elencando-se, em seguida, alguns dos principais episódios em que sua presença e influência foi identificada.

## A VIDA EM ENXAME NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

A sociedade vem se transformando com inaudita rapidez. Embora tenham sido necessárias centenas de anos para que se

consolidasse a primeira rede informacional, que evoluiu dos papíros, por volta do ano 2500 a.C., à prensa de Gutenberg, em torno de 1450, uma vez criado o computador, em 1946, em menos de meio século se tornou viável – e, por que não dizer, irrefreável – o fenômeno da mundialização, que estreitou o mundo. A partir de 1995, com a abertura do capital da empresa Netscape (*browser*) na bolsa de valores norte-americana e com o lançamento, pela Microsoft, do sistema operacional Windows 95, os reais potenciais da internet foram evidenciados: num estreito intervalo de tempo esta substituiu um modelo de plataforma baseado em hardware (físico) por outro alicerçado em rede (virtual), conjuntou experiências até então antagônicas, como trabalho e lazer, e, tendo estimulado a padronização dos protocolos de comunicação, acabou homogeneizando, estruturalmente, os veículos informacionais, viabilizando a interconexão simbiótica de todos os atores da vida em sociedade (pessoas, empresas e governos). O facilitado acesso à informação, aliado ao contínuo barateamento dos custos de produção desses novos dispositivos eletrônicos e dos serviços por eles proporcionados, sem olvidar da diminuição no tamanho desses acessórios, que, paradoxalmente, passaram a agregar em seu rol de especificações uma gama cada vez maior de funções, são fatores que indubitavelmente conferiram maior dinamismo e eficiência às relações pessoais, comerciais e governamentais, mas que trouxeram consigo problemas novos e preocupantes.

É nesse contexto de incessantes transformações que Byung-Chul Han<sup>1</sup> classifica a sociedade contemporânea de transparente, adjetivando-a de positiva, exposta e acelerada. Nela, diz, já não há espaço para dialeticidade, para a contradição

<sup>1</sup> Byung-Chul Han, *No Enxame: Perspectivas Do Digital* (Brasil: Vozes, 2018).

e a contraposição de ideias, para a maturação das opiniões, haja vista que tais dinâmicas necessariamente reclamam negação e reflexão, práticas que criam resistências e obstáculos ao fluxo informacional, paralisando, por assim dizer, a comunicação de conteúdo e qualidade, há muito sacrificada no altar do capital. A transparência, explica o autor, objetiva uniformizar a sociedade, estabilizar e acelerar o sistema, operacionalizar o agir e o pensar, eliminando, por conseguinte, o diferente<sup>2</sup>, que é rejeitado. Hoje rasa, uniforme e despolitizada, a sociedade da transparência, alimentada pela hiperinformação e hipercomunicação, só tem espaço para o “curtir”, já que a alternativa – o “não curtir” – sequer lhe é franqueada<sup>3</sup> pelas grandes corporações, que são as mantenedoras das redes sociais – vale destacar que o Youtube, que permite “não curtir”, não é uma rede social, como Twitter, Facebook e Instagram, mas plataforma de mídia social.

Ainda segundo Byung-Chul Han<sup>4</sup>, o mundo se transformou numa grande feira de exposição, onde não só objetos, mas pessoas, agora reificadas, assumiram o status de meras mercadorias que, como tal, para verem maximizado o seu valor expositivo, de mercado, submetem-se voluntária e deliberadamente à hiper-visibility, divulgando-se por meio de *selfies*, de imagens superficiais e de rótulos curtos, desprovidos de qualquer complexidade, numa publicização bastante assemelhada a dos anúncios de marketing<sup>5</sup>. Noutro falar, na sociedade da transparência não há espaço para a privacidade e a intimidade, porque o privado foi transformado em público, e, exatamente por isso, tornou-se passível de exploração. O contrário, ou seja, a opção por viver

<sup>2</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017), 11.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 24-25.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 27.

<sup>5</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017), 34-35.

reservadamente, produto do clássico “direito a ser deixado em paz”, que em Warren e Brandeis<sup>6</sup> era considerado uma conquista jurídica à injusta ingerência externa na esfera íntima, passou a ser questionado social e economicamente.

Expressão desse fenômeno é identificada em artigos veiculados em periódicos com tradição jornalística, como o *Der Tagesspiegel*<sup>7</sup> e *Forbes*<sup>8</sup>, que levantaram graves suspeitas àqueles que optam por não participar das redes sociais, sinalizando que, no entender de alguns psicólogos, o ato consciente de a elas não se associar seria um indicativo de anormalidade ou de disfunção, robusta ao ponto de prejudicar o indivíduo na busca por empregos. Paradoxalmente, Alexander et al.<sup>9</sup> também sinalizam que a má utilização desses veículos de informação (com a exposição de fotos ou imagens de substâncias ilícitas, de cunho sexual, ou mesmo o uso, por vídeos ou textos, de palavreado inapropriado), é fator obstativo ao alcance desse desiderato.

Ao invés de buscar acentuar a moral, prossegue Byung-Chul Han<sup>10</sup>, a transparência dos tempos hodiernos segue pauta própria, de a todos impor uma dinâmica de exploração acentuada

<sup>6</sup> Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 4, no. 5 (December 15, 1890): 193–220. <https://doi.org/10.2307/1321160>.

<sup>7</sup> Katrin Schulze, “Machen Sich Facebook-Verweigerer Verdächtig?”, *Der Tagesspiegel Online*, July 24, 2012, sec. Gesellschaft. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/nach-dem-attemptat-von-denver-kein-facebook-profil-kein-job-angebot/6911648-2.html>.

<sup>8</sup> Kashmir Hill, “Beware, Tech Abandoners. People without Facebook Accounts Are ‘Suspicious.’”, *Forbes*, 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/08/06/beware-tech-abandoners-people-without-facebook-accounts-are-suspicious/#16dab5638f95>.

<sup>9</sup> Elizabeth C. Alexander, Deanna R. D. Mader e Fred H. Mader, “Using Social Media During the Hiring Process: A Comparison Between Recruiters and Job Seekers”, *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 29, n.º 1 (janeiro de 2019): 78–87. <https://doi.org/10.1080/21639159.2018.1552530>.

<sup>10</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017), 104.



com fins de otimizar lucros. Ansiosos pelo novo valor atribuído à visibilidade – que nesse contexto foi transformada em *commodity* –, os indivíduos livremente se desnudam e se expõem aos outros e ao mercado, sendo ao mesmo tempo agressores e vítimas neste cenário panóptico aperspectivístico de controle que as redes sociais propiciaram – o projeto de Jeremy Bentham<sup>11</sup> acabou, por assim dizer, aprimorado: antes adstrita a prisões, hospitais, fábricas e escolas, a supervisão, que nele era autoritária, centralizada, realizada pelo “inspetor” a partir de uma estrutura arquitetônica cuidadosamente preparada para que uma única pessoa pudesse observar várias outras sem ser pior elas espiada, tornou-se multifocal e democratizada, já que empreendida de forma simultânea e em tempo real, em todos os lugares por um sem número de atores<sup>12</sup>.

O “homem digital” – isolado, porém umbilicalmente ligado aos milhões de outros indivíduos que virtualmente o ladeiam – é o principal componente desse enxame virtual, no qual a pessoa se expõe e compete por atenção, o fazendo por meio de um perfil que é por ele ininterruptamente otimizado<sup>13</sup> com informações e fotografias deliberadamente escolhidas para visibilizá-lo em meio à multidão de outros perfis que anelam o mesmo fim.

Para a consecução dessa “visibilidade”, o homem digital alimenta as grandes corporações, gestoras de ditos perfis, com dados pessoais (nome, idade, filiação, parentes etc.), opções políticas (direita, esquerda etc.), crenças filosóficas e religiosas (ateu, católico, protestante, espírita etc.), e imagens. Desse amalgame de dados torna-se possível extrair parâmetros biométricos

<sup>11</sup> Jeremy Bentham, *O panóptico*, organizado por Tomaz Tadeu Silva (Brasil: Autêntica, 2000).

<sup>12</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017), 106-108.

<sup>13</sup> Byung-Chul Han, *No Enxame: Perspectivas Do Digital* (Brasil: Vozes, 2018), 28.

(cor de pele, cabelo, tipo de corte, altura e peso, tamanho do nariz e dos olhos, distância entre orelhas e olho, olhos e nariz, nariz/olhos e boca etc.) e aferir informações de ordem subjetiva, como hobbies (mediante a análise do local, contexto e hora em que estas foram tiradas), capacidade financeira (pela indumentária ou acessórios exibidos, ou mesmo na eventualidade de o local da fotografia ser acesso restrito ao público, hipótese em que seria possível cotejar o preço cobrado pelo ingresso com a possível repetição de eventos), ou associações (amigos presentes na foto, ou que a tenham compartilhado em seus respectivos perfis).

Até as mensagens publicadas e as páginas acessadas se tornam fonte de informação, pois a partir delas é possível inferir, por exemplo, o grau de escolaridade (textos mais elaborados ou sem complexidade, técnicos ou comuns), interesses pessoais (produtos, serviços, sexual) e reais inclinações políticas e religiosas. Importante observar que mesmo o tempo despendido na simples visualização das mensagens, ainda que não lidas, ou o mero movimento dos olhos ao longo de todo o processo é mensurado e passa a ter utilidade prática. Depois de processada e classificada, essa grande massa de informações gera dados sobre dados (*metadados*), que de sua vez serão inseridos em blocos informacionais ainda maiores (*big data*) e posteriormente remanipulados ao talante do freguês, sejam eles pessoas, corporações ou governos.

É oportuno lembrar que há apenas dois anos – ou seja, em 2017 –, o Brasil atingiu a expressiva marca de 126,4 milhões de usuários de internet, com 98% dos acessos efetivados via aparelhos de telefonia celular<sup>14</sup>. Em 2019, segundo relatório elaborado

<sup>14</sup> Daniel Silveira, “Brasil Ganha 10 Milhões de Internautas Em 1 Ano, Aponta IBGE.”, G1, 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/20/numero-de-internautas-cresce-em-cerca-de-10-milhoes-em-um-ano-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>.

pelos portais Hootsuit e We Are Social<sup>15</sup>, o número de usuários aumentou para 149,1 milhões, cerca de 70% da população nacional, dos quais 140 milhões possuíam conta ativa em redes sociais. Tudo isso significa que, a pretexto de “personalizar a experiência do usuário” – que receberia das grandes corporações, de forma célere, a informação, o serviço ou o produto porventura procurados – estas, verdadeiras caçadoras de dados, passaram a conhecê-lo intimamente – mais, inclusive, do que o próprio indivíduo, numa perspectiva de autoconsciência.

Esse conhecimento avançado lhes possibilitou engendrar estratégias agressivas de ação, incitando condutas, prescrevendo desejos e exercendo coação emocional e psicológica. À título puramente exemplificativo, rememora-se matéria jornalística veiculada há sete anos no *The New York Times Magazine*, intitulada “como as empresas descobrem seus segredos”<sup>16</sup>. Nesta, fica mais do que evidenciado que já à época eram coletadas informações como idade, estado civil, número de filhos, bairro residencial, a distância entre casa e loja, salário estimado, se a residência era recente, quais cartões de crédito eram utilizados, quais páginas eletrônicas eram acessadas, histórico de empregos, escolaridade, tópicos de interesse em pesquisas online, quais as marcas de café, papel, cereal costumeiramente adquiridos, hábitos de leitura e inclinações políticas. Ainda segundo o autor, contrastando tais dados com uma lista de vinte e cinco produtos, as empresas conseguiam dizer, com alarmante margem de êxito (87%), se uma consumidora estava grávida e o estágio

<sup>15</sup> Hootsuite e We are social, “Digital 2019: Brazil.” DataReportal – Global Digital Insights, 2019. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://datareportal.com/reports/digital-2019-brazil>.

<sup>16</sup> Charles Duhigg, “How Companies Learn Your Secrets (Published 2012)”, *The New York Times*, 16 de fevereiro de 2012. <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>. Livre tradução.

gestacional. A partir daí, ela receberia indicações de produtos e serviços para tal segmento.

Sete anos depois, já em 2020, todo esse vigilantismo, agora acentuado pelo que Éric Sadin<sup>17</sup> chama de “tecnoideologia”, se tornou ainda mais invasivo – subcutâneo, segundo Yuval Noah Harari<sup>18</sup>. Habitadas à dinâmica da vida exposta (porque rotineiramente submetida a dispositivos de biometria para ter acesso a locais privados, como condomínios, ou a aparelhos de raio X, para ingressar em aeroportos e repartições públicas, ou, ainda, por medida de segurança, a serem filmadas em logradouros públicos e em ambientes particulares, tendo as placas de seus veículos verificadas automaticamente por cercos eletrônicos de vídeo-monitoramento, além de, em contexto de pandemia, serem preventivamente fiscalizadas por questões sanitárias), as pessoas abdicaram de sua intimidade e passaram a se utilizar – seja como simples sinal de status social ou para potencializar sua capacidade de autodeterminação corporal – de acessórios outrora típicos do vestuário, como é o caso de pulseiras e relógios, no intuito de, otimizando a vida, avaliar atividades físicas, mensurar seu gasto calórico, medir a temperatura corporal e a gordura corporal, fiscalizar a frequência cardíaca, além de resguardar sua segurança contra fatores de stress, mediante a análise do seu tom de

<sup>17</sup> Jonas Jorge, “‘Vemos Muito Bem Que O Milagre Da Inteligência Artificial Não é Para Nós, Mas Para a Indústria’, Entrevista Com Éric Sadin.” [www.ihu.unisinos.br](http://www.ihu.unisinos.br), 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599447-vemos-muito-bem-que-o-milagre-da-inteligencia-artificial-nao-e-para-nos-mas-para-a-industria-entrevista-com-eric-sadin>.

<sup>18</sup> Jonas Jorge, “Aproxima-Se a Era Da Vigilância Subcutânea, Adverte Yuval Noah Harari”, [www.ihu.unisinos.br](http://www.ihu.unisinos.br), 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599123-aproxima-se-a-era-da-vigilancia-subcutanea-adverte-yuval-noah-harari>.

voz<sup>19</sup>, ou contra ameaças externas, pela detecção de resquícios de agressividade na fala e maneirismos de terceiros<sup>20</sup>.

É nesse contexto de virtualização e ultrafiscalização da vida, em boa parte travada na infovia digital, no ciberespaço, que, como já foi anteriormente dito, emerge a problemática presentemente discutida: os *social bots*, programas que emulam e interagem com humanos em ambiente virtual. O surgimento e a rápida evolução desses novos atores na ágora virtual foi objeto do tópico seguinte.

## A ASCENSÃO DOS “SOCIAL BOTS”

Para os fins deste estudo, o substantivo robô deve ser considerado não em sua concepção contemporânea, requeitada pela ficção científica, mas na original, idealizada por Capek<sup>21</sup> em R.U.R. (Robôs Universais de Rossum) – em checo, sua língua nativa, a palavra *robot*<sup>22</sup> significa trabalho forçado, gratuito, prestado pelo escravo/servo ao soberano/senhor. Num recorte bastante estreito, específico para os propósitos deste artigo, os robôs deverão ser doravante compreendidos como *softwares*, ou, noutro falar, programas de computador elaborados para atender a um fim específico, repetitivo, massivo, pré-determinado em

<sup>19</sup> Diego Sousa, “Amazon Lança a Pulseira Inteligente Halo E Vai Disputar Mercado Com a Mi Band”, Canaltech, August 27, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://canaltech.com.br/gadgets/amazon-halo-band-preco-lancamento-ficha-tecnica-170644>.

<sup>20</sup> Gemma Simpson, “‘Big Brother’ Cameras Listen for Fights”, CNET, 2006. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.cnet.com/news/big-brother-cameras-listen-for-fights>.

<sup>21</sup> Karel Capek, *RUR* (Estados Unidos da América: Gateway, 2013).

<sup>22</sup> Houaiss, “Grande Dicionario Houaiss.”, [houaiss.uol.com.br](https://houaiss.uol.com.br). Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://houaiss.uol.com.br>. Robô (definição).

scripts, rotinas de trabalho, no menor intervalo de tempo e com mínimo investimento de recursos.

Não obstante, a despeito do enquadramento estrito ora conferido à palavra robô, é oportuno se afastar da etimologia e suscitar reflexão a respeito de como as pessoas têm se tornado robotizadas, na concepção ampla do termo, à semelhança dos *bots* mencionados no estudo. A sociedade pós-moderna está cada vez influenciável, ou, melhor dizendo, programável, suscetível a influências externas, seja adotando ações e posturas ou reagindo a estímulos provocados pelas grandes corporações, as mantenedoras das plataformas de redes sociais, ou por seus parceiros comerciais. Nesse contexto de livre arbítrio mitigado, reflexo da contínua fragilização da autonomia individual, importa questionar se as pessoas não estão em vias de se tornar, também, robôs, já que em certa medida, em maior ou menor escala, vivem de forma automatizada, irrefletida, reativa, atendendo a comandos que lhes foram passados.

De princípio, os *bots* se restringiam à categoria dos *web crawlers*, utilizados para mapear a internet, corrigir códigos-fonte, *hyperlinks* defeituosos e catalogar o conteúdo (tanto o inteiro teor como palavras-chave) de sítios eletrônicos que seriam posteriormente indexados nos ainda embrionários motores de busca (como Google, Yahoo e AltaVista). Atento ao formidável potencial desses novos instrumentos, o mercado rapidamente os absorveu, adaptando-os para o monitoramento e a coleta de dados mais específicos, como inventário e preços praticados pela concorrência. Depois, objetivando ampliar o seu escopo de atuação, os robôs foram adaptados à coleta de endereços eletrônicos (*e-mail*), para os quais as empresas passaram a enviar mensagens comerciais não solicitadas (*spam*), no intuito de ampliar seu rol de consumidores.

Com a ampla popularização das plataformas de redes sociais – fenômeno que tomou corpo a partir do ano de 2005<sup>23</sup> –, estas passaram de meras expositoras a massivas produtoras de conteúdo, atraindo a atenção dos caçadores de dados. Para dimensionar o potencial de aglutinação de usuários e de produção de informação, basta lembrar que o Facebook, aberto ao público naquele ano, passou de 5,5 milhões, em 2005<sup>24</sup>, a 2.5 bilhões de usuários mensalmente ativos em 2019<sup>25</sup>; o *microblogger* Twitter, lançado em 2006, passou de, em 2012<sup>26</sup>, 100 milhões para, em 2019, 500 milhões de usuários<sup>27</sup>; o compartilhador de fotos e vídeos Instagram, lançado em 2010 e adquirido em 2012, ao preço de 1 bilhão de dólares<sup>28</sup>, pelo próprio Facebook, passou de 30 milhões<sup>29</sup> para, no ano corrente, mais de 1 bilhão de usuários<sup>30</sup>,

<sup>23</sup> Danah Boyd e Nicole Ellison, “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”. *IEEE Engineering Management Review*38, n.º 3 (2010): 16–31. <https://doi.org/10.1109/emr.2010.5559139>.

<sup>24</sup> The Associated Press, “Number of Active Users at Facebook Over the Years”, Yahoo Finance - Stock Market Live, Quotes, Business & Finance News, 23 de outubro de 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://finance.yahoo.com/news/number-active-users-facebook-over-years-214600186--finance.html>.

<sup>25</sup> OMNICORE, “• Facebook by the Numbers (2021): Stats, Demographics & Fun Facts.” OMNICORE, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.omnicoreagency.com/facebook-statistics>.

<sup>26</sup> Steve, “What’s Trending? The Evolution of Social Networks | Loebner.” LOEBNER, July 20, 2019. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://loebner.net/whats-trending-the-evolution-of-social-networks>.

<sup>27</sup> OMNICORE, “• Twitter by the Numbers (2021): Stats, Demographics & Fun Facts.” OMNICORE, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.omnicoreagency.com/twitter-statistics>.

<sup>28</sup> VEJA, “Facebook Compra Instagram Por 1 Bilhão de Dólares.” VEJA, 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://veja.abril.com.br/tecnologia/facebook-compra-instagram-por-1-bilhao-de-dolares>.

<sup>29</sup> Emil Protalinski, “Instagram Passes 50 Million Users.” ZDNet, 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.zdnet.com/article/instagram-passes-50-million-users>.

<sup>30</sup> OMNICORE, “• Instagram by the Numbers (2021): Stats, Demographics & Fun Facts.” OMNICORE, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.omnicoreagency.com/instagram-statistics>.

todos eles expositores que, competindo por atenção, personalizam seus respectivos perfis, abdicando de sua intimidade e de sua vida privada no afã de melhor se amoldarem à sociedade da transparência<sup>31</sup>.

Tendo se apercebido da fecundidade desse laboratório social – a utilização dessas redes se dá com frequência diária, seu público é amplo e diversificado e o conteúdo produzido é massivo, fatores que tornam infundáveis as possibilidades sociais e comerciais –, os *web crawlers* (ou, melhor dizendo, seus titereiros) ajustaram seu *locus* e passaram a neles garimpar dados para, como bem asseverou Fernanda Bruno<sup>32</sup>, “monitorar, arquivar, classificar, conhecer, individualizar”, a fim de exercer controle social, ou seja, definir critérios preditivos para construir biografias futuras, de forma a se antecipar a um porvir já antevisto. A essa tentativa de vigiar, controlar e influenciar o indivíduo não de fora, mas a partir de dentro, não para aprimorar valores éticos e morais, com o intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil), mas para maximizar lucros e influenciar pessoas, Byung-Chul Han<sup>33</sup> nomina psicopoder, psicopolítica digital, fenômeno que vai ao encontro da tecnolideologia referida por Éric Sadin<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017).

<sup>32</sup> Fernanda Bruno, “Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital”. *Revista FAMECOS*15, n.º 36 (novembro de 2008): 10. <https://doi.org/10.15448/1980-3729.2008.36.4410>.

<sup>33</sup> Byung-Chul Han, *No Enxame: Perspectivas Do Digital* (Brasil: Vozes, 2018), 130.

<sup>34</sup> Jonas Jorge, “‘Vemos Muito Bem Que O Milagre Da Inteligência Artificial Não é Para Nós, Mas Para a Indústria’”. Entrevista Com Éric Sadin.” [www.ihu.unisinos.br](http://www.ihu.unisinos.br), 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599447-vemos-muito-bem-que-o-milagre-da-inteligencia-artificial-nao-e-para-nos-mas-para-a-industria-entrevista-com-eric-sadin>.



Não satisfeito com esse papel quase que oracular, o mercado engendrou um novo tipo de ator, agora apto a produzir conteúdo e a estabelecer relações com humanos em ambiente digital: os *social bots*. Esses novos robôs são gênero do qual defluem espécies variadas, que podem ser classificadas, na base, em benignos ou malignos<sup>35</sup>, a depender de seus objetivos – fundamentalmente, estão inseridos na primeira categoria os *softwares* que atuam em conformidade com a lei ou segundo as boas práticas comerciais; inversamente, integram a segunda os programas destinados a desorientar, explorar, difundir informações inexatas ou inverídicas, propagar rumores, pôr em circulação mensagens comerciais não solicitadas, difundir *malwares* ou criar ruídos na comunicação, poluindo o debate e prejudicando a divulgação e a maturação do conhecimento.

Emílio Ferrara et al.<sup>36</sup> elencam, dentre os diferentes tipos de robôs sociais, os *chat bots* (robôs de bate-papo), *softwares* de menor complexidade técnica que, em diálogos textuais, simulam e parcialmente substituem a presença humana, desempenhando atribuições mais simples, como encaminhar chamadas ao destinatário adequado e fornecer informações específicas a respeito de produtos e serviços, otimizando, portanto, a rotina de trabalho, do que são exemplo a Bia<sup>37</sup> e a Lu<sup>38</sup>; as *mobile phone*

<sup>35</sup> Anjali Kumari, Partha Paul e Kumar Rajnish, “Bots a New Evolution of Robots: A Survey.” *Lecture Notes in Electrical Engineering*, 2019, 201–10. [https://doi.org/10.1007/978-981-13-7091-5\\_19](https://doi.org/10.1007/978-981-13-7091-5_19).

<sup>36</sup> Emilio Ferrara, Onur Varol, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini, “The Rise of Social Bots”. *Communications of the ACM* 59, n.º 7 (junho de 2016): 96–104. <https://doi.org/10.1145/2818717>.

<sup>37</sup> Bradesco, “BIA bradesco inteligência artificial para você | bradesco”. Bradesco. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://banco.bradesco/inovacao/bia.shtm>.

<sup>38</sup> Magazine Luiza, “Inteligência Artificial Saiba O Que é - Lu Explica.” Magazine Luiza, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.magazineluiza.com.br/portaldalu/inteligencia-artificial-saiba-o-que-e/63919/>.

*assistants* (assistentes de celular), como a Siri (Apple) e Alexa (Amazon), programas mais complexos do que a espécie anterior, seja porque se utilizam de tecnologia de reconhecimento de voz para servir como tradutores entre usuário e aparelho ou porque gozam de maior possibilidade de ação; os *political bots* (robôs políticos), cujo propósito é gerar e replicar informações e participar de conversas de natureza política; e os *spam bots* (robôs de spam), empregados para disseminar mensagens e propagandas em favor de terceiros, sejam elas pessoas, empresas ou governos.

Em seus primórdios, os *social bots* eram de fácil identificação, porque os *metadados* por eles produzidos ostentavam padrões claros e bem delineados que contrastavam com os modelos tipicamente humanos. Critérios como horário (frequência expressiva, quase ininterrupta, ignorando horários de labor, lazer, refeição e descanso), tipo de atividade (elevado número de publicações, tempo despendido em cada postagem, grande volume de solicitações de amizade), conteúdo (características textuais e gramaticais das publicações) e vínculos associativos (número de usuários com quem interagem, se mantinham relações com outros robôs) aclaravam as diferenças entre uns e outros.

Mais recentemente, estratégias elaboradas foram adotadas para obscurecer esses parâmetros de aferição, de modo a dificultar a definição dos padrões comportamentais e métricos. Os robôs passaram a colher dados nas mídias sociais para, com eles, personalizar, por ato próprio, automaticamente, seus respectivos perfis, atribuindo-lhes contornos menos artificiais e mais humanizados. Também foram ensinados a observar padrões circadianos de atividade, simulando fases de inatividade, e picos temporais de geração de conteúdo, que passaram a difundir em horários pré-ajustados, bem como a se engajar em conversas de usuários populares e influentes, para, no processo de comentar

e responder às publicações e mensagens, conquistar influência, incrementar seu número de seguidores e, por via de consequência, expandir seu círculo social, de modo a adquirir visibilidade e aumentar sua credibilidade no ambiente virtual<sup>39</sup>. Os mesmos robôs também passaram a cometer roubos de identidade<sup>40-41</sup>, tanto criando (com a utilização dos dados e fotos colhidos) como tomando à força (via *malwares*) ou, ainda, duplicando perfis, que em todos esses cenários passaram a ser por eles controlados tal e qual zumbis autômatos, que, no entanto, conseguem reproduzir com fidelidade os maneirismos da vítima, o que foi tornado possível pelo uso de *machine learning* a partir dos dados gerados pelo próprio prejudicado, ao longo da utilização de sua conta.

Estudos empíricos realizados por Christian Grimme et al.<sup>42</sup> demonstram que, por terem sido inseridos elementos de matriz computacional (emulação comportamental, criação, ampliação e manutenção automática da rede de seguidores) e humana (elaboração de conteúdo) nessa nova equação tecno-social, os tradicionais sistemas informáticos (como, por exemplo, o Botometer, outrora BotOrNot) e métodos empregados na detecção automática de robôs já não conseguem distinguir fácil e automaticamente esse novo tipo, adjetivado de híbrido (*hybrid social bots*), do usuário humano, porque ambos passaram a produzir

<sup>39</sup> Emilio Ferrara, Onur Varol, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini, “The Rise of Social Bots”. *Communications of the ACM* 59, n.º 7 (junho de 2016): 96–104. <https://doi.org/10.1145/2818717>.

<sup>40</sup> Emilio Ferrara, Onur Varol, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini, “The Rise of Social Bots”. *Communications of the ACM* 59, n.º 7 (junho de 2016): 96–104. <https://doi.org/10.1145/2818717>.

<sup>41</sup> Bruno Rafael Gueiros Barbosa, *Social bots: Uma análise sobre a gênese e o desenvolvimento dos robôs nas mídias sociais* (Amazon, 2018. Kindle).

<sup>42</sup> Christian Grimme, Mike Preuss, Lena Adam e Heike Trautmann, “Social Bots: Human-Like by Means of Human Control?” *Big Data* 5, n.º 4 (dezembro de 2017): 279–93. <https://doi.org/10.1089/big.2017.0044>.

conteúdo inteligente e confiável, recebido sem grandes reservas pelo público; uns e outros passaram a ostentar rede equilibrada de amigos e seguidores; os respectivos *metadados* passaram a deixar rastros similares, considerados os modelos-base de ação e reação. Noutra falar, a hibridização dos robôs sociais acabou por obscurecer as categorias de comparação da base de padrões, dificultando, assim, a sua identificação pelos sistemas de controle.

O cerne da discussão é que, a despeito de não ser possível precisar o real número de robôs em funcionamento (ativos ou latentes) na infovia digital, análises como a de Igal Zeifman<sup>43</sup> sinalizam que em 2016, ou seja, há quatro anos atrás, mais da metade de todo o tráfego *on-line* já era a eles direta ou indiretamente atribuído. No ano seguinte, os *bots* somavam mais de 100.000 contas no Facebook<sup>44</sup> e, segundo estimativas de Onur Varol et al.<sup>45</sup>, controlavam entre 9 e 15% de todas as contas do Twitter. Dois anos depois, apontam Mueen et al.<sup>46</sup>, totalizavam aproximadamente 49.2 milhões de contas.

Pelas próprias características imanentes à sociedade da transparência – que, como disse Byung-Chul Han<sup>47</sup>, é positiva,

<sup>43</sup> Igal Zeifman, “Bot Traffic Report 2016 | Imperva.” Blog, January 24, 2017. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.imperva.com/blog/bot-traffic-report-2016>.

<sup>44</sup> Florian Daniel, Cinzia Cappiello e Boualem Benatallah, “Bots Acting Like Humans: Understanding and Preventing Harm”. *IEEE Internet Computing* 23, n.º 2 (março de 2019): 40–49. <https://doi.org/10.1109/mic.2019.2893137>.

<sup>45</sup> Onur Varol, Emilio Ferrara, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini, “Online Human-Bot Interactions: Detection, Estimation, and Characterization,” March 27, 2017. <https://arxiv.org/pdf/1703.03107.pdf>.

<sup>46</sup> Abdullah Mueen, Nikan Chavoshi e Amanda Minnich, “Taming Social Bots.” *Proceedings of the 28th ACM International Conference on Information and Knowledge Management*, November 3, 2019. <https://doi.org/10.1145/3357384.3360315>.

<sup>47</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017).

acelerada, sem espaço para a dialeticidade e para a contradição e a contraposição de ideias – e como consequência lógica da dinâmica estrutural das plataformas de redes sociais – veículos de hipercomunicação e hiperinformação que primam não pela qualidade do que por meio delas é divulgado, mas pela mera continuidade do fluxo de dados –, a difusão (gradual ou imediata, porém estratégica e coordenada) de mensagens com conteúdo pré-determinado a um sem número de pessoas (amigos ou seguidores), que de sua vez exercerão influência sob sua própria rede de relacionamentos, significa que tais publicações terão ampla visibilidade, pois serão extensivamente impulsionadas, ainda que por breves períodos, para público indeterminado de destinatários. Essa divulgação amplificada produz a falsa impressão de que tais informações, ainda que inverídicas, são legítimas, já que populares, pelo simples fato de terem sido endossadas (respondidas, encaminhadas, “retwittadas”) pelos usuários, que, de seu turno, sequer tiveram a opção de “não curtir” tais publicações<sup>48</sup> e muitas das vezes não empreenderam análise qualitativa, criteriosa, de seu conteúdo.

Também é importante considerar a incidência e os efeitos na ágora virtual da teoria da “espiral do silêncio”<sup>49</sup>, segundo a qual as pessoas, por medo de isolamento, tendem a monitorar suas próprias opiniões para avaliar se harmonizam ou destoam das da maioria. No primeiro caso, o indivíduo tende a se manifestar, ao passo que no segundo, queda-se silente. Chun Cheng et al.<sup>50</sup> relembram que, diferentemente dos humanos, os robôs se

<sup>48</sup> Byung-Chul Han, *Sociedade da transparência* (Brasil: Vozes, 2017), 24.

<sup>49</sup> Elisabeth Noelle-Neumann, “The Spiral of Silence: A Theory of Public Opinion.” *Journal of Communication* 24, no. 2 (June 1, 1974): 43–51. <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.1974.tb00367.x>.

<sup>50</sup> Chun Cheng, Yun Luo e Changbin Yu, “Dynamic Mechanism of Social Bots Interfering With Public Opinion in Network”. *Physica A: Statistical Mechanics*

mantêm fiéis ao discurso que receberam por programação, que continuam a sustentar radicalmente ao longo de todo o debate, a despeito de vozes opostas, influenciando, portanto, a perspectiva dos demais. Aliás, aqueles autores concluíram, no que foram acompanhados por Ross et al.<sup>51</sup>, que “mesmo um pequeno número de robôs sociais foi suficiente para influenciar a opinião pública, provocando o silêncio de detratores humanos que acabou levando à aceitação da opinião dos *bots* como dominantes” (tradução nossa).

Como nas de redes sociais já não é possível distinguir humanos de robôs, as emoções são contagiosas<sup>52</sup> e as pessoas se habituaram a adotar uma perspectiva distorcida, absolutamente acrítica, do fator popularidade<sup>53</sup> – prestigiando não só produtos e serviços, mas também a opinião de quem é bem quisto e referendado por aqueles que o ladeiam nas plataformas digitais –, esses novos atores passaram a exercer grande influência social, difundindo rumores e desinformação, obstando políticas públicas, explorando a falsa noção de existirem movimentos populares em sentido contrário, contribuindo para a polarização da discussão política e até mesmo arruinando reputações, via de campanhas

---

*and Its Applications* 551 (agosto de 2020): 124163. <https://doi.org/10.1016/j.physa.2020.124163>.

<sup>51</sup> Björn Ross, Laura Pilz, Benjamin Cabrera, Florian Brachten, German Neubaum e Stefan Stieglitz, “Are Social Bots a Real Threat? An Agent-Based Model of the Spiral of Silence to Analyse the Impact of Manipulative Actors in Social Networks.” *European Journal of Information Systems* 28, no. 4 (January 14, 2019): 394–412. <https://doi.org/10.1080/0960085x.2018.1560920>.

<sup>52</sup> A. D. I. Kramer, J. E. Guillory e J. T. Hancock, “Experimental Evidence of Massive-Scale Emotional Contagion through Social Networks.” *Proceedings of the National Academy of Sciences* 111, no. 24 (June 2, 2014): 8788–90. <https://doi.org/10.1073/pnas.1320040111>.

<sup>53</sup> Daniel W. Heck, Lukas Seiling e Arndt Bröder, “The Love of Large Numbers Revisited: A Coherence Model of the Popularity Bias.” *Cognition* 195 (February 2020): 104069. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2019.104069>.

de “cancelamento”, que se prestam a tirar determinada pessoa de uma posição de destaque, influência e prestígio que porventura detenha em razão de atitudes tidas por questionáveis.

Um dos primeiros exemplos de cancelamento em ambiente virtual é encontrado no clássico conto de Julian Dibbell<sup>54</sup>, “A Rape in Cyberspace” (“um estupro no ciberespaço, ou como um palhaço do mal, um espírito haitiano de trapaça, dois bruxos e um elenco de dezenas de pessoas transformaram um banco de dados em uma sociedade”, tradução nossa). A história se desenrola numa plataforma virtual de um jogo eletrônico, no qual cada jogador participa e interage com os outros por meio de seu respectivo avatar. Um desses usuários – Mr Bungle – altera um subprograma “boneco de vodu” do jogo e, a partir disso, adota atitudes temerárias, como obrigar (no jogo) outros participantes a se portarem de forma réproba, sexualizada, descrevendo e praticando atos sexuais (virtuais) consigo próprios ou uns com os outros. No conto, os usuários decidem se encontrar fisicamente, no “mundo real”, para deliberar a respeito da atitude do transgressor, que, além de contrária às políticas do jogo, os teriam afetado psicologicamente. Após ampla deliberação, os usuários decidiram aplicar pena capital a Mr Bungles, excluindo-o (apagando sua conta) do sistema. Embora no cenário delineado pelo autor o cancelamento difira do que hoje se vê, sobreleva notar que num e noutro caso as atitudes do cancelado não são, necessariamente, ilícitas, mas apenas aéticas, contrárias ao entendimento de um determinado grupo. Os jogadores se sentiram lesados por um ato que, a despeito do contexto digital, caracterizaria

<sup>54</sup> Julian Dibbell, “A Rape in Cyberspace; Or, How an Evil Clown, a Haitian Trickster Spirit, Two Wizards, and a Cast of Dozens Turned a Database Into a Society”. In *Flame Wars*, 237–62. Duke University Press, 1994. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1220m2w.14>.

estupro. Os canceladores de hoje podem, diante da divergência de opiniões, decidir “ostracizar”, afastar e excluir pessoas, tirar-lhes a voz e a visibilidade.

Como exemplo de que os robôs sociais podem antever<sup>55</sup> e desestabilizar a economia, Emilio Ferrara et al.<sup>56</sup> citam três episódios: a) o dia 6/5/2010, no qual a Dow Jones amargou, à época, a maior queda diária (*intraday*) da história do mercado financeiro norte-americano – em aproximadamente 36 minutos, sobreveio queda de cerca de mil pontos (aproximadamente 9%), que equivalem a bilhões de dólares (HRISTOVA, 2018). Investigação<sup>57</sup> demonstrou a participação determinante dos *High Frequency Traders* (robôs, portanto) nesse episódio turbulento, que ficou mundialmente conhecido como “flash crash”; b) o dia 23/4/2013, no qual o Exército Eletrônico Sírio invadiu a conta da Imprensa Associada, no Twitter, e publicou a falsa notícia de que o então Presidente Barack Obama teria sido ferido num suposto atentado à Casa Branca, o que imediatamente provocou a queda da bolsa<sup>58</sup>; c) no ano de 2014, a atuação coordenada de robôs elevou o preço das ações da empresa Cynk Technology em impressionantes 20,000% (de U\$0,10 para U\$15), escalonando

<sup>55</sup> Johan Bollen, Huina Mao e Xiaojun Zeng, “Twitter Mood Predicts the Stock Market”. *Journal of Computational Science* 2, n.º 1 (março de 2011): 1–8. <https://doi.org/10.1016/j.jocs.2010.12.007>.

<sup>56</sup> Emilio Ferrara, Onur Varol, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini, “The Rise of Social Bots”. *Communications of the ACM* 59, n.º 7 (junho de 2016): 96–104. <https://doi.org/10.1145/2818717>.

<sup>57</sup> Anfrei Kirilenko, Albert S. Kyle, Mehrdad Samadi e Tugkan Tuzun, “The Flash Crash: High-Frequency Trading in an Electronic Market.” *The Journal of Finance* 72, no. 3 (April 21, 2017): 967–98. <https://doi.org/10.1111/jofi.12498>.

<sup>58</sup> Shawn Langlois, “This Day in History: Hacked AP Tweet about White House Explosions Triggers Panic.” MarketWatch, 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.marketwatch.com/story/this-day-in-history-hacked-ap-tweet-about-white-house-explosions-triggers-panic-2018-04-23>.



o seu valor, sem qualquer justificativa razoável, em poucas semanas, para cinco bilhões de dólares<sup>59</sup>.

No contexto político internacional, os *social bots* foram identificados: a) nas eleições especiais realizadas em 2010, em Massachusetts, EUA, para preencher a vacância ocasionada pelo passamento do então Senador Ted Kennedy, vitimado por câncer cerebral; b) no Brexit, referendo popular de 2016 que discutia a saída do Reino da União Europeia; c) nas eleições presidenciais norte-americanas de 2016; e d) nas eleições presidenciais francesas de 2017.

No primeiro caso, robôs foram utilizados para influenciar eleitores e dar visibilidade a dados estratégicos: segundo Metaxas e Mustafaraj<sup>60</sup>, nove contas falsas no Twitter foram utilizadas por propagandistas na véspera das eleições para aproximadamente 1000 *tweets* a usuários-chave que estavam engajados no debate político. Essas mensagens, depois de replicadas e compartilhadas, alcançaram cerca de 60.000 pessoas. O elevado fluxo de dados fez com que as informações veiculadas pelos *bots* fossem apresentadas pela plataforma com destaques, ou seja, fora da tradicional lista de resultados.

Em se tratando do Brexit, Howard e Kollanyi<sup>61</sup> sinalizam que os robôs sociais reforçaram os argumentos pró-saída e, por conseguinte, influenciaram os 30% de indecisos que se decidiram

<sup>59</sup> Seth Fiegerman, “The Curious Case of Cynk, an Abandoned Tech Company Now Worth \$5 Billion”. Mashable. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://mashable.com/2014/07/10/cynk/>.

<sup>60</sup> P. T. Metaxas e E. Mustafaraj, “Social Media and the Elections.” *Science* 338, no. 6106 (October 25, 2012): 472–73. <https://doi.org/10.1126/science.1230456>.

<sup>61</sup> Philip N. Howard e Bence Kollanyi, “Bots, #Strongerin, and #Brexit: Computational Propaganda during the UK-EU Referendum.” *SSRN Electronic Journal*, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2798311>.

metade na semana que antecedeu as eleições, metade no dia do sufrágio. Das dez contas que mais contribuíram com o volume informacional, dizem, sete eram robôs e menos de 1% das contas envolvidas nos debates produziram em torno de um terço de todo o fluxo de mensagens.

Após analisar expressivo número de mensagens veiculadas via Twitter durante as eleições norte-americanas de 2016, Hagen et al.<sup>62</sup> concluíram que do total de usuários que participaram das discussões, 23% apresentaram elevada possibilidade de serem robôs e foram responsáveis pela produção de 35% de todo o conteúdo produzido. A presença dos *bots*, registram, foi acentuada na comunidade de extrema-direita, que teve 63% das contas classificadas com alta possibilidade de serem automatizadas e cujo discurso encerrava carga sentimental bastante positiva com relação ao então candidato Donald Trump, que acabou se sagrando vitorioso.

Já nas eleições presidenciais francesas de 2017, Emilio Ferrara<sup>63</sup> asseverou que dos 99.738 usuários envolvidos do Twitter envolvidos na campanha de desinformação que ficou conhecida como MacronLeaks, 18.324, ou seja, 18% do total, seriam, de sua ótica, contas robotizadas.

<sup>62</sup> Loni Hagen, Stephen Neely, Thomas E. Keller, Ryan Scharfe e Fatima Espinoza Vasquez, “Rise of the Machines? Examining the Influence of Social Bots on a Political Discussion Network”. *Social Science Computer Review*, março de 2020, 089443932090819. <https://doi.org/10.1177/0894439320908190>.

<sup>63</sup> Emilio Ferrara, “Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election”. *First Monday*, julho de 2017. <https://doi.org/10.5210/fm.v22i8.8005>.

Analisando o cenário político nacional, Marco Aurelio Ruediger<sup>64-65</sup> e outros identificaram a presença de robôs sociais nos seguintes episódios: a) a eleição presidencial de 2014; b) o processo de impeachment, em 2015; c) as eleições municipais de São Paulo de 2016; d) a greve geral de 2017; e) a votação, pelo Senado, da reforma trabalhista, em 2017; e f) a eleição presidencial de 2018.

No primeiro deles, constaram contas automatizadas suspeitas dando apoio a candidatos: no debate do primeiro turno, os *bots* representaram 6,29% dos atores do Twitter; desses, 19,18% apoiavam o candidato Aécio Neves e 17,94% apoiavam a candidata Dilma Roussef. No segundo, que ao menos 10% das interações envolviam robôs sociais, sendo 21,43% a favor de Dilma Roussef e 16,61% pró-impeachment. No terceiro, que a participação dos *bots* foi mais equilibrada, com 11,54% apoiando Fernando Haddad, 11,25% apoiando João Doria e 8,40% apoiando Celso Russomanno. No quarto, que 22,39% das interações automatizadas foram favoráveis à greve, ao passo em que 18,12% foram em sentido contrário. No quinto, que 2% das interações envolveram robôs; dessas, 3% eram contra a reforma e 1% era a favor. No sexto, que as redes de contas automatizadas, nacionais e internacionais, reproduziram mensagens de conteúdo semelhante com

<sup>64</sup> Marco Aurélio Ruediger, Amaro Grassi, Ana Freitas, Andressa da Silva Conatarato, Carolina Taboada, Danilo Carvalho, Humberto Ferreira, et al. “Robôs, Redes Sociais E Política No Brasil: Estudo Sobre Interferências Ilegítimas No Debate Público Na Web, Riscos à Democracia E Processo Eleitoral de 2018.” *bibliotecadigital.fgv.br*, August 20, 2017. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://hdl.handle.net/10438/18695>.

<sup>65</sup> Marco Aurélio Ruediger, “Robôs, Redes Sociais E Política No Brasil: Interferências de Perfis Automatizados E Atores Políticos No Debate Eleitoral Brasileiro,” 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://hdl.handle.net/10438/25740>.

o propósito de “expandir o alcance de mensagens [e] fortalecer fluxos de desinformação”<sup>66</sup>.

É importante consignar que tanto as conclusões de Ferrara<sup>67</sup> quanto as de Ruediger<sup>68</sup> sustentam a hipótese de que haveria um mercado negro de *bots* ou *botnets* reutilizáveis, para fins políticos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revisão da literatura selecionada evidenciou que o homem digital, por viver em enxame, na sociedade da transparência, produz e consome volumes massivos de informação. Ao participar das redes sociais – a atual ágora virtual –, este tem seus dados pessoais, conquanto sensíveis, coletados, classificados e processados. Tais dados, uma vez cruzados, geram *metadados*, a partir dos quais acurados perfis psicológicos são traçados para antever opções e emoções, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.

Os robôs, ora compreendidos como *softwares* programados para cumprir rotinas específicas, outrora triviais, evoluíram. Dotados de inteligência artificial, passaram a emular humanos, produzindo conteúdo inteligente, personalizado, e a deixar rastros digitais similares, o que dificulta sua rotulação como máquina. Enquanto nações como a Alemanha<sup>69</sup> têm se preocupado com o controle dessas atividades e com o auditamento das fórmulas

<sup>66</sup> Id. nota de rodapé 67.

<sup>67</sup> Emilio Ferrara, “Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election”. *First Monday*, julho de 2017. <https://doi.org/10.5210/fm.v22i8.8005>.

<sup>68</sup> Id. nota de rodapé 69.

<sup>69</sup> Nelson Mackenzie e Julian Jaursch, “Germany’s New Media Treaty Demands That Platforms Explain Algorithms and Stop Discriminating. Can It Deliver?” *AlgorithmWatch*, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://algorithmwatch.org/en/story/new-media-treaty-germany>.

algorítmicas que as viabilizam (estas trancafiadas em verdadeiras “caixas-pretas”, já que protegidas por segredo industrial), outras preferem deixar a questão ao alvedrio da iniciativa privada, ou seja, sob os auspícios do mercado, quiçá na expectativa de que a autoregulação ordene o caos.

Levantam-se as hipóteses de que essa passividade possa ser justificada pela constatação de que o Estado não detém poder para disciplinar o problema, ou – o que é ainda mais gravoso – que ele mesmo tenha pauta própria, nada democrática, também voltada à manipulação social.

A presença cada vez mais acentuada desses novos atores nas plataformas de redes sociais tem comprometido a formação da opinião pessoal e coletiva, além de prejudicado o fluxo informacional, pois a forma de atuação dos *bots* não apenas impulsiona e dá visibilidade a discursos, opiniões e ideias predeterminadas por seus programadores como serve de fator de inibição à manifestação de vozes contrárias, que, ante a uma falsa sensação de minoria, se quedam silentes.

Por conseguinte, os robôs sociais têm sido empregados para sub-repticiamente influenciar não apenas o mercado como a política, o que, aliás, tende a se acentuar, considerando a ausência de apropriada regulamentação, a dificuldade de identificação, a facilidade e o baixo custo para o seu desenvolvimento, as rápidas e amplas vantagens decorrentes de seu uso e, ainda, a própria existência de um mercado negro de contas automatizadas que podem ser utilizadas, colocadas em hibernação e oportunamente reativadas, ao alvedrio do interessado.

A influência exercida por esses robôs tem aptidão de comprometer o processo democrático, na medida em que, ao facilitar o fluxo de desinformação, fragiliza a capacidade de

autodeterminação, pois obsta o acesso do público a um debate saudável, com conteúdo verdadeiro, de qualidade, prejudicando a tomada de decisões conscientes.

## REFERÊNCIAS

Alexander, Elizabeth C., Deanna R. D. Mader e Fred H. Mader. 2019. “Using Social Media During the Hiring Process: A Comparison Between Recruiters and Job Seekers”. *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 29, n.º 1 (janeiro de 2019): 78–87. <https://doi.org/10.1080/21639159.2018.1552530>.

Barbosa, Bruno Rafael Gueiros. 2018. *Social bots: Uma análise sobre a gênese e o desenvolvimento dos robôs nas mídias sociais*. Brasil: Amazon/Kindle.

Bentham, Jeremy em Silva, Tomaz Tadeu, org. 2000. *O panóptico*. Brasil: Autêntica.

Bradesco. 2020. “BIA bradesco inteligência artificial para você | bradesco”. Bradesco. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://banco.bradesco/inovacao/bia.shtm>.

Bollen, Johan, Huina Mao e Xiaojun Zeng. 2011. “Twitter Mood Predicts the Stock Market”. *Journal of Computational Science* 2, n.º 1 (março de 2011): 1–8. <https://doi.org/10.1016/j.jocs.2010.12.007>.

Boyd, Danah, e Nicole Ellison. 2010. “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”. *IEEE Engineering Management Review* 38, n.º 3 (2010): 16–31. <https://doi.org/10.1109/emr.2010.5559139>.

Bruno, Fernanda. 2008. “Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital”. *Revista FAMECOS* 15, n.º 36 (novembro de 2008): 10. <https://doi.org/10.15448/1980-3729.2008.36.4410>.

Capek, Karel. 2013. *RUR S.F. masterworks*. Estados Unidos da América: Gateway.

Cheng, Chun, Yun Luo e Changbin Yu. 2020. “Dynamic Mechanism of Social Bots Interfering With Public Opinion in Network”. *Physica A: Statistical Mechanics and Its Applications* 551 (agosto de 2020): 124163. <https://doi.org/10.1016/j.physa.2020.124163>.

Daniel, Florian, Cinzia Cappiello e Boualem Benatallah. 2019. “Bots Acting Like Humans: Understanding and Preventing Harm”. *IEEE Internet Computing* 23, n.º 2 (março de 2019): 40–49. <https://doi.org/10.1109/mic.2019.2893137>.

Dibbell, Julian. 1994. “A Rape in Cyberspace; Or, How an Evil Clown, a Haitian Trickster Spirit, Two Wizards, and a Cast of Dozens Turned a Database Into a Society”. In *Flame Wars*, 237–62. Duke University Press, 1994. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1220m2w.14>.

Duhigg, Charles. 2012. “How Companies Learn Your Secrets (Published 2012)”. *The New York Times*, 16 de fevereiro de 2012. <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>.

Ferrara, Emilio. 2017. “Disinformation and Social Bot Operations in the Run Up to the 2017 French Presidential Election”. *First Monday*, julho de 2017. <https://doi.org/10.5210/fm.v22i8.8005>.

Ferrara, Emilio, Onur Varol, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini. 2016. “The Rise of Social Bots”. *Communications of the ACM* 59, n.º 7 (junho de 2016): 96–104. <https://doi.org/10.1145/2818717>.

Fiegerman, Seth. 2021. “The Curious Case of Cynk, an Abandoned Tech Company Now Worth \$5 Billion”. *Mashable*. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://mashable.com/2014/07/10/cynk/>.

Grimme, Christian, Mike Preuss, Lena Adam e Heike Trautmann. 2017. “Social Bots: Human-Like by Means of Human Control?” *Big Data* 5, n.º 4 (dezembro de 2017): 279–93. <https://doi.org/10.1089/big.2017.0044>.

Hagen, Loni, Stephen Neely, Thomas E. Keller, Ryan Scharf e Fatima Espinoza Vasquez. 2020. “Rise of the Machines? Examining the Influence of Social Bots on a Political Discussion Network”. *Social Science Computer Review*, março de 2020, 089443932090819. <https://doi.org/10.1177/0894439320908190>.

Han, Byung-Chul. 2018. *No Enxame: Perspectivas Do Digital*. Brasil: Vozes.  
———. 2017. *Sociedade da transparência*. Brasil: Vozes.

Heck, Daniel W., Lukas Seiling, and Arndt Bröder. 2020. “The Love of Large Numbers Revisited: A Coherence Model of the Popularity Bias.” *Cognition* 195 (February 2020): 104069. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2019.104069>.

Hill, Kashmir. 2012. “Beware, Tech Abandoners. People without Facebook Accounts Are ‘Suspicious.’” *Forbes*, 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/08/06/beware-tech-abandoners-people-without-facebook-accounts-are-suspicious/#16dab5638f95>.

Hootsuite, and We are social. 2019. “Digital 2019: Brazil.” *DataReportal – Global Digital Insights*, 2019. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://datareportal.com/reports/digital-2019-brazil>.

Houaiss. 2020. “Grande Dicionário Houaiss.” [houaiss.uol.com.br](http://houaiss.uol.com.br). Accessed December 7, 2021. <https://houaiss.uol.com.br>. Robô (definição).

Howard, Philip N., and Bence Kollanyi. 2016. “Bots, #Strongerin, and #Brexit: Computational Propaganda during the UK-EU Referendum.” *SSRN Electronic Journal*, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2798311>.

Howard, Philip N., Samuel Woolley, and Ryan Calo. 2018. “Algorithms, Bots, and Political Communication in the US 2016 Election: The Challenge of Automated Political Communication for Election Law and Administration.” *Journal of Information Technology & Politics* 15, no. 2 (April 3, 2018): 81–93. <https://doi.org/10.1080/19331681.2018.1448735>.

Hristova, Katina. 2018. “The Top 10 Biggest Market Crashes.” *Finance Monthly | Monthly Finance News Magazine*, 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.finance-monthly.com/2018/12/the-top-10-biggest-market-crashes>.

Jorge, Jonas. 2020. “‘Vemos Muito Bem Que O Milagre Da Inteligência Artificial Não é Para Nós, Mas Para a Indústria’.” *Entrevista Com Éric Sadin*. [www.ihu.unisinos.br](http://www.ihu.unisinos.br), 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599447-vemos-muito-bem-que-o-milagre-da-inteligencia-artificial-nao-e-para-nos-mas-para-a-industria-entrevista-com-eric-sadin>.

———. 2020. “Aproxima-Se a Era Da Vigilância Subcutânea, Adverte Yuval Noah Harari.” [www.ihu.unisinos.br](http://www.ihu.unisinos.br), 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599123-aproxima-se-a-era-da-vigilancia-subcutanea-adverte-yuval-noah-harari>.

Kirilenko, Andrei, Albert S. Kyle, Mehrdad Samadi, and Tugkan Tuzun. 2017. “The Flash Crash: High-Frequency Trading in an Electronic Market.” *The Journal of Finance* 72, no. 3 (April 21, 2017): 967–98. <https://doi.org/10.1111/jofi.12498>.



Kramer, A. D. I., J. E. Guillory, and J. T. Hancock. 2014. “Experimental Evidence of Massive-Scale Emotional Contagion through Social Networks.” *Proceedings of the National Academy of Sciences* 111, no. 24 (June 2, 2014): 8788–90. <https://doi.org/10.1073/pnas.1320040111>.

Kumari, Anjali, Partha Paul, and Kumar Rajnish. 2019. “Bots a New Evolution of Robots: A Survey.” *Lecture Notes in Electrical Engineering*, 2019, 201–10. [https://doi.org/10.1007/978-981-13-7091-5\\_19](https://doi.org/10.1007/978-981-13-7091-5_19).

Langlois, Shawn. 2018. “This Day in History: Hacked AP Tweet about White House Explosions Triggers Panic.” MarketWatch, 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.marketwatch.com/story/this-day-in-history-hacked-ap-tweet-about-white-house-explosions-triggers-panic-2018-04-23>.

Mackenzie, Nelson, and Julian Jaursch. 2020. “Germany’s New Media Treaty Demands That Platforms Explain Algorithms and Stop Discriminating. Can It Deliver?” AlgorithmWatch, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://algorithmwatch.org/en/story/new-media-treaty-germany>.

Magazine Luiza. 2020. “Inteligência Artificial Saiba O Que é - Lu Explica.” Magazine Luiza, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.magazineluiza.com.br/portaldalu/inteligencia-artificial-saiba-o-que-e/63919/>.

Metaxas, P. T., e E. Mustafaraj. 2012. “Social Media and the Elections.” *Science* 338, no. 6106 (October 25, 2012): 472–73. <https://doi.org/10.1126/science.1230456>.

Mueen, Abdullah, Nikan Chavoshi, and Amanda Minnich. 2019. “Taming Social Bots.” *Proceedings of the 28th ACM International Conference on Information and Knowledge Management*, November 3, 2019. <https://doi.org/10.1145/3357384.3360315>.

Noelle-Neumann, Elisabeth. 1974. “The Spiral of Silence: A Theory of Public Opinion.” *Journal of Communication* 24, no. 2 (June 1, 1974): 43–51. <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.1974.tb00367.x>.

OMNICORE. 2021. “• Facebook by the Numbers (2021): Stats, Demographics & Fun Facts.” OMNICORE, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.omnicoreagency.com/facebook-statistics>.

———. 2021. “• Instagram by the Numbers (2021): Stats, Demographics & Fun Facts.” OMNICORE, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.omnicoreagency.com/instagram-statistics>.

———. 2021. “• Twitter by the Numbers (2021): Stats, Demographics & Fun Facts.” OMNICORE, 2020. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.omnicoreagency.com/twitter-statistics>.

Protalinski, Emil. 2012. “Instagram Passes 50 Million Users.” ZDNet, 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.zdnet.com/article/instagram-passes-50-million-users>.

Ross, Björn, Laura Pilz, Benjamin Cabrera, Florian Brachten, German Neubaum, e Stefan Stieglitz. 2019. “Are Social Bots a Real Threat? An Agent-Based Model of the Spiral of Silence to Analyse the Impact of Manipulative Actors in Social Networks.” *European Journal of Information Systems* 28, no. 4 (January 14, 2019): 394–412. <https://doi.org/10.1080/0960085x.2018.1560920>.

Ruediger, Marco Aurélio. 2018. “Robôs, Redes Sociais E Política No Brasil: Interferências de Perfis Automatizados E Atores Políticos No Debate Eleitoral Brasileiro,” 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://hdl.handle.net/10438/25740>.

Ruediger, Marco Aurélio, Amaro Grassi, Ana Freitas, Andressa da Silva Contarato, Carolina Taboada, Danilo Carvalho, Humberto Ferreira. 2017. “Robôs, Redes Sociais E Política No Brasil: Estudo Sobre Interferências Ilegítimas No Debate Público Na Web, Riscos à Democracia E Processo Eleitoral de 2018.” *bibliotecadigital.fgv.br*, August 20, 2017. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://hdl.handle.net/10438/18695>.

Schulze, Katrin. 2012. “Machen Sich Facebook-Verweigerer Verdächtig?” *Der Tagesspiegel Online*, July 24, 2012, sec. Gesellschaft. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/nach-dem-attentat-von-denver-kein-facebook-profil-kein-job-angebot/6911648-2.html>.

Silveira, Daniel. 2018. “Brasil Ganha 10 Milhões de Internautas Em 1 Ano, Aponta IBGE.” *G1*, 2018. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/20/numero-de-internautas-cresce-em-cerca-de-10-milhoes-em-um-ano-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>.

Simpson, Gemma. 2006. “‘Big Brother’ Cameras Listen for Fights.” *CNET*, 2006. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.cnet.com/news/big-brother-cameras-listen-for-fights>.

Sousa, Diego. 2020. “Amazon Lança a Pulseira Inteligente Halo E Vai Disputar Mercado Com a Mi Band.” *Canaltech*, August 27, 2020. Consultado

em 7 de dezembro de 2021. <https://canaltech.com.br/gadgets/amazon-halo-band-preco-lancamento-ficha-tecnica-170644>.

Steve. 2019. “What’s Trending? The Evolution of Social Networks | Loebner.” LOEBNER, July 20, 2019. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <http://loebner.net/whats-trending-the-evolution-of-social-networks>.

The Associated Press. 2012. “Number of Active Users at Facebook Over the Years”. Yahoo Finance - Stock Market Live, Quotes, Business & Finance News, 23 de outubro de 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://finance.yahoo.com/news/number-active-users-facebook-over-years-214600186--finance.html>.

Varol, Onur, Emilio Ferrara, Clayton Davis, Filippo Menczer, and Alessandro Flammini. 2017. “Online Human-Bot Interactions: Detection, Estimation, and Characterization,” March 27, 2017. <https://arxiv.org/pdf/1703.03107.pdf>.

VEJA. 2012. “Facebook Compra Instagram Por 1 Bilhão de Dólares.” VEJA, 2012. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://veja.abril.com.br/tecnologia/facebook-compra-instagram-por-1-bilhao-de-dolares>.

Warren, Samuel D., and Louis D. Brandeis. 1890. “The Right to Privacy.” *Harvard Law Review* 4, no. 5 (December 15, 1890): 193–220. <https://doi.org/10.2307/1321160>.

Woolley, Samuel C. 2016. “Automating Power: Social Bot Interference in Global Politics.” *First Monday* 21, no. 4 (March 10, 2016). <https://doi.org/10.5210/fm.v21i4.6161>.

Zeifman, Igal. 2016. “Bot Traffic Report 2016 | Imperva.” Blog, January 24, 2017. Consultado em 7 de dezembro de 2021. <https://www.imperva.com/blog/bot-traffic-report-2016>.

# 3

## EL DERECHO AL OLVIDO

### THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

**Maria Pia Aquino Viudes**

ABOGADA (Recibida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNNE). Docente Universitaria de Derecho Político, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (UNNE). MEDIADORA-Formación multidisciplinaria de mediadores (FIME). Especialista en DERECHO PUBLICO GLOBAL realizado en la UNIVERSIDADE DA CORUÑA. La Coruña- España. Formada en Cibercrimen y Delitos Informáticos.

#### RESUMEN

Los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el “derecho al olvido” se encuadran en los permanentes desafíos que la actual era digital con una sociedad digital que le impone al Derecho y a las distintas regulaciones. El “derecho al olvido” deber ser analizado en el contexto de la protección de datos personales en internet y en las redes sociales con especial acento en el necesario equilibrio entre modernización y garantía del derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho al olvido; Datos personales; Sociedad digital

*Recibido el: 26.11.2021*

*Aceptado en: 28.02.2022*

## INTRODUCCION

¿Alguna vez te dio curiosidad colocar tu nombre en Google y ver qué resultados arroja? Si lo has hecho... ¿Te gusta lo que ves? ¿Te gustaría cambiar algo?

De ello se trata el presente trabajo: de la facultad y la posibilidad de suprimir, ocultar, desindexar toda aquel contenido, que haga a nuestros datos personales que se encuentren subidos a internet y que afecte en algún punto a nuestros Derechos Personales y Fundamentales, para ello es menester hablar del Derecho al olvido. El derecho al olvido es aquella facultad que tiene el titular de un dato personal para borrar, bloquear o suprimir esta información, cuando ella es (i) obsoleta; (ii) se ha transformado en irrelevante por el transcurso del tiempo; (iii) de alguna manera afecta el libre desarrollo de derechos fundamentales.

Se aplica a los buscadores de internet (ejemplo: Google, Yahoo, Bing) para impedir la difusión de información personal a través de internet. Los buscadores permiten a los usuarios localizar, de modo más o menos efectivo, la información relevante dentro de un caudal prácticamente incontrolable. El procedimiento es sumamente sencillo: se ingresa una o varias palabras clave y el intermediario, a través de un sistema informático que rastrea información en la web, facilita el acceso a los sitios de terceros que contengan el término sugerido o difundan imágenes relacionadas con aquél.<sup>1</sup>

Es sumamente importante brindar al hombre todas las herramientas de protección y seguridad para que este pueda desenvolverse libremente en las plataformas digitales, el incipiente

<sup>1</sup> Gini, Santiago L. “Internet, buscadores de sitios webs y libertad de expresión”, La Ley. Sup.Act.,23/10/2008,1.

incremento de la utilización del internet por los usuarios como el avance exponencial de los mismos buscadores y redes nos lleva a exigir que se expidan debidas garantías que aseguren una protección al hombre y un debido reconocimientos de derechos de índole digital.

## I. EL DERECHO AL OLVIDO

### 1.1 *¿Qué se entiende por “Derecho al Olvido”?*

Resulta de la “obligación de cancelar” la información tras un periodo de tiempo determinado sea sobre un hecho ya ocurrido, sea sobre información voluntariamente difundida, pero que no se sostiene en la actualidad; y puede ser borrada si el individuo se encuentra afectado por la misma.

Abarca la información que el propio afectado compartió en Internet, pero pasado un tiempo prefiere que esta se elimine; y de este modo nadie pueda saber qué opinaba, o que realizaba, comentarios formulaba, etc.

En el pasado se pudieron haber dicho o pensado cosas y más tarde uno se arrepienta de las mismas. Las personas cambian, evolucionan, maduran e incluso se contradicen a lo largo de su trayectoria vital. El derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de “derecho al olvido” hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene. El encaje constitucional del derecho al olvido

digital se produciría en el marco del derecho fundamental a la protección de los datos personales<sup>2</sup>.

También el pretendido derecho se centra esencialmente en borrar aquella información irrelevante sobre uno mismo que la red contiene, y así preservar la privacidad.

### *1.2 Requisitos del Derecho al Olvido*

1. La naturaleza de la información (pública o privada); 2. Que sea sensible para la vida privada del particular; 3. ¿Existe interés público en acceder a esa información? 4. Que la información que se pretende no indexar sea: i. Inadecuada. ii. No pertinente, o se ha transformado en tal. iii. Excesiva, en relación con los fines del tratamiento.

Este derecho se configura como una garantía a las personas de tener el control respecto del uso y el destino de sus datos personales, utilizando un concepto amplio de “dato personal”, que va más allá de datos relativos a la intimidad y que se extiende a cualquier dato que permita identificar a las personas. En concreto, por “dato personal” se entiende cualquier información referente a personas físicas identificadas o identificable.

Puede suceder también que una determinada información es recogida en una página web; la información allí incluida puede ser replicada en otras páginas webs, en los índices de los buscadores e incluso, en páginas web de repositorios que tienen como finalidad guardar lo que alguna vez se ha publicado en internet, aunque haya desaparecido la página web original.

---

<sup>2</sup> Simón P, Castellano. “El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet”, en AAVV: Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet, Agustí Cerrillo-i- Martínez, Miquel Peguera Ismael Peña-López y Mónica Vilasau Solana, Barcelona, Ed. Huygens, 2011, p. 391.

La regulación de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales que pudieran constar en las bases de datos públicas o privadas permite ejercer el derecho al olvido, que podía hacerse coincidir simplemente con el derecho de cancelación de los datos.

Esto genera una situación harto difícil: la responsabilidad de la intermediación en internet, los buscadores o motores de búsqueda, y allí nos encontramos con el problema de que los datos difundidos o publicados pudieran ser correctos, aunque antiguos, lo que impediría, en ocasiones, el ejercicio de los derechos de corrección o cancelación: es el caso de la mayoría de las noticias publicadas por los diarios. Por otro, también nos podemos encontrar con que las empresas o servidores de internet en los que están alojados estos datos no se encuentren en el país del afectado o cuyas leyes queramos aplicar, dificultando de manera extrema las posibilidades de hacer efectivos esos derechos. Esta última línea de actuación que pasa por obligar a los buscadores, o al menos a los buscadores que son denunciados, a evitar la publicación de datos personales de los ciudadanos, incluso cuando esos datos provienen de fuentes oficial, con la consiguiente dificultad que la regulación es diferente en cada país y cada continente<sup>3</sup>.

Se pretende también que, por influjo de tal derecho, los datos almacenados en dispositivos u ordenadores móviles puedan ser “automáticamente cancelados” o “bloqueados” tras un periodo determinado de tiempo cuando ya no estén en posesión del individuo.

<sup>3</sup> Daphne, Keller. “El ‘derecho al olvido’ de Europa en América Latina”, en AAVV “Hacia una Internet libre de censura II: Perspectivas en América Latina”, Agustina Del Campo (comp.), 1ra ed., Bs. As., Universidad de Palermo, 2017, pp. 171 y ss.



En este sentido, el “derecho al olvido” puede traducirse en una “privacidad deliberadamente” obligada.

Es indudable una tendencia sociológica de procesar ante la tribuna pública informaciones que pertenecen a la vida privada, lo que se ve agravada en el marco de las redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram, donde miles de ciber-usuarios comparten información libremente, sin dar importancia al hecho que, a veces, lo compartido forma parte o está directamente relacionado con la vida privada de los ciudadanos.

Así, las imágenes, vídeos y comentarios corren el riesgo de descontextualizarse en la red, y lo que es más grave, gozan de una perennidad que hace que, observados con posterioridad a la fecha de su publicación, estos puedan comprometer o condicionar el futuro de los ciudadanos.

En el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos hay que recordar que los ciudadanos gozan del derecho a exigir la cancelación de aquella información que contenga datos personales cuando el tratamiento de las mismas se realice sin el consentimiento inequívoco del afectado.

El derecho al olvido digital emerge como respuesta a un nuevo desafío –la perennidad de la información– que plantea Internet.

En suma, este derecho se concreta en la pretensión legítima de oponerse, borrar o cancelar aquellos datos personales que circulan en la red, ya sean difundidos sin consentimiento previo o con el mismo revocado, o cuando los datos han dejado de ser útiles para la finalidad con la que se recabaron e hicieron públicos en la web.

### *1.3 Protección de los Datos Personales*

Se ha vinculado el nacimiento del derecho al olvido en el marco del reconocimiento a la protección de datos de carácter

personal, basándose esencialmente en los principios de consentimiento y finalidad de los datos.

Se erige como el límite del derecho al olvido, el derecho a la información e interés público. Allí hay que efectuar un delicado balance para su admisión, recepción y ulterior regulación.

Prima la regla –como ley social– que determina que “cuanto mayor sea el interés público, social o cultural, que representa información, menor será el rango de acción en su restricción o retiro; y será más restrictiva la interpretación que se haga sobre los datos contenidos en esa información por vía de la protección de datos que se solicite.

Opera, a modo de una regla jurídica dinámica que resulta en que la permisión de una supresión u “olvido” será menor cuanto mayor sea el interés público o periodístico en la información que contiene ese dato en conflicto<sup>4</sup>.

Procede como la supresión de datos que un determinado banco de datos tenga sobre nuestra persona. Por lo general, son los datos publicados que son presentan inadecuados, inexactos o carecen de congruencia con la finalidad de tratamiento y en los que su publicación no encuentra legitimidad (contexto) y el mecanismo bien se puede dar aplicando el art. 14 de la CADH. En definitiva, lo que se busca proteger permitiendo la supresión del dato caduco es el “derecho al olvido”. Este es el principio a tenor de las cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado espacio de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para

<sup>4</sup> Johanna C, Faliero. “*Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la auto-determinación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural*”, en LA LEY, 28/04/2020, p. 7.

evitar que el individuo quede prisionero de su pasado, [lo define Gozaíni, 246<sup>5</sup> para quien encuentra su recepción en el art. 4 inc. 7 de la ley 25236<sup>6</sup>.

También recuerda el art. 51 del CP modificado por Ley N° 23057, “el registro de sentencias condenas caducara a todos sus efectos...”. Un reciente pronunciamiento judicial señala de manera atinada con adecuado ejercicio de la ponderación en la argumentación de su decisión de que “el denominado derecho al olvido se presenta como una alternativa que, en ciertos casos, puede permitir conciliar derechos fundamentales en puja, aportando la alternativa de desvincular de los motores de búsqueda el nombre de la interesada con relación a los contenidos que describen el hecho pretérito que se busca olvidar.

Y se funda en la ausencia de normativa que fije los presupuestos a tener en cuenta para que el derecho al olvido resulte operativo en un caso dado, resulta prudente apreciar que la decisión acerca de la desvinculación de los enlaces que un buscador realiza entre el nombre de una persona y los sitios que alojan información que la mencionan no puede quedar librada exclusivamente a la voluntad del sujeto afectado.

El pronunciamiento señalado obliga a que quien pretende la desvinculación de su nombre a contenidos publicados en Internet debe justificar la razonabilidad de su pedido a la luz de criterios que muestren, en el caso dado, que los derechos personalísimos afectados presentan mayor robustez que el derecho a la información

<sup>5</sup> Osvaldo A, Gozaíni. Habeas data. Protección de datos personales. Bs. As., Ed. Rubinzal–Culzoni, 2011, pp. 60 y ss.

<sup>6</sup> Ley 25236, art. 4 (Calidad de los datos): ... 7. Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

pública que pueda verse limitado o postergado a raíz de su pedido de desindexación o desvinculación de los enlaces.<sup>7</sup>

Esto encuentra fundamento en el mentado inc. 7 del art. 4 de la Ley N° 25238, pues como recuerda bajo la expresión “derecho al olvido” se ha concentrado la idea de una garantía del individuo frente al tratamiento masivo y descontrolado de datos personales que puede darse en Internet. Este derecho al olvido viene a suponer la posibilidad de impedir que se pueda acceder a información sobre la persona que no tenga interés público, aunque sea el mismo interesado quien la hubiera generado o compartido en la red.<sup>8</sup>

#### 1.4 *Derechos Digitales*

Al vivir en la era de la plena globalización, un mundo interconectado y dependiente de la tecnología, la innovación y la informática era menester contar con derechos propios para todo hombre que haga uso de las plataformas digitales.

A tal punto ha evolucionado y cambiado el contexto en el que nos encontrábamos, por completo, que hoy se exige por diversas vías el reconocimiento de los derechos digitales, su efectivo cumplimiento y resguardo, es que este nuevo paradigma nos ha llevado a exigir consigo a la par medios para garantizarlos.

Estos derechos son:

- a) El derecho a existir digitalmente
- b) El derecho a la intimidad informática

<sup>7</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 78, Expte. 50.106/2016 en autos D., N. R. c. Google Inc. s/ Derechos personalísimos: Acciones relacionadas, sentencia del 20/02/2020.

<sup>8</sup> Castellano Simón, P. ob. cit.,

- c) El derecho a la reputación digital
- d) La estima digital
- d) La libertad y responsabilidad digital
- e) La privacidad virtual, el derecho al olvido, el derecho al anonimato
- f) El derecho al big-reply
- g) El derecho al domicilio digital
- h) El derecho a la técnica, al update, al parche
- i) El derecho a la paz cibernética y a la seguridad informática
- j) El derecho al testamento digital <sup>9</sup>

### *1.5 El derecho a la intimidad*

El limite a las injerencias indebidas o no autorizadas en el ejercicio del derecho a la información encuentra en el derecho a la intimidad un escollo insuperable ya que la manda constitucional es categórica, fundado en el art. 19 de la CN que dispone “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Basterra<sup>10</sup> lo define como:

La esfera individual de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás, que se materializa en el derecho a que terceras personas no tengan

<sup>9</sup> Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Volumen 25 (1), I Semestre 2014 (ISSN: 1659-4304).

<sup>10</sup> Basterra, Marcela I. Ob. cit., p. 93.

información documentada sobre hechos, situaciones o circunstancias, que el titular del derecho no quiere que sean ampliamente conocidos.

La protección de este derecho es absoluta. Solo varía en la intensidad de la protección, en el sentido de personas famosas, públicas etc., donde su exposición y el nivel de conocimiento social demanda un mayor conocimiento por el interés público que suscita su exposición social.

La CSJN elaboro el estándar de protección al derecho a la intimidad fundándolo en el art. 19 de la CN en Ponzetti de Balbin, y constituye un hito en cuanto a la esfera de protección constitucional de los derechos personalísimos, pues como lo advierte el dictamen del procurador general “el derecho de libre publicación no resulta haber sido ejercido en forma legítima o regular, toda vez que ha habido un entrometimiento arbitrario en la esfera de reserva del doctor Balbín, violándose así su derecho de intimidad”, siendo que se “considera que el estado de salud de una persona íntegra aquel espectro de hechos reservados al conocimiento de la propia persona”; más allá de que el Dr. Ricardo Balbín fuera un hombre público los periodistas de una revista tomaron fotografías de su estado de salud sin autorización.

Dijo la CSJN<sup>11</sup>:

Que, en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19, C.N. En relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación

<sup>11</sup> CSJN Fallos, 306–1892 “Ponzetti de Balbin, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.”, de 11 de diciembre de 1984.

económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos y datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por –extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

El fallo fue por unanimidad. No obstante, la confusión conceptual entre privacidad e intimidad, se disipa en el voto del Dr. Petracchi, pues citando a Cooley, que es un “derecho a ser dejado a solas” (right to be let alone), constituyendo un espacio que el hombre puede llevar consigo, a su cuarto, o a la calle, pues excede el marco del art. 19 de la CN, pues el bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad es una libertad soberana, de la que la persona humana es titular en el ámbito de lo íntimo, y si esta fuera eliminada la persona se reduciría a ser un simple objeto o cosa.

### *1.6 El derecho a la intimidad informática*

Como expresión del derecho personalísimo de la intimidad surge –como correlato– el “derecho a la intimidad informática”, que “alcanza a aquellos aspectos de la personalidad que se ven

impactados por estos desarrollos tecnológicos, y tutela las facultades de las personas para impedir o restringir las irrupciones arbitrarias en su ámbito de privacidad virtual”<sup>12</sup>

Se manifiesta como el derecho de la persona a decidir por sí mismo, con quienes, y en qué medida quiere compartir su pensamiento y sentimientos, así como los hechos de su vida personal, por los medios tecnológicos de libre acceso, que se manifiesta en la cierta posibilidad de ejercer el control de aquella información de sí mismo que desee compartir, de la cantidad que de la misma se brinde a los demás y del momento en que desee realizarlo. La necesidad de preservar la privacidad de la persona de las irrupciones arbitrarias en su “personalidad virtual” se advierte en la sanción de la Ley N° 25236 que debe considerarse como expresión de tutela sobre los datos de las personas y enlaza a los derechos de autodeterminación informática con la intimidad.

El ciberespacio permite la fluidez de las comunicaciones y el intercambio de la información de todo tipo con un vértigo y una dinámica que impide vedar el acceso a un espacio propio, y que torna vulnerable a una persona que no quiere compartir un contenido con otras o con determinado grupo. Por ello Molina Quiroga dice bien que...el control de la información personal está relacionado con el concepto de autonomía individual para decidir, hasta cierto límite, cuándo y qué información referida a una persona, puede ser objeto de procesamiento (automatizado o no), por lo que también se ha denominado a la protección del

---

<sup>12</sup> Peyrano, Guillermo F. “El derecho a la ‘intimidad informática’: garantía de la privacidad personal en los entornos virtuales de las comunicaciones electrónicas”, en JA, 2007–IV–1313–SJA, 21/11/2007).



dato personal, autodeterminación informativa, e incluso libertad informática.<sup>13</sup>

Toda persona tiene derecho para impedir o restringir las irrupciones arbitrarias en su ámbito de privacidad virtual” y desde luego, también a asignar responsabilidad a los responsables de los bancos de datos conforme el art. 9 de la Ley N° 25236, toda vez que el art. 5 de esta norma exige el consentimiento de la persona, para el uso de sus datos.

Los principios jurídicos y el propio ordenamiento normativo de base constitucional impiden el uso arbitrario o injustificado socialmente de la informática, en toda su extensión; pues así es como se ocasiona la lesión a la intimidad de la persona afectada, también existe la protección surge del art. 43 de la CN, y la vía procesal predispuesta es el amparo, aunque puede encontrar también un mecanismo procesal más idóneo en la autosatisfactiva pues “los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos”. Es el estándar de la Corte IDH<sup>14</sup>, por lo que cabe la aplicación del art. 25.1 de la CADH en el caso concreto de que las circunstancias de la pretensión judicial lo amerite, pues se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del art. 1.1, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes”.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Eduardo, Molina Quiroga. “Protección de datos personales como derecho autónomo: principios rectores: informes de solvencia crediticia: uso arbitrario. Daño moral y material”, en [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 7, 8 y 9 de mayo 2003.

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66, entre otros

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso Castillo Páez, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrs. 82–83, entre otros.

De nuevo, a modo de letanía, el recurso sencillo y rápido, para ser realmente eficaz, es la autosatisfactiva.

### *1.7 El Derecho a la identidad digital*

Toda persona tiene derecho a tener conocimiento de los datos y metadatos disponibles sobre nosotros en el ecosistema digital, procesados y tratados a su vez digitalmente. Estos surgen por nuestro desenvolvimiento y nuestras interacciones en el ecosistema digital, por aquellos datos que consentimos brindar o que sean productos de hechos ciertos y comprobados si se trata de una persona pública. No se puede violentar el consentimiento y menos que los mismos sean extraídos abusivamente. Existe un derecho al control y al consentimiento informado.

El derecho a la identidad fue conceptualizado por la Corte IDH ...como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre,

por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana).<sup>16</sup>

Masciotra dice que conforman el “derecho a la identidad” los siguientes elementos: el nombre, la identificación física, la imagen y el patrimonio cultural, religioso, ideológico, político, profesional, sentimental y social, todos ellos relevantes para identificar a una persona determinada. Entendemos que los intereses comprometidos en materia de “derecho a la identidad” serían dos: la libertad y la verdad. “Identidad libertad”, que se concreta en la posibilidad misma de formar una identidad y de comportarse conforme a ella. “Identidad verdad” por cuanto debe existir correspondencia entre la imagen social de la persona y lo que ésta es, de ella surge el derecho a una identificación, el derecho a conocer la identidad biológica y el emplazamiento familiar, el derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, a transformar la identidad personal, al respeto de las diferencias personales, a no ser engañados sobre la identidad ajena, a actuar según las propias convicciones personales, a proyectar la identidad en obras y creaciones<sup>17</sup>

Ello conforma la autodeterminación informativa como derecho es un límite infranqueable desde lo sustancial en materia de protección de datos personales.

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149–152.

<sup>17</sup> Mario, Masciotra. “Protección de datos personales y su integración en el marco de los derechos humanos”, en Id SAIJ: Sistema Argentino de Información Jurídica, DACF180264 10/12/ 2018.

El Dr. Petracchi señaló que resulta útil tener presente el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que el “derecho a la identidad personal” ha tenido en Italia. Así, por ejemplo, se ha sostenido que “La identidad es presentada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado... por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo” (Bavetta, Giuseppe, en “Enciclopedia del Diritto” Giuffrè, Italia, 1970, Tomo XIX, pág. 953, voz “Identità” (diritto alla), o sea que la persona tiene “la titularidad de un derecho, que es propiamente el de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual. Si bien es cierto que hay una segunda acepción del derecho a la identidad que se refiere a la “proyección social” que tiene la persona (su “patrimonio intelectual, político, social, religioso, profesional, etc.” en la terminología de la Corte de Casación italiana), proyección que –se sostiene– no podría ser alterada o falseada, faceta esta última que despierta algunas polémicas, no puede cuestionarse –en cambio– que el aspecto aludido en el párrafo precedente sea uno de esos derechos fundamentales a los que, como se vio en el considerando 8, comprende en su marco tutelar el art. 33 de la Ley Fundamental (la expresión destacada se utilizó en Fallos: 307:146, considerando. 13 in fine) “aunque no se hallen consignados”<sup>18</sup>

Vaninetti<sup>19</sup>

Entiende por identidad el conjunto de rasgos que individualizan y permiten distinguir a una persona de otra en una sociedad.

La identidad no debe ser entendida como algo solamente estático relacionado con el nombre, nacionalidad, sexo, el estado

<sup>18</sup> CSJN Fallos: 313:1113, caso Muller, Jorge s/ denuncia del 13/11/1990. Voto Dr. Petracchi, consid. 12.

<sup>19</sup> Hugo A, Vaninetti. “Perfiles falsos en redes sociales: identidad digital”, en LA LEY, 2016–F, p. 145.

civil, su información y estructura genética, etc. sino que está compuesto también con rasgos dinámicos, ya que algunos de ellos irán desapareciendo para dar origen a otros y así sucesivamente desde que una persona nace hasta incluso después de su muerte de acuerdo a factores culturales, históricos, religiosos, ideológicos, políticos, profesionales, familiares y sociales.

Tanto los rasgos estáticos como dinámicos en la identidad de una persona son inseparables, y no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático).

La persona configura su identidad digital mediante el llamado “perfil” que es el conjunto de datos que se vinculan con un usuario de un determinado servicio digital y cobra relevancia en su actividad por medio de las redes sociales. Allí es donde más notoriedad cobra este derecho, ya que puede ser objeto de toma de dicha identidad—creación de un perfil falso— o similar al de la persona con el objeto de destruir la imagen que se tenga de ella.

La acción constitucional más eficaz para prevenir posibles consecuencias contra el derecho a la intimidad y honor en internet es siempre la medida autosatisfactiva cuando los mecanismos que prevén los sitios, y en este caso una red social para bloquear y/o eliminar perfiles falsos no son implementados, siguiendo las pautas de autorregulación o mecanismos de denuncia que cada red social tiene para regular su funcionamiento y evitar responsabilidades.

En una oportunidad el Juez Federal de Río Cuarto resolvió hacer lugar a la demanda ordenando a Facebook S.R.L. para que dentro de las cuarenta y ocho horas (48 hs.) de oficiada proceda a notificar a los “amigos” (contactos) de la cuenta apócrifa

www.facebook.com/enrique.novo.54 (que fuera cancelada por la red social) los motivos por los cuales ha sido cerrada la misma. La empresa no cumplió la medida y cuando se imponen astreintes por su incumplimiento se presenta y articula defensas, lo que motivó la intervención de la Cámara de Apelaciones que resolvió.

El planteo de falta de legitimación pasiva opuesto por una red social luego de que el juez le impusiera astreintes por incumplir una sentencia que le había ordenado notificar a los contactos de una cuenta apócrifa los motivos por los cuales esta había sido cancelada debe rechazarse por extemporáneo y, en consecuencia, seguir la causa según su estado, pues, en todo caso, debió oponerse como defensa al momento de conocer la existencia del proceso.<sup>20</sup>

### *1.8 El derecho a la imagen digital*

El derecho a la imagen puede ser definido como “la potestad que cada individuo tiene frente los demás a no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento”. Así, todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque a tal derecho fundamental.

La mejor doctrina dice que “toda persona tiene derecho sobre su imagen, gozando de facultades para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma”,<sup>33</sup> pues la imagen es “la corporización estática representativa de la figura del sujeto, distinguiéndola de la identidad que es la prefiguración

---

<sup>20</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B Novo, Enrique F c. Facebook Argentina S.R.L s/ medida autosatisfactiva, expte. N° 17319/2013, sentencia del 08/08/2016.

dinámica, socio cultural del mismo. La imagen es para el derecho, la expresión formal y sensible de la persona”<sup>21</sup>

El reconocimiento de un alcance amplio y operativo a dicha garantía previo a su reglamentación y luego dictada la Ley N° 25326 y su Dto. N° 1558/, se manifiesta en la protección integral de los datos personales, como derecho fundamental. Esto no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino que se extiende a aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico y de otra índole o para cualquier otra utilidad que constituya una amenaza para el individuo en determinadas circunstancias.

Se hallaba resguardado por el art. 1071 bis del CC (hoy derogado) y la Ley N° 11723 –aún vigente, y en tal sentido la protección de la imagen por esta norma le permitió resolver a la CSJN que de una exégesis de la ley 11723 se extrae que el legislador ha prohibido –como regla– la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (art. 31)... por ser ello así, no puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de las interesadas.<sup>22</sup>

Si la persona es retratada y esa imagen difundida con su consentimiento para un fin específico y determinado, esa representación individual consentida no podría ser utilizada posteriormente con otro fin, distinto al primero, sin violar el derecho a la imagen.

<sup>21</sup> Cifuentes, Santos. Derechos Personalísimos. 3ra ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, p. 547.

<sup>22</sup> CSJN Fallos 311:1171, “Lambrechi, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, sentencia de 28/06/1988.

No es un problema de invasión a la intimidad, sino la utilización no consentida de la imagen.

El consentimiento que debe prestar el interesado para la utilización de la imagen constituye una condición general para que sea legítima la utilización, que opera como regla, sólo el consentimiento del interesado autoriza a disponer de la imagen conforme el art. 31 de la Ley N° 11723<sup>23</sup>, en su primer párrafo.

La imprecisa situación legal termino con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, (CCCN) pues en el capítulo 3 aborda la protección de los “Derechos y actos personalísimos”, en art. 51 dispone “Inviolabilidad de la persona humana: La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, lo que precisa, seguidamente, en el art. 52 cuando dispone Afectaciones a la dignidad: La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

### *1.9 El derecho a la fama/ reputación*

Es un derecho emergente de la intimidad que se proyecta hacia el exterior de la comunidad, por lo que el individuo,

<sup>23</sup> La Ley de Propiedad Intelectual N° 11723 en el art. 31 dispone: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.



quiere –y cuida– que se conozca sobre su persona y los aspectos salientes de su personalidad y se proyecta como una manifestación del honor, pero haciendo hincapié en la actividad profesional que realiza el individuo afectado por una noticia.

En torno a proteger este derecho se reputa que el habeas data es una buena opción ya que el acto de archivar, conservar y difundir datos que puedan lesionar la honorabilidad de una persona, o al menos, su reputación personal o profesional, se distingue de las vías positivas de defensa que el derecho tiene, pues el buen nombre vituperado solamente tiene indemnización económica, haciendo cierta la expresión que sostiene que una vez que el dato se ha hecho público es inútil cualquier corrección, y lo único que queda es la reparación patrimonial de un daño que, moralmente, no tiene sosiego. Por ello, el hábeas data puede actuar preventivamente para evitar la difusión de comentarios hirientes o mal intencionados que persigan agredir el respeto personal o la fama profesional que se tenga. Es evidente que, aun sin ley expresa o disposición constitucional que lo autorice, no se puede privar a la ley de su auténtica interpretación axiológica, al ocuparse de la persona y sus datos personales como aspectos inherentes a su intimidad.<sup>24</sup>

## 2. LOS BUSCADORES DE INTERNET

Los buscadores permiten a los usuarios localizar, de modo más o menos efectivo, la información relevante dentro de un caudal prácticamente incontrolable. El procedimiento es sumamente sencillo: se ingresa una o varias palabras clave y el intermediario, a través de un sistema informático que rastrea información en

<sup>24</sup> Gozaíni, Osvaldo A. Ob. cit., p. 93

la web, facilita el acceso a los sitios de terceros que contengan el término sugerido o difundan imágenes relacionadas con aquél<sup>25</sup>

Los resultados ofrecidos en forma de hipervínculos o links, son seleccionados y ordenados en forma automática por un algoritmo que opera de acuerdo a criterios y estrategias clasificatorias definidas por los seres humanos que lo diseñaron.

Una vez que aparecen las coincidencias aproximadas a la intención del solicitante, se muestran pequeños fragmentos o extractos que contienen una breve descripción orientativa con el término de búsqueda requerido. Si el usuario desea obtener más información, puede ingresar en el localizador uniforme de recursos (URL) que más le plazca. En definitiva, los buscadores, en principio, no proveen el contenido de los sitios que muestran en sus resultados (que pertenecen a terceros) ni tampoco lo modifican<sup>26</sup>, por lo que operan como meros intermediarios.

El valor que tiene para la comunidad este tipo de motores de búsqueda es inconmensurable. Más allá del indiscutible ánimo de lucro que posean estas empresas (que ha llevado, por ejemplo, a la creación de enlaces patrocinados), lo cierto es que constituyen un vehículo de difusión masiva de contenidos. Se erigen en nexos necesarios entre proveedores de información y consumidores, rol que se intercambia constantemente en la actualidad. La posibilidad de acceder a información sin barreras (con el consiguiente desarrollo personal, social, cultural, científico, económico y político), de comunicarse de modo irrestricto y de propagar ideas que coadyuven a la formación del discurso público resultan cuestiones trascendentales a tener en cuenta a la

<sup>25</sup> Gini, Santiago L. “Internet, buscadores de sitios webs y libertad de expresión”, La Ley. Sup.Act.,23/10/2008,1.

<sup>26</sup> Lisandro, Frene. “Responsabilidad de los “buscadores” de Internet”, La Ley. (2009-F-1219).

hora de resolver la posible atribución de responsabilidad de los buscadores.<sup>27</sup>

Siguiendo la clasificación diseñada por Tomeo<sup>28</sup> es que a estos proveedores de herramientas de localización de información, comúnmente se los llama “buscadores” y constituyen un verdadero fenómeno tecnológico, innovador y transformador en la historia de la cultura, que puede sintetizar la imprenta y la biblioteca global de la humanidad.

Vibes describe esta transformación diciendo que gracias a estos servicios de búsqueda hoy es posible acceder de manera sencilla e inmediata a un caudal de información que nunca antes conoció la humanidad. Como decía el historiador Eric Hobsbawm: “actualmente, cada día, cada hora, en todos los hogares la población común dispone de más información y oportunidades de esparcimiento de la que disponían los emperadores en 1914”. Y los buscadores cumplen una función central en esta revolución cultural, ya que facilitan en forma sustancial el acceso a esa información. Sin estas herramientas de búsqueda Internet sería igualmente una fuente enorme de información, pero acceder a dicha información sería mucho más complicado.<sup>29</sup>

El “motor de búsqueda” surge de la traducción inglés search engine, pues dentro de tal conceptualización se encuentran comprendidos tres elementos diferenciados:

<sup>27</sup> Federico S, Frene, Carestia. “*LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. LA NECESIDAD DE GENERAR UN ESQUEMA DE INCENTIVOS ADECUADO*”. REVISTA JURIDICA- UNIVERSIDAD SAN ANDRES. NUMERO 3/ 2006. 25/09/16.

<sup>28</sup> Fernando, Tomeo. “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, en LA LEY, 2010–C

<sup>29</sup> Federico P, Vibes. “*Alcances y límites de la libertad de expresión en internet*”, en LA LEY, 2013–A, p. 805.

1) Spiders, 2) un motor de búsqueda en la web se encuentra diseñado para buscar información en la World Wide Web y, 3) los servidores FTP. Los diseños implementados por los motores de búsqueda funcionan mediante algoritmos y en algunas ocasiones creados por elementos humanos. Por intermedio de algunas empresas de Google, Yahoo!, Altavista, etc., se localizan información –incluyendo los directorios, referencias, y enlaces– para lo cual diseñan programas informáticos que permiten que automáticamente se provea la información solicitada por el usuario.

Más allá de las modalidad técnica y específica, propia de otra disciplina, podemos decir que los llamados “buscadores” prestan un servicio: el de encontrar información con el ingreso de una determinada palabra en el llamado “índice de búsqueda” en sus sitios de Internet elegido y ello le permite a los usuarios conocer –y eventualmente acceder, mediante un “link”– los sitios de Internet de terceros que contengan la palabra ingresada por el usuario y/o imágenes asociadas con dicha palabra. Puesto de otro modo, el usuario escribe la palabra que pretende buscar y el “buscador” le indica en forma automática una lista de los sitios de Internet vinculados con la palabra buscada. Es importante señalar que: 1) los “buscadores” brindan este servicio a través de sistemas informáticos automáticos de actualización constante que rastrean la información que se va agregando a Internet; y 2) el “buscador” no provee el contenido de los sitios “encontrados” mediante su servicio de búsqueda, respecto de los cuales es un tercero ajeno.<sup>30</sup>

Desde tal perspectiva entonces, debe analizarse su responsabilidad jurídica puesto que no es productor del contenido ofensivo que constituya un ilícito en materia civil o penal; siempre

<sup>30</sup> Lisandro, Frene. “Responsabilidad de los ‘buscadores’ de internet”, en LA LEY, 2009–F, p. 1219.

como principio, como veremos más adelante. Si bien no les exime de responsabilidades, las mismas deben estar precisadas y detalladas previamente para que así suceda, pues el contenido que puede generar un daño (o configurar un delito) no lo produce ni crea el buscador, pero intimado por el accionar jurisdiccional para que quite dicho contenido, debe hacerlo puesto que allí genera su responsabilidad. La exención de responsabilidad de los buscadores se asienta sobre principios constitucionales, sobre la base de jurisprudencia y legislación comparada, y las normas genéricas de mayor o menor aplicación al tema, en particular la Ley N° 26032,<sup>31</sup> entre otras.

Para la eximición de responsabilidad se apela a fundamentos en que 1) el buscador no es quien genera el informe o contenido sino un tercero (sitio web diferente) pues es un intermediario de transmisión; 2) la actividad tiene la protección constitucional de los arts. 14, 32, 75 inc. 22 de la CN<sup>32</sup> sumado a la referida Ley N° 26032 que le da tal jerarquía y a su vez; 3) No puede –ni debe controlar el contenido producido por otros, sumado a que 4) el contenido es imposible de controlar, fáctica y jurídicamente– por el buscador, no puede ponderar la licitud del contenido realizado por otros; 5) el llamado bloqueo de contenidos solo puede suceder cuando se constata una ilicitud producida por otro, mas no por el buscador que opera a modo de reflejo o espejo, pues para remover la ilicitud del contenido debe ser cuestionado el link o servidor donde está alojado y es el productor o generador del ilícito, mas no el buscador.

<sup>31</sup> El art. 1 de la ley 26032 dice: “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

<sup>32</sup> El Bloqueo de constitucionalidad federal protege de censura previa.

Molina Quiroga<sup>33</sup>, sintetiza la responsabilidad de diciendo que los buscadores en internet no responden por los contenidos a los que vinculan, a) por no ser autores de contenido, b) incurren en responsabilidad cuando son notificados efectivamente del carácter dañino del contenido, c) la notificación debe identificar el sitio, d) la regla debe ser la notificación judicial, e) excepcionalmente puede ser privada en casos palmarios de ilicitud, que deben estar claramente tipificados en la ley y no ser conceptos abiertos, f) el factor de atribución es subjetivo (culpa) y, g) el objetivo es proteger la libertad de expresión (art. 13, CADH) en armonía con los derechos personalísimos de las personas que se sientan afectadas.

Los problemas sobre colisión entre derechos fundamentales se producen y se trasladan a otra actividad del mundo informático.

La CSJN resolvió<sup>34</sup>, por mayoría, en primer lugar, dijo que no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Los “motores de búsqueda” (search engines) son los servicios que buscan automáticamente en Internet los contenidos que han sido caracterizados por unas pocas “palabras de búsqueda” (search words) determinadas por el usuario. Su manera de funcionar los caracteriza como una herramienta técnica que favorece el acceso al contenido deseado por medio de referencias automáticas (Thibault Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni M. Riccio, Aurélie Van der Perre, Study on the Liability of Internet Intermediaries, Noviembre 2007, p. 86).

<sup>33</sup> Molina Quiroga, Eduardo. “Responsabilidad de los buscadores por contenidos publicados en internet”, en D.J. del 20/04/2016, p. 1.

<sup>34</sup> CSJN fallos 337:1174, Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios, 28/10/2014.

Esta última es la tendencia dominante en el derecho comparado. Hay países que tienen legislación específica para regular problemas como los de autos y otros que, a falta de ella, recurren a los principios generales de la responsabilidad civil. En unos y otros se afirma que los “buscadores” no tienen una obligación general de “monitorear” (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. Y, sobre esa base, se concluye en que los “buscadores” son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado...

16) Que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue – como lógico corolario– la inexistencia de responsabilidad...

La pretensión de aplicar responsabilidad “objetiva” en este tema, es de una llamativa insustancialidad. Si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita –que, por hipótesis, debe ser condenada– no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél. Lo expuesto resulta suficiente a efectos de desechar la aplicabilidad de un criterio “objetivo” de responsabilidad civil.

La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que –por definición– prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad.

17) Que sentado lo expuesto, hay casos en que el “buscador” puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente. Así lo establecen los países que, como principio, consideran irresponsables a los search engines. A partir

del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la “ajenidad” del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa. En nuestro país, es el artículo 1109 del Cód. Civil el que correspondería aplicar en el señalado supuesto...

18) Que, aunque no resulte necesario para resolver el presente caso, conviene que el Tribunal se expida, a modo de obiter dictum y como orientación, sobre un punto que merece diversas soluciones en el derecho comparado y acerca del cual no existe previsión legal. A los efectos del efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva, cabe preguntarse si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al “buscador” o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente. En ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, lo que registra antecedentes en alguna legislación (artículo 16 del decreto-ley 7 de 2004 de Portugal). Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente



de contenido sexual. La naturaleza ilícita –civil o penal– de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento. Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

19) Que Google se agravia de la condena del a quo, en cuanto éste entendió que la existencia de thumbnails relativos a imágenes de la actora conllevaba la obligación de requerir el consentimiento de ésta. El fallo recurrido caracteriza a los thumbnails de esta manera: “el motor de búsqueda muestra una copia reducida, tanto en píxeles (resolución) como en bytes (tamaño del archivo), de la imagen original existente en la página encontrada [...] con expresa referencia y ligazón (links) al sitio web donde ella se ubica. Ello es realizado por el motor de búsqueda para que las vistas miniaturizadas de la imagen original sean una referencia para el usuario de Internet, quien si pretende ver aquélla será direccionado a la página web del tercero en donde se encuentra alojada”.

20) Que el thumbnail tiene, respecto de la imagen original “subida” a una página de Internet, una función de mero “enlace”. La misma que tiene el snippet, o pequeña porción del texto que contiene esa página. Dan idea al usuario del contenido de la página y le permiten decidir si accederá, o no, a aquélla. Obviamente,

la imagen original y el texto original –”subidos” a la página web– son responsabilidad exclusiva del titular de aquélla, único creador del contenido. Por eso no corresponde aplicar al “buscador de imágenes” y al de “textos” normas distintas. Ambos “enlazan” a contenidos que no han creado. En consecuencia, la cámara, cuando afirma que “el hecho de que la actora haya producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado un daño moral resarcible” (fs. 1819), atribuye al “buscador de imágenes” (y a su resultado, el thumbnail) la impropia condición de “medio” que ha “empleado” la imagen. Esa condición, según la caracterización del thumbnail que la misma cámara ha dado, solo corresponde atribuirle –exclusivamente– al creador de la página web, que será quien deberá responder por la eventual utilización impropia.

21) Que las consideraciones precedentes evidencian que la decisión apelada resulta infundada en este punto, en tanto considera directamente aplicable al caso la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723 sin reparar en que no se juzga aquí la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet –por la indebida publicación o reproducción de imágenes– sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquélla...

22) Que, sin perjuicio de ello, y toda vez que, como se señaló, el servicio de imágenes está sujeto a las mismas normas que el de texto, los buscadores podrían incurrir en responsabilidad en los términos de la citada disposición si, una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaran con la debida diligencia...

En 29 considerandos la mayoría exime de responsabilidad a los buscadores de internet en tanto que el Dr. Lorenzetti y el Dr. Maqueda no comparten este criterio.

## *2.1 La Vía Procesal más Idónea*

Por la colisión entre los derechos emergentes de libertad de expresión, derecho a la información de los usuarios, etc., vs. el derecho a la intimidad y privacidad, el trámite en estos casos no puede ser la autosatisfactiva, sino el procedimiento que contempla la Ley N° 25236, en su art. 37, esto es el amparo común o el juicio sumarísimo, toda vez que el responsable de los archivos puede dar motivos y fundamentos para mantener la información y señalar la actualidad que la misma tiene contradiciendo la pretensión del reclamante. En internet esta situación se da contra los llamados motores de búsqueda o intermediarios de internet.

La CSJN tuvo ocasión de resolver un caso donde un particular formuló una denuncia contra un motor de búsqueda, por incluir en sus resultados de búsqueda de su nombre enlaces a páginas de Internet que contenían información sobre su persona que consideró en muchos de sus casos como falsa, injuriantes, desactualizada y para todos como atentatorios de su intimidad.

El buscador por su parte alegó que el motor de búsqueda es muy distinto a una base de datos personales ya que, no almacena, administra e informa datos relacionados a un grupo determinado o determinable de personas, sino que es un índice de contenidos dinámicos ubicados en páginas de Internet de terceros, únicos responsables de su publicación y remoción.

La repartición Nacional en su dictamen entró a analizar a la luz de las disposiciones de la Ley N° 25326. Si con el funcionamiento del “buscador” puede inferirse la existencia de un tratamiento de datos personales, llegando a la conclusión de que los buscadores realizan un tratamiento de datos que les permite relacionar los contenidos en una página en Internet con el dato de la búsqueda introducida por el usuario, utilizando como

intermediario un índice pre-elaborado por el mismo buscador. Por este y otros antecedentes finalmente estableció en el referido Dictamen, e que conforme a lo dispuesto por los arts. 1 y 29 de la Ley N° 25326, ante la evidente afectación de los derechos a la intimidad del denunciante y particularmente de la menor involucrada, que debe requerirse al buscador a que proceda a suprimir los datos o bloquear el acceso a cualquier resultado del buscador relativo a los enlaces (links) denunciados por el titular del dato.

Fernández Delpech dice:<sup>35</sup>

Creo que Google no es el responsable del tratamiento concreto que cada usuario hace al hacer una búsqueda, sino que pone una herramienta a disposición del público. Es un prestador de servicios que será responsable solo en la medida que se pruebe que se ha causado un daño y que actuó negligentemente, o que ante una intimación no ha bajado un dato personal sobre el cual se produjo el derecho al olvido, todo ello sin perjuicio de que creo que además de esa responsabilidad civil ulterior, es correcto habilitar el bloqueo o eliminación de los resultados del buscador cuando estos sean ilícitos o perjudiquen a terceros o se hallen sujetos a este nuevo derecho al olvido.

Debe entenderse que el derecho al olvido no otorga al individuo un derecho absoluto a reescribir su biografía. Es por ello que es necesario fijar límites, fundamentalmente referido al interés público, que surge de los derechos fundamentales que hacen al derecho a la información (veraz y objetiva) como derecho colectivo y de la libertad de expresión, pues si se admitiese el derecho al olvido sin ninguna limitación, quien modifique la historia escrita sería el buscador en forma directa u obligado por

<sup>35</sup> Horacio, Fernández Delpech. “*Derecho al olvido en internet*”, en LA LEY, 2015–F, p. 489.

un tribunal, a preguntar a cada individuo qué parte de su historia no quiere que se cuente.

### 3. ANÁLISIS

La necesidad de reconocimiento de los derechos digitales y su efectiva implementación como así también la protección de la totalidad de los hombres mientras estos navegan y hacen uso del internet es una preocupación a nivel mundial, a tal punto que Organizaciones mundiales como la ONU se expiden sobre la problemática, y la responsabilidad de los buscadores estableciendo que: estos responderán solo en el caso que haya intervenido el buscador específicamente en la creación del contenido que resulte lesivo:

#### 3.1 *Responsabilidad de intermediarios*

a) Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”).<sup>36</sup>

Y a su vez, en igual rango de importancia, así como se habla de los motores de búsqueda y su alcance, se menciona también en diversos instrumentos de rango internacional los derechos que tienen los hombres al vivir ínfimamente conectados con/ y a través del internet:

<sup>36</sup> ONU. “Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet”. 11/06/21.

### 3.1.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

**Artículo 12.-** Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

### 3.1.2 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

#### **Artículo 5.-** Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

#### **Artículo 11.-** Protección de la Honra y de la Dignidad

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

### 3.1.3 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

#### **Artículo 14.** Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o

televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Por tan solo enumerar, alguno de ellos... pero lo cierto es, que existe una confrontación entre lo que es Derecho al Olvido y lo que es el Derecho a la Libertad de Expresión que busca que el hombre tenga el pleno libre albedrío para otorgar su opinión, expresarla, exponerla e informar. Puede ocurrir que estos coexistan o bien que se confronten, son opiniones contrarias bajo las cuales se pueden resumir las dos teorías existentes sobre ello: las que apoyan la coexistencia de los dos derechos o quienes niegan que esto pueda darse.

La problemática que subsiste y perdura está en trasladar la legislación offline a la online ya que la mayoría de leyes que regulan o describen la libertad de información fueron redactadas antes del desarrollo tecnológico en el que nos vemos inmersos en la actualidad producto de la revolución tecnológica y científica del último cuarto de siglo. Se advierte la magnitud del problema pues las redes sociales funcionan distribuyendo la información con otras lógicas que se escapan del marco tradicional y con un régimen jurídico más flexible que los medios tradicionales, pues fuera de la red existen mecanismos civiles (reparación civil, daño moral; derecho de réplica, etc.) y penales (calumnias e injurias) cuando entran en conflicto el derecho al honor y la intimidad y el derecho a la información, que serían los afectados en la mayoría de noticias falsas, agraviantes o calumniosas que se difunden con total irresponsabilidad.

Esto encuentra respuesta en la justicia. El sistema previsto en el ordenamiento jurídico permite una respuesta entre la tensión de la libertad de expresión en internet y los derechos fundamentales de toda persona que siempre hay que respetar.

## CONCLUSIONES

Al encontrarnos inmersos en la era de la información y el uso del internet es menester dar un reconocimiento principalmente a los derechos de los hombres dentro de las plataformas, los Derechos Digitales; aquellos de los que gozaran los seres humanos por su sola condición de tal y que persistirán junto al hasta el final de sus días al ser estos derechos fundamentales y personalísimos.

Es menester remarcar que al hombre hay que resguardarlo y dotarlo de los instrumentos debidos de protección y seguridad aún más incluso dentro de las plataformas digitales y el mundo de la virtualidad. Es que todo aquello que hagamos, publiquemos, subamos, creamos, o compartimos en la red tiene un carácter de perennidad, es decir quedara allí por un tiempo indefinido, y su nivel de magnitud y propagación no solo es sumamente rápido sino también que este se encuentre al alcance de todos, y una vez que el contenido se encuentra en el ciberespacio ya perdimos el control sobre la cantidad de usuarios que pudieron ver el contenido, guardarlo, reproducirlo, enviado o compartido. De allí la importancia que cuidar la imagen personal de uno en el internet y el derecho de todos a exigir que este mismo se cumpla y se respete.

Sobre la problemática que provoca la tensión entre libertad de expresión y derechos fundamentales en el espacio virtual (internet) no se avanzó mucho, resulta difícil poder velar por ambos derechos al mismo tiempo pero se procura un equilibrio en el cual el hombre no se vea vulnerado y puedan ambos derechos coexistir.

### V. Sugerencias

Existe una gran problemática con los derechos digitales y es la falta de consenso mundial en su reconocimiento, aplicación



y en el modo de llevarlo a la práctica, y es que si bien el grado de concientización en el tema y su preocupación hacia su tratamiento es una realidad que todos buscan mantener no existe un consenso fiel sobre tal situación y es por ello que hay lagunas jurídicas o confusión sobre el modo de proceder en cada caso.

El conflicto incide en que justamente el internet goza de: 1) gran interactividad, 2) inexistencia de una autoridad de control a escala mundial, con problemas en la jurisdicción o legislación aplicable en algunos casos y, 3) la libertad de sus contenidos.

En consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se sugiere que: una regulación responsable de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) e intermediarios, regulado de forma específica, de modo que garantice que los ISP y otros intermediarios no sean responsables por los contenidos de terceros, cuando no controlen estos, ni tengan un conocimiento efectivo de su ilicitud. La regulación, de existir, debería ser clara y sin ambigüedades, pues generaría temor a ser considerados responsables, lo que potencialmente afectaría los derechos de libertad de expresión.

Empero, temas como la difamación, la pornografía infantil o la propiedad intelectual demandan la atención y obligan al delicado equilibrio de los derechos fundamentales en tensión en caso de regularse esta actividad. Lo propio ocurre con la responsabilidad de tipo penal de los intermediarios, pues colisionaría con los principios estructurales del derecho penal (autoría y participación) culpabilidad, etc.

En lo tocante a la responsabilidad civil las acciones mediante el uso de Internet no pueden considerarse actividades riesgosas, pero si se causa daño proceder a la reparación. En esta materia la actividad jurisdiccional es fundamental, si el juez notifica al

intermediario de internet luego de ordenar al creador del contenido que se debe bajar, parecería ser el camino adecuado. En todos los casos, llevar a cabo procesos judiciales sencillos y expeditos.

Empero, se promueve estudiar la imposición de responsabilidad a intermediarios por la baja de contenidos que pudieran hacer de manera arbitraria, discriminatoria y sin debido proceso. También se promueve estudiar una legislación sobre la retención y protección de datos personales ya que la dirección IP puede considerarse dato personal, ya que no es directamente identificatoria de una persona, enfatizándose que cualquier política sobre retención de datos tiene que incluir información acerca de por qué se retienen, por cuánto tiempo, quién retiene y qué se hace con los datos.

En relación con qué se hace a partir de la obtención de los datos retenidos, deberían existir regulaciones sobre la transmisión de estos y la intervención judicial y se concluye que no es aconsejable la regulación del llamado “derecho al olvido”, pues aparece como violatorio de la libertad de expresión y el acceso a la información.

Sobre el filtrado de contenido manifiestan que resulta preocupante pues, en principio, es considerado una limitación a la libertad de expresión y el acceso a la información, por lo que debería implementarse excepcionalmente. Así, el filtrado relacionado con la pornografía infantil resulta plausible; pero en la realidad son los delitos contra la honra, los derechos de autor y cuestiones políticas han sido los principales motivos de remoción de contenido, sin que hayan existido regulaciones claras que lo permitieran.

Por lo que, se aconseja que se implementen políticas de capacitación a los operadores judiciales, dado el desconocimiento por parte de estos sobre cuestiones tecnológicas, pues en caso de regularse el filtrado de contenido, debería ser excepcional y

seguir las pautas que establece el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Basterra, M. I. 1999. “*Hábeas data: derechos tutelados*”, en DJ.
- Basterra, M. I. 2011. “*Derecho a la información y libertad de expresión*”, en LA LEY.
- Basterra, M. I. 2012. “Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad”. Bs. As., Ed. Rubinzal–Culzoni.
- Basterra, M. I. 2016. “*Prólogo a La ley de acceso a información pública comentada*”, Ministerio del interior, Bs. As.
- Basterra, M. I. 2018. “*La protección de los datos personales, el honor y la intimidad en los medios digitales. Los riesgos de regular internet y sus consecuencias para la libertad de expresión*”, en AAVV: Revista de Derecho Público. Derechos humanos y nuevas tecnologías, T. I, Bs. As., Ed. Rubinzal–Culzoni.
- Basterra, M. I. “El derecho a la intimidad como límite a la libertad de información. a propósito del caso ‘V., J. s/medidas precautorias’”.
- Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B Novo, Enrique F c. Facebook Argentina S.R.L s/ medida autosatisfactiva, expte. N° 17319/2013, sentencia del 08/08/2016.
- Castellano Simón, P. 2011. “*El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet*”, en AAVV: “*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*”, Agustí Cerrillo–i–Martínez, Miquel Peguera Ismael Peña–López, Mónica Vilasau Solana (coords.), Barcelona, Ed. Huygens.
- Cifuentes, Santos. Derechos Personalísimos. 3ra ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, p. 547.
- Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149–152.
- Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66, entre otros.

Corte IDH, Caso Castillo Páez, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrs. 82–83, entre otros.

CSJN Fallos 311:1171, “Lambrechi, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, sentencia de 28/06/1988.

CSJN Fallos, 306–1892 “Ponzetti de Balbin, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.”, de 11 de diciembre de 1984.

CSJN fallos 337:1174, Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios, 28/10/2014.

CSJN Fallos: 313:1113, caso Muller, Jorge s/ denuncia del 13/11/1990. Voto Dr. Petracchi, consid. 12.

Faliero, Johanna C. 2020. “*Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural*”, en LA LEY.

Fernández Delpech, Horacio. 2015. “*Derecho al olvido en internet*”, en LA LEY.

Frene, Lisandro. 2009. “*Responsabilidad de los ‘buscadores’ de internet*”, en LA LEY.

Gini, Santiago L. 2008. “*Internet, buscadores de sitios webs y libertad de expresión*”, La Ley. Sup.Act.,23/10/2008.

Gozáini, Osvaldo A. 2011. “*Habeas data. Protección de datos personales*”. Bs. As., Ed. Rubinzal–Culzoni.

Frene, Carestia, Federico S. 2016. “*LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. LA NECESIDAD DE GENERAR UN ESQUEMA DE INCENTIVOS ADECUADO*”. REVISTA JURIDICA-UNIVERSIDAD SAN ANDRES. NUMERO 3.

Keller, Daphne. 2017. “*El ‘derecho al olvido’ de Europa en América Latina*”, en AAVV “*Hacia una Internet libre de censura II: Perspectivas en América Latina*”, Agustina Del Campo (comp.), 1ra ed., Bs. As., Universidad de Palermo.

Masciotra, Mario. 2018. “*Protección de datos personales y su integración en el marco de los derechos humanos*”, en Id SAIJ: Sistema Argentino de Información Jurídica, DACF180264.

Molina Quiroga, Eduardo. 2016. “Responsabilidad de los buscadores por contenidos publicados en internet”, en D.J.

Molina Quiroga, E. 2003. “Protección de datos personales como derecho autónomo: principios rectores. Informes de solvencia crediticia: uso arbitrario. Daño moral y material”, en www.eldial.com.

ONU. “Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet”.11/06/21.

Peyrano, G. F. 2007. “El derecho a la ‘intimidad informática’: garantía de la privacidad personal en los entornos virtuales de las comunicaciones electrónicas”, en JA, 2007–IV; en SJA.

Tomeo, Fernando. 2010. “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, en LA LEY.

Vaninetti, H. A. 2018. “La ‘e-violencia’ o ‘ciberviolencia’ de género contra las mujeres”, en LA LEY.

Vaninetti, H. A. 2019. “Las noticias falsas (fake news) y la libertad de expresión en internet”, en LA LEY.

Vaninetti, H. A. “Perfiles falsos en redes sociales: identidad digital”, en LA LEY, 2016–F.

Vaninetti, H. A. 2019. “Twitter: contenidos que generan daño. El rol de los influencers. el impacto del twibel, los retuits y el ‘escrache’ o linchamiento virtual”, en LA LEY.

Vibes, Federico P. 2013. “Alcances y límites de la libertad de expresión en internet”, en LA LEY.

# 4

## INTERDISCIPLINARIDADE: A EXPERIÊNCIA DA INCLUSÃO DE TEMAS RELACIONADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROJETOS DE EXTENSÃO CURRICULARIZADOS NO PERÍODO DA PANDEMIA

### INTERDISCIPLINARITY: THE EXPERIENCE OF INCLUDING TOPICS RELATED TO FUNDAMENTAL RIGHTS IN CURRICULARIZED EXTENSION PROJECTS DURING THE PANDEMIC PERIOD

**Clarissa Bueno Wandscheer**

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011), mestrado em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Atualmente é professora dos Programas de Pós-graduação em Direito (PPGD) e em Gestão Ambiental (PPGAmb) da Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil. É integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social (CPJUS).

#### RESUMO

Esse relato apresenta a vivência da implantação da curricularização das atividades de extensão orientadas por projetos e formação do egresso da Universidade Positivo (UP) em período de ensino por instrumentos remotos para cursos presenciais.

A descrição corresponde a unidade curricular de pesquisa e meio ambiente, vinculado ao programa desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e ambiental em colaboração com organizações do terceiro setor; ofertado no primeiro semestre de 2021 em parceria com a Ong TETO Paraná. As atividades de extensão curriculares institucionais representam o espaço para o desenvolvimento de atividades interdisciplinares, a construção de diálogos com a sociedade, a capacitação e reflexão para o desenvolvimento sustentável. A metodologia dessa proposta caracteriza-se por uma abordagem qualitativa, com objetivo descritivo da experiência e procedimento predominantemente documental e pesquisa participante. Quanto aos resultados identifica-se que a experiência contribui para a realização do Plano de Desenvolvimento Institucional PDI/UP, para o desenvolvimento de habilidades e atitudes do discente e aproximação da Universidade com a Comunidade, permite desenvolver atividades interdisciplinares para o estudo dos direitos fundamentais, nesse caso o direito à moradia, relacionado à problemas concretos enfrentados pela população brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** interdisciplinaridade; extensão curricularizada; direitos fundamentais; pesquisa aplicada; meio ambiente, Universidade Positivo.

*Recebido em: 26.11.2021*

*Aceito em: 28.02.2022*

## INTRODUÇÃO

A nova proposta da extensão curricularizada segundo resolução 07/2018 do Ministério da Educação (MEC), Conselho Nacional de Educação (CNE) e Câmara de Educação Superior (CES) abre a possibilidade para o diálogo interdisciplinar, pois

permite a reunião de acadêmicos de diferentes cursos e áreas para a resolução de problemas identificados a partir de conversas com a sociedade.

Essa resolução 07/2018 estabelece em seu artigo 3º que as atividades de extensão fazem parte dos currículos e que envolve: “processo interdisciplinar, político educacional, cultural, científico, tecnológico, que promove a interação transformadora entre as instituições de ensino superior e os outros setores da sociedade (...)”<sup>1</sup>.

Soma-se à essa exigência as preocupações internacionais sobre a educação de crianças e jovens para as transformações sociais necessárias para se alcançar o desenvolvimento sustentável.

O relatório de desenvolvimento humano das **Nações Unidas de 2020** traz três mecanismos possíveis para impulsionar as mudanças sociais, sendo eles: i) as normas sociais, que envolvem comportamentos socialmente admitidos ou proibidos; ii) os incentivos, para direcionar a ação de consumidores, empresas e investidores, e; iii) uma nova geração de soluções sustentadas na natureza, como forma de auxiliar na proteção e restauração de ecossistemas ao mesmo tempo que amplia o acesso ao bem-estar<sup>2</sup>.

A Universidade Positivo construiu seu PDI para o ciclo 2021-2024 orientado para a educação para o desenvolvimento sustentável com o objetivo estratégico de “formar pessoas competentes para o

<sup>1</sup> Ministério Da Educação Conselho Nacional De Educação Câmara De Educação Superior. 2018. Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018. Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e regimenta o disposto na Meta 12.7 da Lei nº 13.005/2014, que aprova o plano Nacional de Educação – PNE 2014-2024 e dá outras providências. Brasília: Ministério da Educação. [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192) (Consultado em 04 de outubro de 2021). p.1.

<sup>2</sup> Pedro Conceição, *Relatório de Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira o desenvolvimento humano e o antropoceno*, 2020), p.129.



mundo do trabalho, atual e futuro, comprometidas com o desenvolvimento sustentável<sup>3</sup>”.

Dessa forma, as atividades de extensão curriculares institucionais representam o espaço para o desenvolvimento de atividades interdisciplinares, a construção de diálogos com a sociedade, a capacitação e reflexão para o desenvolvimento sustentável. Isso implica no impacto direto no comportamento das pessoas ao ampliar a conscientização sobre direitos humanos, meio ambiente e a busca por soluções para o desenvolvimento sustentável.

Já que o processo de ensino-aprendizagem aumenta a capacidade de agência individual das pessoas, ou seja, permite aos discentes realizarem escolhas e se posicionarem de maneira mais consciente ao invés de serem expectadores passivos. “A qualidade da agência humana é reforçada através de uma melhor educação, de melhores condições de saúde e de um nível de vida superior<sup>4</sup>”.

Assim, esse artigo tem como objetivo compartilhar a experiência de um dos projetos da extensão institucional curricularizada da Universidade Positivo.

Metodologicamente esse texto trabalho caracteriza-se por uma abordagem qualitativa por se limitar às características das atividades e impressões de projeto específico; objetivos descritivos da experiência relatada e sua relação com a interdisciplinaridade do estudos de meio ambiente e direitos humanos e quanto aos procedimentos é predominantemente documental por basear-se nas regulamentações da Universidade Positivo,

<sup>3</sup> Universidade Positivo. 2021. Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024: resumo executivo da política de ensino de graduação (Curitiba: Universidade Positivo), p.1.

<sup>4</sup> Pedro Conceição, *Relatório de Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira o desenvolvimento humano e o antropoceno*, 2020), p.41.

na Resolução 07/2018 (MEC), Relatório de Desenvolvimento Humano 2020, sem excluir fontes bibliográficas. E, por fim, pesquisa participante tendo em vista que “se caracteriza pelo envolvimento e identificação do pesquisador com as pessoas investigadas<sup>5</sup>”. Ou ainda “caracteriza-se pela interação entre pesquisadores e membros das situações investigadas<sup>6</sup>”, que nesse caso envolvem docente (relatora dessa experiência), discentes que cursaram a unidade curricular e a comunidade envolvida no projeto.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: (ii) a interdisciplinaridade dos direitos humanos; (iii) a proposta de extensão institucional da Universidade Positivo; (iv) a descrição e os resultados da experiência da unidade curricular pesquisa aplicada e meio ambiente vinculada ao programa desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e ambiental em colaboração com organizações do terceiro setor, intitulada Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba; (v) as conclusões; (vi) sugestões e, por fim, (vii) as referências.

## 2. A INTERDISCIPLINARIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGOS CURRICULARES

Nesse ponto serão apresentados, de forma breve, a relação dos direitos humanos e o direito ao desenvolvimento, e, a necessária abordagem interdisciplinar nas atividades de extensão universitária.

Os teóricos dos direitos humanos há tempos superaram a perspectiva meramente individual ampliando o reconhecimento para

<sup>5</sup> Tatiana Engel Gerhardt e Denise Tolfo Silveira, (org.). 2009. *Métodos de pesquisa*. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEA/UFRGS (Porto Alegre: Editora da UFRGS), p.40.

<sup>6</sup> Antonio Carlos Gil. 2002. Como elaborar projetos de pesquisa (São Paulo: Atlas), p.55.

os direitos sociais, culturais e ambientais, dentre outros. Ressalta-se, também, que envolve direitos individuais, coletivos e difusos.

Na perspectiva do desenvolvimento sustentável o direito ao desenvolvimento além de representar um direito em si, constitui também um direito instrumental para a efetivação de outros<sup>7</sup>.

Como direito instrumental:

foi entendido como síntese de todos os direitos humanos, como um vetor, como um processo especial, até se chegar na percepção de um meta-direito; um direito que instrumentaliza os demais, ao exigir condições e instituições adequadas para suas realizações. O direito ao desenvolvimento auxilia [portanto] na conquista das liberdades individuais<sup>8</sup>.

Na obra *Direitos Humanos e vulnerabilidade e a Agenda 2030*<sup>9</sup> pode-se consultar uma amostra de pesquisas relacionadas à essa temática. Assim, os direitos humanos constituem a base para o desenvolvimento sustentável e permitem a ampliação das capacidades humanas e o poder de agência individual e coletiva.

Destacando a relação com o ambiente cita-se, a título exemplificativo, o princípio 3 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que estabelece que: “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidade de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras<sup>10</sup>”.

<sup>7</sup> Liliana Lyra Jubilut ... [et al]. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e Agenda 2030* (Boa Vista: Ediotra da UFRR, 2020), 23.

<sup>8</sup> Liliana Lyra Jubilut ... [et al]. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e Agenda 2030* (Boa Vista: Ediotra da UFRR, 2020), 23.

<sup>9</sup> Liliana Lyra Jubilut ... [et al]. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e Agenda 2030* (Boa Vista: Ediotra da UFRR, 2020), 15-40.

<sup>10</sup> Nações Unidas. *Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento* (Rio de Janeiro, 1992).

Assim, entende-se que a condição do agente, para um processo de desenvolvimento justo e bom, nacional ou global e a longo prazo, deve ser o de assegurar um nível adequado de agência, ou seja, da condição de agente e capacidades moralmente básicas para todos no mundo<sup>11</sup> **não só no presente, mas também para as futuras gerações.**

E a educação consiste em um elemento importante para a construção das capacidades básicas dos agentes a partir de projetos de extensão interdisciplinares.

Portanto, a educação para o desenvolvimento sustentável nas escolas e universidades é, no mínimo, tão importante quanto o aprendizado em casa, contribuindo para a ampliar e adquirir os conhecimentos, as competências e as soluções técnicas para conscientização sobre as alterações climáticas e uma melhora na capacidade de resposta a catástrofes, reduzindo a vulnerabilidade<sup>12</sup> ambiental, social e econômica.

Inclusive, destaca o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2020 que o processo de educação para o desenvolvimento sustentável não se limite a uma disciplina escolar/universitária específica, mas deve estar voltada para a ampliação das competências ao invés da compartimentalização de conhecimentos específicos<sup>13</sup>.

Elementos que também constam da resolução 07/2018 do Ministério da Educação (MEC) que prevê em seu artigo 5º que

<sup>11</sup> D.Crocker apud Maurício Mota Saboya Pinheiro. As liberdades como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen (Brasília: Ipea texto para discussão nº 1794, 2012), p.14.

<sup>12</sup> Pedro Conceição, *Relatório de Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira o desenvolvimento humano e o antropoceno*, 2020), p.136.

<sup>13</sup> Pedro Conceição, *Relatório de Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira o desenvolvimento humano e o antropoceno*, 2020), p.136.

estruturam a concepção e a prática para a extensão na educação superior “a formação cidadã dos estudantes, marcada e constituída pela vivência dos seus conhecimentos, que, de modo interprofissional e interdisciplinar, seja valorizada e integrada à matriz curricular<sup>14</sup>”.

A experiência da disciplina de pesquisa aplicada e meio ambiente na extensão institucional da Universidade Positivo demonstra esforços de seguir nesse caminho.

### 3. A EXTENSÃO INSTITUCIONAL CURRICULARIZADA DA UNIVERSIDADE POSITIVO

A Universidade Positivo curricularizou a extensão no primeiro semestre de 2021. Para isso, foram criadas unidades curriculares de extensão institucionais e de curso. Contudo, o relato de experiência aqui tratado refere-se ao de uma unidade curricular de extensão institucional. As unidades institucionais de extensão são quatro: pesquisa aplicada e meio ambiente; pesquisa e sociedade, projeto de inovação e projeto empreendedor<sup>15</sup> e fazem parte do currículo básico de todos os cursos de graduação da universidade.

As unidades curriculares de extensão ofertam vários projetos que devem estar, obrigatoriamente, vinculados a um dos programas institucionais que são sete: i) desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e ambiental em colaboração com instituições

<sup>14</sup> Brasil, *Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018* (Brasília: Ministério da Educação: Conselho Nacional de Educação: Câmara de Educação Superior), p.2.

<sup>15</sup> Universidade Positivo. 2021. Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024: resumo executivo da política de ensino de graduação (Curitiba: Universidade Positivo), p.12.

governamentais e organismos internacionais; ii) desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e ambiental em colaboração com o setor produtivo; iii) desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e ambiental em colaboração com organizações do terceiro setor; iv) desenvolvimento tecnológico, social e ambiental em colaboração com instituições de ensino; v) promoção de desenvolvimento econômico, social e ambiental de comunidades tradicionais; vi) promoção de desenvolvimento econômico, social e ambiental de populações vulneráveis e vii) promoção de direitos humanos da população prisional<sup>16</sup>.

Todos os projetos enviados são encaminhados para o Comitê de Extensão da Universidade Positivo que avaliará: a aderência a um dos programas de extensão da Universidade; a integração com atividade de pesquisa; o potencial para produzir aprendizado por meio da interação dialógica entre a comunidade acadêmica e a comunidade externa, dentro dos objetivos da componente curricular correspondente na Educação para o Desenvolvimento Sustentável; o potencial de impacto social, econômico e/ou ambiental de acordo com a demanda ou as necessidades da comunidade externa; a adequação do plano de trabalho e os custos do projeto.

Além disso, a proposta da curricularização da extensão contribui para a formação do egresso focado para a educação para o desenvolvimento sustentável, segundo o PDI Institucional, oportunizando condições para que os discentes desenvolvam as habilidades e atitudes de i) autonomia, ii) cooperação, iii) criatividade, iv) curiosidade epistemológica, v) empatia, vi) ética,

<sup>16</sup> Universidade Positivo. 2021. Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024: resumo executivo da política de extensão (Curitiba: Universidade Positivo), p.6-9.

vii) resiliência, viii) responsabilidade, ix) responsividade, x) pensamento sistêmico e crítico<sup>17</sup>.

Assim, as atividades de extensão curriculares devem “proporcionar o desenvolvimento nos alunos, de competências de alta complexidade por meio de ações multi e interdisciplinares com impacto positivo e visível nas comunidades que se relacionam com a universidade<sup>18</sup>”.

Observa-se o esforço da Universidade Positivo para a implantação da resolução 07/2018 (MEC) com todos os obstáculos que envolvem: desde a conscientização dos discentes sobre a importância da extensão interdisciplinar, a capacitação do corpo docente para trabalhar com turmas interdisciplinares, a construção de parcerias com a sociedade e o desenvolvimento de projetos que causem impacto positivo e transformador em um cenário de isolamento social decorrente da pandemia no ano de 2021.

#### 4. A EXPERIENCIA DA UNIDADE CURRICULAR DE PROJETO DE EXTENSÃO EM PESQUISA APLICADA E MEIO AMBIENTE NO PERÍODO DE PANDEMIA

A unidade curricular pesquisa aplicada e meio ambiente foi concebida para trabalhar os conteúdos de ecologia geral, a relação da economia com a ecologia como bases para o desenvolvimento sustentável, aspectos de degradação e conservação do

<sup>17</sup> Universidade Positivo. 2021. Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024: resumo executivo da política de ensino de graduação (Curitiba: Universidade Positivo), p.3.

<sup>18</sup> Universidade Positivo. 2021. Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024: resumo executivo da política de extensão (Curitiba: Universidade Positivo), p.3.

meio ambiente, assim como a poluição em suas diversas formas, e, no mínimo, os três R's da sustentabilidade<sup>19</sup>.

Esses conteúdos devem estar relacionados com o problema de pesquisa identificado e selecionado junto ao parceiro que pode ser desde organização governamental, intergovernamental, não-governamental, instituições de ensino, empresas, start ups, comunidades tradicionais, organizações de bairro, populações vulneráveis até população prisional, por exemplo.

Os projetos desenvolvidos no semestre, nessa unidade curricular, têm a finalidade de atingirem os seguintes objetivos de aprendizagem<sup>20</sup>: elaborar projetos de pesquisa, desenvolver pesquisa aplicada, analisar resultados de pesquisa, comunicar esses resultados de forma oral e escrita, agir de forma responsável e responsiva diante das questões ambientais e trabalhar em equipes multidisciplinares de forma colaborativa e empática.

#### *4.1 Descrição do projeto executado*

O projeto apresentado na unidade curricular institucional de pesquisa aplicada e meio ambiente intitulado “Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba”, foi aprovado para ser desenvolvido no primeiro semestre de 2021, na Unidade Santos Andrade da Universidade Positivo, nas segundas-feiras turno manhã e noite.

<sup>19</sup> Departamento de desenvolvimento acadêmico (DDA) da Universidade Positivo. 2021. Plano de ensino: unidade curricular pesquisa aplicada e meio ambiente. Curitiba: Universidade Positivo.

<sup>20</sup> Departamento de desenvolvimento acadêmico (DDA) da Universidade Positivo. 2021. Plano de ensino: unidade curricular pesquisa aplicada e meio ambiente. Curitiba: Universidade Positivo.



O projeto faz parte do Programa de extensão institucional de desenvolvimento tecnológico, socioeconômico e ambiental em colaboração com organizações do terceiro setor.

As atividades dessa unidade curricular propõem um diálogo com entidades do terceiro setor que atuam junto de populações vulneráveis com o objetivo de melhorar as condições de moradia.

As ações de pesquisa desse projeto concentram-se no mapeamento dos impactos sociais e ambientais nas comunidades vulneráveis atendidas pela Ong TETO com a construção de moradias de emergência.

Dessa, forma nesse semestre os discentes foram convidados a conhecer as condições de moradia da população vulnerável na cidade de Curitiba a partir da perspectiva do direito à moradia; das propostas de moradias sustentáveis; das formas de uso do espaço urbano e sua distribuição na cidade, como a disponibilidade de infraestrutura de saúde, de saneamento, de transporte público, de lazer, etc.

As atividades da unidade curricular foram orientadas por marcos teóricos sobre o direito à moradia, políticas públicas para casas populares, moradias sustentáveis, áreas ambientalmente sensíveis, dentre outros pontos relacionados.

As ações de aproximação com a Comunidade ocorreram por intermédio da Ong TETO com sede em Curitiba, que optou por realizar o contato entre comunidade e discentes por meio de seus voluntários.

O diálogo com o parceiro permitiu a construção conjunta de relatório de pesquisa entregue ao final do semestre. Foi idealizado, mas não executado, a proposta de elaborar uma avaliação de

prioridades ambientais por meio de indicadores de salubridade ambiental seguindo como exemplo a metodologia utilizada no estudo de caso da cidade de Caruaru<sup>21</sup>.

As atividades foram desenvolvidas em equipes multidisciplinares de forma cooperativa, empática, resiliente e responsiva, considerando as peculiaridades de cada discente e do parceiro envolvido na ação.

Assim, se pretendeu incentivar o aprendizado de forma autônoma, abrir a oportunidade aos discentes de lidarem com situações de vulnerabilidade ambiental e social de forma proativa e consciente. Ao final dessa componente curricular o estudante pode analisar os resultados produzidos durante o semestre e comunicá-lo de forma dialógica para a comunidade acadêmica, externa e parceiros. Por fim, cumpre destacar que as atividades de pesquisa estão diretamente relacionadas com as do Programa de Pós-graduação em Gestão Ambiental<sup>22</sup> no grupo de Meio ambiente e sociedade por abordar temas de desenvolvimento sustentável, áreas ambientalmente sensíveis, educação ambiental e cidades.

#### 4.2 *Metodologia aplicada para a execução do projeto*

O trabalho foi dividido em duas fases com diferentes etapas em cada um deles. A divisão das atividades foi desenvolvida por sugestão da Ong parceira TETO Paraná.

<sup>21</sup> Armando Dias Duarte, Saulo de Tarso Marques Bezerra e Elizabeth Amaral Pastich Gonçalves. “Environmental health indicator for the evaluation of neighborhoods in urban areas: a case study in Caruaru (PE), Brazil”, *Revista brasileira de ciências ambientais* 56 (março 2021): 166-179.

<sup>22</sup> É possível consultar teses e dissertações em educação ambiental e desenvolvimento sustentável no site do Programa de Pós-graduação em Gestão Ambiental da Universidade Positivo: <https://www.up.edu.br/mestrado-e-doutorado/mestrado-em-gestao-ambiental/projetos-aprovados-nas-agencias-de-fomento/>

A primeira fase ocorreu de março a abril, onde os alunos matriculados na disciplina realizaram uma aproximação com a temática ambiental; a relação dos seres humanos com a natureza, com ênfase na questão urbana; as atividades conjuntas com a Ong TETO Brasil, regional Paraná, e; conversas com pesquisadores na temática urbano ambiental que contribuíram compartilhando dados e dificuldades da pesquisa em Municípios no Paraná.

Para isso, foram realizadas leituras dirigidas com indicação de textos e materiais com base na ementa e bibliografia da disciplina extensionista e textos complementares relacionados à questão urbana. A aproximação com o parceiro (Ong TETO Paraná) ocorreu por meio de encontro dialogado via plataforma *Collaborate* e compartilhamento de materiais produzidos sobre as comunidades atendidas pela Ong TETO Paraná em Curitiba e Região Metropolitana.

Na primeira quinzena de abril os alunos participaram das ações da COLETA DIGITAL da TETO, campanha nacional de mobilização para arrecadação de recursos para as atividades da organização. Importante destacar que esses recursos não representam a principal fonte de financiamento das atividades (que possuem patrocinadores diversos), mas tem como objetivo dar visibilidade para a situação de populações que vivem em áreas ambiental e socialmente vulneráveis. Em tempos de pré pandemia essa arrecadação era feita com mobilização em semáforos da cidade. No ano de 2021 a situação sanitária de isolamento social impediu a realização da atividade nos moldes tradicionais e foi realizada por meios virtuais. O que oportunizou aos discentes o desenvolvimento de habilidades e atitudes que ultrapassaram os inicialmente propostos para a disciplina.

A ação COLETA DIGITAL contou com a participação de diversas equipes no Estado do Paraná, cada equipe contou com

líderes indicados pela Ong TETO Paraná dentre seu grupo de voluntários. Os discentes matriculados na disciplina, incluindo alunos dos turnos manhã e noite, foram distribuídos em três equipes. Nessas equipes desenvolveram as seguintes atividades: escolha de nome para a equipe; construção de texto com intuito de conscientizar e denunciar a situação das moradias vulneráveis para publicação nas redes sociais como Instagram e Facebook; elaboração de paródia para divulgação no Instagram e TikTok – TikTeto; confecção de camiseta ou cartaz para foto dos integrantes da equipe e organização de uma Rifa com diferentes prêmios.

De modo, a não sobrecarregar as atividades com o parceiro alguns encontros síncronos foram diminuídos já que havia programação de mais de um encontro com as equipes da COLEGA DIGITAL durante a semana.

Após essa fase foi realizada uma atividade de feedback: com depoimentos orais no encontro síncrono e pelo preenchimento de formulário para avaliação de engajamento dos colegas (avaliação por pares) feita por meio do *Forms Office*.

A segunda fase ocorreu de abril a junho. Nessa fase os alunos se concentraram na elaboração de estudo comparado entre dados das comunidades atendidas pela Ong TETO Paraná e o seu entorno para mapear os impactos sociais e ambientais a fim de permitir comparações entre, por exemplo: bairro onde está, bairro vizinho e regional conforme divisões estabelecidas pelo Município de Curitiba e a comunidade atendida pelo Ong TETO Paraná.

A Ong TETO realizou estudos sobre as comunidades que atende e disponibiliza as informações por meio de Relatórios Socioeconômicos. Dessa forma, as duas turmas (oferta manhã e noite) estudaram os Relatórios Socioeconômicos mais recentes

disponibilizado pela parceira. E foram selecionados os relatórios publicados em 2020 e que incluíam comunidades atendidas em Curitiba ou Região Metropolitana. Cada turma (manhã e noite) escolheu o relatório de uma comunidade diferente para elaborar o estudo comparativo e mapear os impactos.

A turma do diurno escolheu como base o Relatório Socioeconômico da Comunidade da Caximba e a turma do noturno o Relatório Socioeconômico da Comunidade 29 de Março, ambas em Curitiba. Após estudo detalhado dos relatórios cada turma selecionou as temáticas que fariam parte do estudo comparado, dentre elas: moradia, educação, renda, transporte, saneamento básico. Cada um dos temas foi trabalhado por um grupo de 6 alunos. Todos os temas escolhidos possuem correspondência com os Relatórios da Ong TETO Paraná.

Cada turma desenhou a metodologia utilizada para a elaboração do relatório de pesquisa, como por exemplo: análise qualitativa e quantidade dos dados encontrados; revisão bibliográfica relacionada ao tema de cada uma das equipes, e; estudo de compatibilidade com o desenvolvimento sustentável a partir dos Objetivos da Agenda 2030.

Todos os dados utilizados na pesquisa são secundários e disponibilizados por instituições pública e privadas na internet. A revisão bibliográfica foi feita, predominantemente, na base de dados da Universidade Positivo, nas plataformas Minha Biblioteca e Biblioteca Digital.

Dessa forma, os encontros foram divididos de maneira a permitir a busca a revisão bibliográfica, a busca de dados, a construção do relatório e a exposição periódica dos avanços e das dificuldades encontrados. Foi apresentado à parceira relatório parcial de atividades em encontro por meio da plataforma *Collaborate* para um diálogo sobre avanços, dificuldades e encaminhamentos.

A última parte foi a apresentação e entrega final dos relatórios para a Ong TETO Paraná. As duas turmas apresentaram o relatório final para o parceiro por meio das plataformas *Collabore* e *Teams* e preencheram formulário de avaliação por pares e de feedback.

### 4.3 Resultados do projeto de extensão executado

Na primeira fase do projeto, correspondente a participação na COLETA DIGITAL as equipes integradas por alunos produziram os seguintes materiais: Equipe Bee Movie apresentou a chamada:

As abelhas não dão a mínima para o que os outros acham impossível!!

Faça parte da luta por uma sociedade mais justa e sem pobreza!

Faça parte da Coleta (digital), um evento organizado pela TETO Brasil com o objetivo de arrecadar fundos para realizar projetos nas comunidades mais precárias do país. Porque quando o som do Coletão toca, Ce tira o dinheiro da carteira.

Eu doo, ce doa. Bora doar?<sup>23</sup>

E a imagem que segue representou a identidade visual da equipe.

<sup>23</sup> Clarissa Bueno Wandscheer. 2021. Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba (Curitiba: Universidade Positivo), p.4.

**FIGURA 1:** Imagem da Equipe Bee Move para a campanha Coleta Digital TETO 2021.



**Fonte:** Wandscheer, Clarissa Bueno. 2021. Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba. [Relatório de Atividades de Extensão 1º Semestre 2021]. Curitiba: Universidade Positivo. p.4.

Já a equipe Guardiões da Coleta apresentou o seguinte texto para conscientizar e denunciar as moradias vulneráveis:

Bora fazer a diferença?

Somos voluntários da TETO Brasil, uma organização internacional presente em 19 países da América Latina, dedicada à superação da pobreza através da promoção do direito à moradia e do desenvolvimento de comunidades.

Para manter nossos projetos ativos, anualmente realizamos a campanha de arrecadação chamada “Coleta”, assim como tudo

no “novo normal”, no ano de 2021 nossa Coleta infelizmente deverá ser feita pelas mídias e meios digitais.

Toda contribuição e divulgação é bem-vinda.

O que nos impede de começar hoje a construir uma sociedade justa e sem pobreza?

Vem fazer a diferença com a TETO! <sup>24</sup>

No material envolvendo a paródia e vídeos para o Tik-tok a equipe Blue Side optou por parodiar a música Alô Ambev. Já a equipe Bee Movie elaborou a seguinte paródia:

Parei, pensei e ajudei

Será que agora eu vou doar de vez?

Será que eu vou ficar de boa?

Olhando pra essa sociedade que não inclui toda pessoa

Não vou não

Já mudei o modo que pensava

Eu não vim aqui pra ficar fazendo nada

To engajando um monte

o que te impede de mudar agooora

Enquanto o som do coletão toca

Cê tira o dinheirinho da carteira

Eu dôo, cê doa

Eu dôo, cê doa<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Clarissa Bueno Wandscheer. 2021. Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba (Curitiba: Universidade Positivo), p.6.

<sup>25</sup> Clarissa Bueno Wandscheer. 2021. Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba (Curitiba: Universidade Positivo), p.4-5.



Enquanto a equipe Guardiões da Coleta compôs a paródia disponibilizada no instagram pelo link: <https://www.instagram.com/tv/CNMDPiYhxjC/?igshid=1n3rlazynjcgp>.

Ôooo coleta chegou  
Obá obá obá  
Ôooo coleta chegou  
Viemos pra somar  
É que o TETO ajuda tanta gente  
Deixa eu te falar  
Otimismo e Diversidade  
Pra sociedade integrar  
O TETO que é um misto de Norte e de Sul  
E pra que ele dê certo  
Precisa de mim e de tu  
E a Coleta, uma ação como essa tão legal  
Não fique aí de fora  
Vem com a gente no alto astral  
Ôooo coleta chegou  
Obá obá obá  
Ôooo coleta chegou  
Viemos pra somar  
No TETO tem muita determinação  
E pra falar a verdade  
Essa é a verdadeira missão  
E a Coleta, uma ação como essa tão legal  
Superando a pobreza  
Pra atingir o bem geral<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Clarissa Bueno Wandscheer. 2021. Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba (Curitiba: Universidade Positivo), p.6-7.

Todas as equipes com a participação de alunos vinculados ao projeto de extensão superaram as metas de arrecadação previstas para R\$ 4.250,00.

Após essa atividade foi realizada uma atividade de feedback: com depoimentos orais no encontro síncrono e pelo preenchimento de formulário para avaliação de engajamento dos colegas (avaliação por pares) feita por meio do *Forms Office*. Dos 46 alunos e alunas participantes somente 2 manifestaram explicitamente o descontentamento com a atividade indicando que precisaram se dedicar em horários fora do momento síncrono da aula e 4 não acompanharam as aulas e tampouco a atividade com a parceira.

Na segunda fase foram apresentados dois relatórios. A turma da manhã elaborou texto com o objetivo de realizar uma análise comparativa mapeando as informações da região da Caximba, contando com a apresentação de dados das comunidades ao seu redor em relação às regiões próximas do bairro em questão com foco em saneamento básico, moradia e educação. E apresentou como conclusão:

O Brasil possui uma grande desigualdade e déficit de acesso ao saneamento básico e, ainda que este seja maior nas regiões Norte e Nordeste, é possível também identificar essa problemática de forma bastante agravada na região Sul, como é o caso da comunidade da Caximba, em Curitiba. Os dados sobre saneamento básico na região são de difícil acesso, já que a comunidade não é, na grande maioria das vezes, incluída no levantamento de dados do município. Esse problema relaciona-se diretamente com a qualidade de vida da população, que enfrenta severa vulnerabilidade social e sanitária, e é por isso que ações como as da TETO são de grande importância para a comunidade. (...).

Ademais, ao analisar problemas relacionados à moradia, observa-se que apesar de ser considerado um direito social pela própria constituição de 1988, o acesso à moradia não é, todavia,

um direito garantido. Como um reflexo da não-garantia desse direito e dos problemas socioeconômicos existentes na sociedade, observa-se que diversas famílias acabam se instalando, sem outras opções, em áreas que apresentam vulnerabilidades - dentre elas, vulnerabilidades ambientais. Esse problema é agravado quando volta-se o olhar aos grandes centros urbanos - uma vez que a urbanização e o meio ambiente possuem uma relação direta. Nota-se assim, que a urbanização desenfreada somada à falta de planejamento urbano pode acarretar em problemas estruturais, não só relacionados à moradia, mas também no que compete à degradação ambiental. (...) Assim sendo, a abordagem realizada para obtenção dos dados, voltou-se principalmente para os dados socioeconômicos relativos à região da Caximba, o que acabou representando uma das limitações do trabalho - uma vez que a TETO utiliza na construção de seus relatórios dados físico-constructivos. Cabe ressaltar também, que essa limitação exposta pode ser vista de uma maneira positiva, já que acaba trazendo um olhar complementar ao relatório da TETO. Percebe-se também, uma falta de dados disponíveis sobre o assunto - fato que representa não só um retrocesso na área de pesquisa no país, mas também uma falta de políticas públicas planejadas e guiadas para a resolução desse problema. (...)

É possível perceber nas pesquisas sobre educação que são disponibilizados mais dados para faixas etárias específicas, enquanto em outras os dados são inexistentes, ou não houve interesse governamental em realizar e divulgar os resultados das pesquisas. Este fator afeta a criação de novas políticas públicas, porque ao não saber quais são os índices dessas faixas etárias, não é possível saber para quem e como direcionar as políticas. Uma boa proposição ao Estado democratizar o acesso a internet para crianças, como também a capacitação dos professores para a utilização dos equipamentos e auxílio aos alunos nas aulas remotas<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> A. Maciel; A.C.G.R. Souza, [et al]. 2021. Relatório Projeto de Pesquisa Aplicada e Meio Ambiente: Comunidade da Caximba. (Curitiba: Universidade Positivo), p.20-21.

A turma da noite elaborou texto com o objetivo principal de desenvolver um estudo comparado entre o relatório do TETO sobre a Comunidade 29 de Março e a Regional CIC com foco no bairro São Miguel, mapeando os aspectos sociais e ambientais do desenvolvimento sustentável. De forma a servir de base para encontrar falhas em políticas públicas, assim como, contribuir para as escolhas estratégicas para a atuação da parceria no projeto (Ong TETO Paraná), contando com a apresentação de dados das comunidades ao seu redor em relação às regiões próximas do bairro em questão com foco em renda, saneamento básico, educação e transporte. E apresentou como conclusão:

Sobre a renda, frente a todos os dados apresentados junto com as ideias propostas por John H. Adler, conclui-se que há uma urgência de políticas públicas voltadas ao combate à desigualdade de renda. Além do mais, vê-se também que a falta de dados concretos a respeito da Comunidade 29 de Março - assim como de outras comunidades no entorno - acaba se tornando um grande empecilho para mensurar a realidade da população periférica de Curitiba, bem como a erradicação da pobreza (ODS 01) e, também, para a redução da desigualdade (ODS 10). Dessa forma, os relatórios que a TETO vem desenvolvendo se mostram extremamente importantes para alcançar os objetivos propostos pela Agenda 2030, visto que, para trabalhar com uma situação tão complicada, é preciso de dados que condizem com a realidade. (...).

No entanto, por meio de análise mais minuciosa, prestando-se um olhar essencialmente detalhado, pode-se perceber uma disparidade entre as regiões da cidade. Neste sentido, locais mais pobres acabam sofrendo mais com evasão e abandono escolar, problemas com infraestrutura precária e falta de opções – por exemplo, certas localidades periféricas possuem somente uma escola para atender diversos bairros, ao passo que, em contrapartida, outras regiões mais abastadas ou centrais contem com inúmeras escolas e índices baixíssimos de evasão e abandono escolar. Por meio dos Objetivos

de Desenvolvimento Sustentável, Curitiba tem se empenhado para cumprir a agenda no tocante a oferta de Educação de Qualidade, envolvendo a disponibilidade de espaços adequados bem como profissionais e materiais didáticos. A TETO, por sua vez, tem contribuído, mesmo que indiretamente, para a realização de pesquisas em bairros como São Miguel, muitas vezes esquecidos pelo poder público. (...). Portanto, conclui-se que os relatórios desenvolvidos e o trabalho realizado pela TETO configuram-se essenciais para denunciar a realidade enfrentada por estas comunidades, buscando trazer mais atenção para as áreas periféricas do município, bem como contribuem para tornar efetivo o acesso à educação.

Quanto à infraestrutura de saneamento, a cidade de Curitiba está na primeira posição em relação aos municípios do Estado do Paraná, bem como da região Sul, sendo referência nacional em infraestrutura de saneamento, segundo dados publicados em 2019 pela Secretária Nacional de Saneamento (SNIS). Contudo, tais índices representam apenas um recorte da realidade, já que comunidades como a da Vila 29 de Março permanecem excluídas do alcance de políticas públicas. Segundo o relatório apresentado pela TETO, o dia a dia dos moradores ali presentes é marcado pela falta de saneamento básico e acesso à água tratada, estado que fere os direitos essenciais de cada indivíduo. Diante disso, o município vem atuando para amenizar tal situação, sendo exemplo na busca do cumprimento da ODS 6 - Água Potável e Saneamento - proposto pela ONU, bem como em investimento e projetos para melhoria da infraestrutura atual.

Por fim, quanto ao transporte, Curitiba também é vista como a “capital da mobilidade urbana”, com a implantação do sistema da Rede Integrada de Transporte (RIT). Todavia, essa rede de transporte não é capaz de suprir as necessidades da comunidade 29 de março, especialmente o transporte público, considerando a ausência de linhas que acessem a comunidade e a ausência de ciclovias, o que acarreta problemas de transporte tanto para fins profissionais, quanto para fins educacionais. Isso demonstra como a comunidade é periférica inclusive no sentido da infraestrutura de

transporte, apesar de ser parte de uma das capitais do Brasil que é melhor colocada nesse quesito<sup>28</sup>.

As duas turmas apresentaram o relatório final para o parceiro por meio das plataformas Collaborate e Teams e preencheram formulário de avaliação por pares e de feedback.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o desenvolvimento como um direito em si e como instrumento para a efetivação de tantos outros é tema que permite a abordagem por meio de atividades de extensão e problemas concretos diagnosticados a partir dos diálogos com os parceiros.

E, ainda, que abrir oportunidades para que os discentes possam aplicar conceitos, teorias e pesquisas voltadas para resolver problemas sociais é possível, mas não é tarefa fácil e que as unidades curriculares de extensão institucional representam um bom caminho com muito espaço para reflexão das melhores práticas e estratégias.

Percebeu-se nessa experiência um envolvimento maior dos alunos durante os encontros síncronos e muita disposição para o desenvolvimento das atividades com o parceiro na primeira fase. Também nessa fase foi possível aos alunos desenvolverem habilidades de comunicação que ultrapassaram os objetivos inicialmente propostos para a disciplina, tendo em vista que elaboraram conteúdos para mídias digitais em diversos formatos (mensagem de texto, foto, vídeo e músicas) ampliando a proposta

<sup>28</sup> A. Araújo, A.B. Martins [et al]. 2021. Relatório Projeto de Pesquisa Aplicada e Meio Ambiente: Comunidade 29 de Março. (Curitiba: Universidade Positivo), p. 52-53.

da comunicação de resultados de forma oral, escrita, empática e responsiva.

A participação de convidados pesquisadores, especialistas em áreas como direito à cidade e gestão ambiental, para diálogos e compartilhamento de conteúdo e dados foi bem visto pelos alunos que participaram dos encontros e puderam trocar experiências de pesquisa empírica.

Já na fase da execução da pesquisa – revisão bibliográfica, busca de dados, elaboração do relatório – os discentes não manifestaram o mesmo entusiasmo e maioria indicou que a atividade era muito monótona em comparação com a primeira parte.

Assim, a curricularização da extensão, após sua primeira rodada de experiência, enfrenta alguns obstáculos para a sua plena aceitação na comunidade discente tendo em vista as características de uma atividade de pesquisa.

De outro lado, nesse caso específico houve uma frustração das turmas, pois a expectativa em trabalhar em equipes multidisciplinares não se confirmou no semestre de oferta do projeto.

Mas, percebe-se que as atividades extensionistas contribuem para a formação do egresso ao oportunizar atividades que desenvolvem habilidade e atitudes de i) autonomia, ii) cooperação, iii) criatividade, iv) curiosidade epistemológica, v) empatia, vi) ética, vii) resiliência, viii) responsabilidade, ix) responsividade, x) pensamento sistêmico e crítico conforme orientação do PDI da universidade.

O momento de atividades por meios remotos e síncronos não representou dificuldades no diálogo com o parceiro, Ong TETO Paraná.

As atividades representam um excelente espaço de diálogo entre universidade e comunidade permitindo o intercâmbio de

experiências para a promoção da educação para o desenvolvimento sustentável. Contudo, a organização parceira não manifestou interesse em continuar com as atividades conjuntas e, assim, não foram apresentados novos projetos.

### *SUGESTÕES*

A partir dos obstáculos percebidos para a implantação das unidades curriculares de extensão institucional sugere-se:

- a) Desenvolver ações para a conscientização dos discentes sobre a importância da extensão interdisciplinar com a exposição de resultados e parcerias exitosas em extensão universitária desenvolvidos pela própria universidade ou de outras IES.
- b) Manter atividades de capacitação do corpo docente para trabalhar com turmas interdisciplinares tendo em vista que a demanda por professores para essas unidades curriculares tende a aumentar
- c) Facilitar a burocracia interna para a efetivação das parcerias e desenvolver documentos ou manuais que possam ser compartilhados com os parceiros com o objetivo de compreender a proposta e entender os caminhos institucionais para a oficialização das parcerias.
- d) Aprimorar a forma de monitorar os resultados das atividades de extensão a fim de acompanhar os impactos positivos e transformadores na sociedade, tendo em vista que alguns impactos não são mensuráveis ou visíveis imediatamente após a conclusão de um semestre de atividades.

### REFERÊNCIAS

Araújo, A e Martins, A.B.; [et al]. 2021. Relatório Projeto de Pesquisa Aplicada e Meio Ambiente: Comunidade 29 de Março. [Trabalho de Conclusão da Disciplina Pesquisa Aplicada e Meio Ambiente]. Curitiba: Universidade Positivo.



Conceição, Pedro [et al]. 2020., *Relatório de Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira o desenvolvimento humano e o antropoceno*. Nova Iorque: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Departamento de desenvolvimento acadêmico (DDA) da Universidade Positivo. 2021. *Plano de ensino: unidade curricular pesquisa aplicada e meio ambiente*. Curitiba: Universidade Positivo.

Duarte, Armando Dias; Bezerra, Saulo de Tarso Marques e Gonçalves, Elizabeth Amaral Pastich. 2021. “Environmental health indicator for the evaluation of neighborhoods in urban areas: a case study in Caruaru (PE), Brazil”, *Revista brasileira de ciências ambientais* 56 (março): 166-179. <https://doi.org/10.5327/Z21769478750> .

Gerhardt; Tatiana Engel; Silveira, Denise Tolfo (org.). 2009. *Métodos de pesquisa* 2009. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEA/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS.

Gil, Antonio Carlos. 2002. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4 ed. São Paulo: Atlas.

Jubilut, Liliana Lyra; Lopes, Rachel de Oliveria; Garcez, Gabriela Solano; Fernandes, Ananda Pórpóra e Silva, João Carlos Jarochinski, coord. 2020. *Direitos Humanos e vulnerabilidade e Agenda 2030*. Boa Vista: Ediotra da UFRR.

Maciel, A.; Souza, A.C.G.R.; [et al]. 2021. Relatório Projeto de Pesquisa Aplicada e Meio Ambiente: Comunidade da Caximba. [Trabalho de Conclusão da Disciplina Pesquisa Aplicada e Meio Ambiente]. Curitiba: Universidade Positivo.

Ministério Da Educação Conselho Nacional De Educação Câmara De Educação Superior. 2018. *Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018*. Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e regimenta o disposto na Meta 12.7 da Lei nº 13.005/2014, que aprova o plano Nacional de Educação – PNE 2014-2024 e dá outras providências. Brasília: Ministério da Educação. [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192) (Consultado em 04 de outubro de 2021).

Nações Unidas. 1992. *Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Nações Unidas.

Paraná RPC. *Curitiba tem 40 mil famílias em ocupações irregulares, diz Cohab*. Publicado em: 18/06/2020. <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/06/18/curitiba-tem-40-mil-familias-em-ocupacoes-irregulares-diz-cohab.ghtml> (Consultada em 20 de fevereiro de 2021).

Pinheiro, Maurício Mota Saboya. 2012. *As liberdades como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen*. Brasília: Ipea texto para discussão n° 1794,

Universidade Positivo. 2021. *Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024*: resumo executivo da política de ensino de graduação. Curitiba: Universidade Positivo.

Universidade Positivo. 2021. *Plano de Desenvolvimento Institucional 2021-2024*: resumo executivo da política de extensão. Curitiba: Universidade Positivo.

Wandscheer, Clarissa Bueno. 2021. Mapeamento de impactos ambientais para moradias vulneráveis em Curitiba. [Relatório de Atividades de Extensão 1º Semestre 2021]. Curitiba: Universidade Positivo.

# 5

## EL AÑO EN EL QUE EL SERVICIO DE JUSTICIA MODIFICÓ PRÁCTICAS. EL USO EXTENDIDO DE LA TECNOLOGÍA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL FUERO PENAL

### THE YEAR IN WHICH THE JUSTICE SERVICE MODIFIED PRACTICES. THE EXTENDED USE OF TECHNOLOGY AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CRIMINAL JURISDICTION

#### **María Fernanda Billone**

Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales. Fiscal de Instrucción y Juicio del Departamento Judicial General San Martín, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal. Codirectora de la Revista de Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal. Miembro de la Asociación de Derecho Constitucional Argentina.

#### **Paula Andrea Leiva**

Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Coordinadora de la Revista de Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal, dirigida por las Dras. Billone y Raña, Ed. IJ y Universidad de Belgrano.

#### RESUMEN

En la Provincia de Buenos Aires, la pandemia de covid-19 obligó a los operadores del sistema de justicia penal a reevaluar

su forma de trabajo. El uso de las tecnologías de la información y la comunicación hicieron posible sostener el servicio de justicia durante el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto por el Poder Ejecutivo en toda la Nación. En este trabajo describimos cómo pudo transitarse esa etapa, las tecnologías utilizadas y el Protocolo que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia elaboró para realizar los debates orales y las audiencias con el debido resguardo de las garantías que todo proceso debe respetar. Se inició un nuevo ciclo en la gestión y coordinación para encarar otros desafíos, entre ellos la implementación del expediente digital.

**PALABRAS CLAVES:** Firma digital; Notificaciones electrónicas; Sistema de mensajería instantánea; Sistema de videoconferencia para audiencias; Protocolos de actuación en el fuero penal para realización de audiencias y juicios orales virtuales

*Recibido el: 26.11.2021*

*Aceptado en: 28.02.2022*

## INTRODUCCIÓN

Cuando nos encontramos ante situaciones extremas, inesperadas, desconocidas debemos agudizar nuestros sentidos y tomar decisiones para superarlas. Toda crisis nos obliga a modificar nuestra conducta, nos despierta, nos incomoda porque ya no caminamos sobre terreno conocido.

Esto nos sucedió a nivel personal, transitando la pandemia de covid-19, y a nivel social generó que las instituciones reevaluaran sus prácticas para hacer frente a la misión que deben llevar a cabo.

Como integrantes del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires, al desempeñar nuestro rol tenemos una responsabilidad funcional, profesional, en los casos que nos toca intervenir, pero formamos parte de una institución que tiene como norte “actuar con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales “(Conf. art. 1 de la ley 12.061). Ésta resulta ser la función de nuestra organización, nuestra misión.

Sobre esta base legal, con sustento en principios constitucionales (art. 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) se puede pensar en escenarios de crisis, y superada la coyuntura lograr la mejora continua que requiere el servicio de justicia.

Todo puede ser mejorado, por eso es importante tener la mente abierta para implementar cambios, pero no resulta una tarea fácil porque muchas veces nos enfrentamos al dilema: ¿La eficacia y la eficiencia en la implementación de ciertas prácticas afectan derechos y garantías conquistados?

Incluso antes de ser implementado el sistema acusatorio en nuestra provincia (año 1998) tuvo que generarse un diálogo entre la Procuración y la Corte Suprema, ello como órganos jerárquicos, encabezando la función requirente y jurisdiccional, respectivamente a efectos de lograr un sistema de justicia que dé respuesta a las demandas sociales.

Muchas veces, soluciones que parecen sencillas y acordes con sistemas probados de eficiencia en otros lugares, no se materializan por cuestiones que tienen que ver con conservar el dominio de la situación, con pujas de poder. Un ejemplo de ello, es que en nuestro departamento judicial, los jueces manejan

sus agendas para fijar juicios orales y audiencias y se oponen a la utilización de una agenda única en la judicatura: lo que implica que los fiscales muchas veces tengamos dos juicios en la misma jornada y superposición de audiencias, lo que lleva a reasignaciones y a recarga laboral.

Pero, como crisis es igual a oportunidad, a partir del año pasado el diálogo entre el Ministerio público y los jueces se tornó más fluido a punto tal que las resoluciones que emanaban de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a los pocos días eran replicadas por la Procuración.

## 2. FIRMA DIGITAL

Así ocurrió con el uso de la firma digital, ya que se había prohibido el traslado del expediente en soporte papel.

Los magistrados y funcionarios ya contábamos con un token que brindaba autenticidad a los escritos, pero no se utilizaba porque al seguir vigente la cultura del expediente papel, la firma ológrafa tradicional era suficiente.

Ahora bien: ¿Qué entendemos por firma digital?

Podemos definirla como: un bloque de caracteres que acompaña a un documento o fichero acreditando quien es su autor (autenticación) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (integridad).

Es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, que está bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes de modo tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración

del documento digital posterior a su firma (Se desprende del art. 2 de la ley nacional 25.506, sancionada en noviembre del año 2001). La Provincia de Buenos Aires adhirió mediante la ley 13366 del año 2007.

Como vemos, el dispositivo existía hace años, solo hubo que disponer de manera obligatoria su utilización.

De acuerdo a las previsiones de la ley nacional marco, la firma digital: a) Tiene un sistema de acreditación que es obligatorio.

b) La autoridad de aplicación es la Jefatura de Gabinete de Ministros (Conf. decreto nro. 2628/02).

c) Sus efectos jurídicos son: 1) presunción iuris tantum de autoría (toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma), y 2) la presunción de integridad: (art. 8): “si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma”.

De acuerdo a la Acordada 3971/20 de la SCJBA: Con el fin de asegurar la tutela judicial continua y efectiva se dispuso el trabajo a distancia, la firma de actos jurisdiccionales y de superintendencia, incluso en horas inhábiles, sin necesidad de habilitar día y horas ad hoc.

La decisión forma parte del proceso de actualización tecnológica permanente que promueve la Suprema Corte de Justicia. En sus fundamentos se destaca que al progreso en términos de celeridad, eficacia y transparencia que representan estas innovaciones, se añade su aporte para que el servicio de justicia funcione de manera compatible con la necesidad

de proteger la salud de las personas y con los requerimientos impuestos a raíz de la emergencia sanitaria por la pandemia de coronavirus (Covid-19).

A continuación se transcribe la parte resolutive de la Acordada mencionada:

“Artículo 1º: La Suprema Corte de Justicia y, cuando correspondiere, las Salas que la integran, el presidente, los secretarios y subsecretarios y todo otro funcionario que disponga el presidente del Tribunal, podrán suscribir con el uso de la firma digital todos sus actos jurisdiccionales y de superintendencia, conforme al presente régimen. A los efectos de presente régimen, la Suprema Corte se declara en estado de acuerdo continuo para la producción y firma de sus actos, lo que incluye a las Salas del Tribunal.

Artículo 2º: Los integrantes de los órganos y los funcionarios comprendidos en el artículo anterior podrán firmar, incluso fuera de la sede o asiento físico de sus despachos, los distintos actos que deban emitir.

Artículo 3º: (Texto según Acuerdo 3976/20) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º, una vez concluida la deliberación conforme a la secuencia resultante del orden de votación, y consolidado el texto de los actos a suscribir bajo la modalidad aquí regulada, éstos serán puestos a circulación por las Secretarías o Subsecretarías intervinientes entre los miembros de la Suprema Corte o de sus Salas, quienes podrán rubricarlos en su versión definitiva cualquier día hábil o inhábil, aún en horas inhábiles. El trámite quedará perfeccionado con la firma del secretario o subsecretario interviniente, conforme lo dispuesto en el artículo siguiente.



Artículo 4º: (Texto según Acuerdo 3976/20) A los fines del presente régimen, el trámite de rúbrica del acto que correspondiere se considerará perfeccionado en el momento en el que, reunida la mayoría de votos concordantes y concluida la firma de los miembros de la Suprema Corte o de las Salas, lo suscriba el secretario o subsecretario interviniente. En los casos de actos jurisdiccionales el secretario o subsecretario interviniente deberá rubricarlos en día hábil, sea en hora hábil o inhábil. Tratándose de actos de superintendencia, el secretario o subsecretario interviniente podrá rubricarlos incluso en día y hora inhábiles.

Artículo 4º bis: (Artículo incorporado por Acuerdo 3976/20) Se exceptúa de lo prescripto en los artículos 3º y 4º a los períodos comprendidos en la feria judicial. En tales supuestos, para dictar actos jurisdiccionales deberán habilitarse días y horas.

Artículo 5º: (Texto según Acuerdo 3976/20) El trámite de rúbrica de los actos del Presidente de la Suprema Corte se considerará perfeccionado cuando, una vez firmado por dicha autoridad, lo suscriba el secretario o subsecretario. Tales actos, al igual que los emanados de los secretarios o subsecretarios, podrán firmarse los días hábiles e inhábiles, en cualquier hora, hábil o inhábil.

Artículo 6º: El presente régimen será de aplicación a los magistrados que integren la Suprema Corte por vacancia, licencia, excusación, recusación u otro impedimento de alguno de sus miembros titulares.

Artículo 7º: Sin perjuicio de las previsiones establecidas en los artículos anteriores, a fin de proveer lo conducente para mejor prestación del servicio de justicia, la Suprema Corte, con la frecuencia que fuere necesaria y por convocatoria del

Presidente, podrá celebrar reuniones presenciales o a distancia, acudiendo a las tecnologías de la comunicación disponibles. El soporte técnico para la realización de tales reuniones y de sus deliberaciones estará a cargo del personal que al efecto asignare el presidente.

Artículo 8º: De todo lo resuelto con arreglo al sistema establecido en el presente régimen, todos los miércoles de cada mes a las doce (12) horas, o el día hábil inmediato posterior de ser aquél inhábil, se elaborarán listados por cada Secretaría que deberán reflejarse en un Acta de asuntos decididos. Este documento será suscripto por el Presidente de la Suprema Corte.

Artículo 9º: Los Sistemas de Gestión de la Suprema Corte contendrán un mecanismo electrónico de registro de los actos jurisdiccionales y de superintendencia emanados del Tribunal o de sus Salas con arreglo a la modalidad de acuerdo prevista en los artículos precedentes. Un mecanismo análogo se organizará respecto de los actos del Presidente.

Artículo 10º: El presente régimen prevalecerá sobre toda otra norma emanada de la Suprema Corte que fuere incompatible. Ello sin perjuicio de su coexistencia con el régimen de acuerdos presenciales, con firma en soporte papel y en días determinados, que se mantendrá hasta tanto se decida su terminación. A los fines de la firma digital de los actos de la Suprema Corte o de sus Salas bajo el presente régimen, no será aplicable el orden de precedencia establecido en el Acuerdo N° 2027 (acápito A. 1).

Artículo 11º: Se encomienda a todas las Secretarías y Subsecretarías de la Suprema Corte, a coordinar con la Subsecretaría de Tecnología Informática y las Vocalías de los ministros lo necesario para la más eficaz puesta en funcionamiento del presente régimen.

Artículo 12º: Por un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles judiciales a contar desde el día de la publicación en el sitio web de la Suprema Corte del presente Acuerdo, los actos alcanzados por esta norma serán registrados según el régimen anterior. Durante dicho plazo deberá elaborarse el registro electrónico referido en el artículo 9º para su efectiva puesta en funcionamiento.

Artículo 13º: Para el cumplimiento del requisito establecido en el primer párrafo del artículo anterior, deberá hacerse la impresión del acto a registrar y emitirse la certificación por el actuario que lo firma de su fidelidad con relación a los registros electrónicos.

Artículo 14º: El presente régimen será aplicado en forma gradual y progresiva de acuerdo a las características propias de cada una de las áreas jurisdiccionales y de superintendencia de la Suprema Corte. En el supuesto de actos de superintendencia que se dicten en coordinación con el Procurador General, la firma digital de éste será consignada en documento digital por separado”.

### 3. NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

Las notificaciones de este tipo fueron dispuestas por la Acordada 4040/21 de la SCJBA, ante la necesidad de reglamentar el uso de los medios electrónicos para la realización de presentaciones y el diligenciamiento de las notificaciones en el fuero penal y de Responsabilidad Penal Juvenil.

En su art. 8 dice que los funcionarios del Ministerio Público serán notificados en los domicilios electrónicos oficiales asignados a las respectivas dependencias.

Luego, el art. 9 establece los requisitos: Cumplirá con las exigencias normadas en el art. 121 y concordantes del CPP, y en caso de adjuntarse un documento electrónico deberá consignarse

expresamente. Y además de los datos de las reglamentaciones vigente se deberá consignar el nro. de IPP (Conf. resolución 2661/05). Por otra parte regula que si la notificación se produce en horario inhábil, se tendrá por notificaco el día y hora hábil inmediato posterior. Si los plazos son breves, deberán arbitrase mecanismos de gestión complementarios que aseguren la efectividad de la toma de conocimiento del interesado.

Ya prevén el paso hacia el expediente digital: El art. 11 establece que de correrse vista en formato digital, el plazo de la misma comenzará a computarse desde que las mismas se encuentren disponibles para la compulsa del destinatario en el domicilio electrónico declarado.

Por otra parte, se está pensando en las resoluciones que se notifican automáticamente (auto-notificación).

Asimismo, comenzó a emplearse de manera generalizada el e-mail o la aplicación WhatsApp para notificar a los testigos y víctimas. Se materializa aquí el principio de desformalización (vigente en el Código de Procedimientos Penal desde el año 1998), con el consecuente ahorro de recursos materiales y de tiempo ya que no se utiliza personal policial o judicial para constituirse en los domicilios de las personas convocadas.

Sabemos que el correo electrónico resulta ser un medio para enviar mensajes escritos de un equipo a otro, a través de una red. Es un equivalente electrónico al correo convencional con papel – sistema que las nuevas generaciones no utilizan -, por el cual las personas pueden enviar mensajes a un receptor, o a varios receptores simultáneamente.

Se lo describe como “un vínculo de comunicación asincrónica *one to one* que permite enviar datos de una computadora a otra, un medio de transmisión de contenido a distancia, por medio de

la red de comunicaciones existentes (telefonía fija, inalámbrica, satelital)”.<sup>1</sup>

Ya en el año 1999 la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Elbert, Escobar González), Lanata Jorge, s/desestimación interlocutorio, 10.389 del 4 de marzo del año 1999 (La ley 1999-C 458), entendió que: “... el e-mail es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc., es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional... Es más, el e-mail posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir en los arts. 153 al 155 del CP, es decir cuando aún no existían estos avances tecnológicos”.

Otra forma de comunicación electrónica es el uso de WhatsApp, muy generalizado, en Argentina, que facilita la comunicación al instante. Tal es así que el intercambio de información entre los propios miembros del Ministerio Público se realiza por esta vía (por su inmediatez).

<sup>1</sup> Colombo, Martín, El e-mail como medio probatorio, en Revista “El Derechos de daños”, 2001-3-157.

Luego, la Sala I de la misma Cámara, en el fallo “Grimberg, Alfredo H. s/ sobreseimiento” voto del dr. Edgardo Donna, del 11/02/2003 (El Dial AA1B4), entendió: “... que el correo electrónico es sin lugar a dudas correspondencia privada que está protegida por la Constitución Nacional y otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella. Con cita de Gregorio Badeni “Instituciones del derecho constitucional, Ad Hoc 1997, pág. 299)” mencionan que: El reconocimiento de la libertad de intimidad y el consecuente derecho a la vida privada, configuran un valor que está estrechamente relacionado con la dignidad del ser humano en función de la idea política dominante en las sociedades en vísperas del siglo XIX”.

Protección receptada por los arts. 18, 19 y 33 de la CN, 11 de la CADH y 17 del PIDCyP y 1071 bis del Código Civil que fuera reformado).

En cuanto a la aplicación WhatsApp: Se trata de un sistema de mensajería instantánea que se utiliza en un dispositivo informático o de comunicación. Tuvo sus inicios en el año 2009.

Esta modalidad de mensajería tiene dos tipos de comunicación: Bidireccional (entre dos personas) o multidireccional (opera dentro de un grupo).

La naturaleza probatoria de este medio de comunicación consiste en que se trata de una prueba indiciaria que requiere ser complementada con otro material. El valor probatorio del WhatsApp en el proceso penal está supeditado a la univocidad probatoria que genere en su carácter de prueba indiciaria y el complemento que se haga de la misma con material probatorio, los cuáles debe ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica racional.

Por la vulnerabilidad del sistema, en el año 2014, fue contratada la empresa Open Whisper System, para desarrollar

lo que se conoce como protocolo de cifrado extremo a extremo (end to end).

#### 4. INSTALACIÓN DEL SISTEMA PARA VIDEOCONFERENCIAS (MICROSOFT TEAMS) EN LAS UNIDADES CARCELARIAS

Se trata de la utilización de programa para videoconferencias entre detenidos con sus defensores, jueces o fiscales.

Como ventaja se puede mencionar el gran ahorro de recursos: combustible que antes se empleaba para el traslado de los imputados o condenados a la sede judicial, personal, desgaste innecesario de los detenidos que esperaban horas en un camión porque se utilizaba para trasladar a varios reclusos a otras dependencias.

Como punto cuestionable: Muchas veces los defensores requieren un contacto directo y presencial con sus asistidos, en estos casos, si una entrevista en persona resulta más garantizadora de derechos, deberá implementarse de este modo.

A efectos de respetar los derechos y garantías procesales, siempre se procura que la persona detenida esté sola en una sala, frente a la cámara, y que el personal penitenciario aguarde afuera. Ante problemas de conectividad, el propio imputado es quien requiere la asistencia de alguna persona dentro de la unidad carcelaria.

Resumiendo: Las tecnologías informáticas facilitan la manera de gestionar las organizaciones que se enfocan en el usuario. En el caso del servicio de justicia, tanto la Suprema Corte como la Procuración debieron examinar las herramientas que existían, asumir el liderazgo y demostrar compromiso con la misión de administrar justicia.

Hubo que planificar en la emergencia, pero es preciso que se tomen decisiones estratégicas, operativas y de recursos para cumplir metas en el corto y largo plazo.

Hay que estimular y apoyar la modernización de los juzgados y Ministerios Públicos. En este sentido, en el país, el Premio Nacional a la Calidad de la Justicia, establece criterios de evaluación que son útiles para una mejora continua: Estos son:

1) El liderazgo: Aquí se examina el compromiso y la participación directa del titular de la organización y sus colaboradores inmediatos. Se trata de liderar mediante el ejemplo y la práctica. Demostrar un liderazgo proactivo y participativo.

2) Tener un enfoque hacia el usuario. Se debe contar con un conocimiento óptimo del mismo y brindar una respuesta efectiva a sus reclamos. Por ello, se implementan encuestas de calidad para conocer las sugerencias, quejas y reclamos a efectos de mejorar y rediseñar si es preciso el servicio brindado.

3) El personal debe participar de manera eficaz, debe capacitarse, sobre todo con la implementación de nuevos sistemas telemáticos.

4) Otro punto esencial, tiene que ver con la información y su análisis para la toma de decisiones. Aquí resulta de utilidad el manejo de la estadística, la reingeniería, el benchmarking y la innovación.

5) La planificación, tanto estratégica como operativa es fundamental, siempre relacionada con la misión de la organización.

A esta altura, luego del regreso a la presencialidad de manera completa, se deben examinar los procesos. Muchos quedarán como las audiencias virtuales y las presentaciones y resoluciones en formato digital.



Esto debe redundar en una mejora en el entorno físico y socioeconómico: despapelización, cuidado de la energía, promoción de la cultura de la calidad y de la inclusión (abordaje de cuestiones de género y de discapacidad).

6) Por último, describir y evaluar los resultados de la gestión, para lograr cada día un avance, una evolución (incluyendo el acceso de más personas al servicio de justicia).

## 5. LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS Y JUICIOS ORALES VIRTUALES (RESOLUCIÓN SCJBA 1249/20)

Por resolución de la Suprema Corte de Justicia se encomendó la elaboración de un protocolo con la finalidad de celebrar las audiencias de debate oral, en los fueros Penal y de la Responsabilidad Penal Juvenil, con presencia de todos o algunos de sus participantes y, en su caso, el uso de medios telemáticos. Esto, de conformidad con los principios y procedimientos regulados en la Constitución Nacional y Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Leyes provinciales nro. 11.922 y nro. 13.634.

La resolución establece que el empleo de la tecnología debe permitir la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre personas o grupos de personas geográficamente distantes, siempre cumpliéndose todas las garantías constitucionales y procesales que reglamentan el debido proceso legal.

Las pautas del protocolo no son rígidas ni definitivas, y la intención es avanzar y dar respuesta a las necesidades en la situación de emergencia. Según la experiencia se podrá mejorar, adecuar o suplantar.

A continuación se transcriben algunas de estas pautas: “Tratamiento de cuestiones previas, designación de la audiencia, participación del imputado, audiencias total o parcialmente remotas y audiencias presenciales:

1.- Actividades previas a la celebración de la audiencia.

1.1- Deberán ser tratados, en encuentro preliminar que se designe a tales fines, con intervención de las partes, los siguientes tópicos:

- Modo de realización de la audiencia: presencial o remota (total o parcialmente).

- Forma de participación del imputado durante el acto procesal.

- En su caso, quiénes asistirán a la audiencia de forma remota y quienes lo harán físicamente (funcionarios, letrados, partes, etc.).

- Todas las partes intervinientes deberán informar un número de teléfono celular y una cuenta de correo electrónico a fin de ser convocados por el anfitrión (Juzgado o Tribunal).

- Modo en que se recibirá la prueba testimonial, contemplando la posibilidad de que determinadas personas acudan a la sede judicial y otras intervengan telemáticamente.

- Adopción de medidas específicas para la protección de testigos especialmente vulnerables, en aquellos casos en los que dichas personas deban intervenir en forma telemática.

- Forma en la que se acreditará la identidad de testigos u otras personas que sean convocadas a participar en la audiencia y que lo hagan de manera remota.

- Cuestiones vinculadas a la digitalización de actuaciones procesales o elementos de prueba cuya incorporación o exhibición fuera a ser requerida en el acto de la audiencia. Estimación de

la duración de la o las jornadas. Toda otra cuestión que requiera tratamiento y gestión previa a la celebración de la audiencia:

2.- Fijación de las audiencias: El magistrado realizará el decreto de convocatoria de audiencia indicando fecha y horario de celebración, y modo en que se llevará a cabo, con la justificación, en su caso, de la realización de audiencia remota de modo total o parcial, conforme lo establecido por la normativa de emergencia vigente.

3.- Audiencias total o parcialmente remotas: Resueltas las cuestiones tratadas en la audiencia preliminar y dispuesta la fecha para la realización de la audiencia bajo esta modalidad, las partes deberán:

- Informar mediante escrito digital los correos electrónicos, números de teléfonos celulares de los peritos y testigos propuestos.

- Asegurar las condiciones de acceder remotamente a las audiencias y acreditar su identidad en el momento que se requiera.

- Notificar a sus testigos y peritos la metodología y links de acceso a la audiencia remota, y asegurarse de que estén en condiciones de acceder a la misma y puedan acreditar su identidad para cuando sea requerido. En el caso de que algún interviniente requiera de la asistencia de un intérprete, el profesional deberá informar al Juzgado o Tribunal de su participación fundada, y los datos de identidad del propuesto.

3.1- Principios Procesales y compromiso a asumir en las audiencias total o parcialmente remotas. En la planificación de la audiencia total o parcialmente remota y durante su realización, debe priorizarse la aplicación de los principios procesales de concentración, economía procesal y buena fe...”

“... 3.3 Audiencias: En este punto se establece lo concerniente a la asistencia, desarrollo de la audiencia, declaración bajo juramento de la identidad de los intervinientes, se explicará el mecanismo a utilizar según la plataforma, entre otros...”

“... 4.- Disposiciones particulares referidas a la participación del imputado.

#### 4.1 De manera remota:

- En caso de encontrarse privado de la libertad en un establecimiento carcelario, se coordinará la intervención del imputado de manera remota a través de la plataforma determinada por la Suprema Corte de Justicia.

- Tratándose de un imputado que se encuentra en libertad, el defensor deberá acordar con su asistido el modo en que presenciara el acto y lo hará saber al Juzgado/Tribunal, a fin que se adopten los recaudos que sean necesarios.

- Se deberá garantizar el debido contacto entre defensores y asistidos. A tal fin, llegado el caso de ser estrictamente necesario, el defensor podrá solicitar un cuarto intermedio previo al conainterrogatorio de la defensa, y/o durante su interrogatorio directo (en caso de ser testigo de esa parte), para que su asistido le pueda realizar las acotaciones o comentarios sobre las respuestas de los testigos o sobre que preguntas realizar, o cualquier otra acotación que sea estrictamente relacionada con el testimonio que se está recibiendo en ese momento.

#### 4.2 Presencia física del imputado:

- Si el abogado defensor entendiera imprescindible mantener contacto físico con el mismo durante la audiencia, y éste se encontrara privado de su libertad, el defensor podrá participar en la misma junto con el detenido en la sala acondicionada al efecto,

ya sea en dependencias del Servicio Penitenciario, Alcaidía, despacho del letrado cuando la defensa estuviera a cargo de un funcionario del Ministerio Público de la Defensa, u otra.

- El comparendo del imputado deberá ser dispuesto con estricto cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en el Protocolo General de Actuación N° 1 para la Prevención y Seguimiento del COVID-19 en el ámbito de la Jurisdicción Administración de Justicia de la provincia de Buenos Aires, probado por Resolución SPL N° 5/20.

- A los fines de garantizar la seguridad sanitaria en el traslado, así como también durante la audiencia, se ordenará al Servicio Penitenciario donde esté alojado el imputado, que al menos una semana antes de la primera fecha de audiencia, y cada 48 horas., se le realice al detenido que vaya a ser trasladado un chequeo médico a fin determinar la temperatura corporal del detenido, así como también la ausencia o presencia de los demás síntomas propios del covid 19. Dicha ficha deberá ser entregada en el momento de comparecer el detenido a la audiencia. • Si el imputado estuviere en libertad, su asistencia a la audiencia del debate se efectivizará de conformidad con las pautas establecidas en el Protocolo General de Actuación nro. 1 para la Prevención y Seguimiento del COVID-19 en el ámbito de la Jurisdicción Administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires....”

“...5.-Audiencias con presencia física de los asistentes. Deberán llevarse a cabo con estricta observancia de las recomendaciones efectuadas en el Protocolo General de Actuación nro. 1 para la Prevención y Seguimiento del COVID-19 en el ámbito de la Jurisdicción Administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. A dichas recomendaciones se le sumarán los

cuartos intermedios que deberán intentarse, al menos cada una o dos horas de audiencia y dicho momento se aprovechará para ventilar e higienizar la sala con productos sanitizantes.

Se restringirá la presencia del público de conformidad con las dimensiones de la sala donde se lleve a cabo el debate. A los fines de garantizar la publicidad del acto, podrá eventualmente disponerse la transmisión en vivo del mismo.

Pruebas: deberán arbitrarse todos los medios posibles para la presentación electrónica de las pruebas. Fotografías, videos y otros medios pueden considerarse adecuados de forma tal de evitar el contacto con la misma por parte de quienes se encuentran en la sala. En caso de que esto no sea posible y siempre y cuando sus características lo permitan, deberá estar protegido con bolsas transparentes. En este caso se deberá proceder a la sanitización de manos y de la bolsa previo y post contacto con la prueba.

Prueba testimonial: Cuando se dispusiera la concurrencia de los testigos a la sede del Juzgado o Tribunal para la recepción del testimonio, éstos deberán ser citados de forma tal que la presencia de aquellos no supere la cantidad máxima permitida en el lugar destinado a la espera para el ingreso a la audiencia. Deberán adoptarse los recaudos necesarios a tal fin como por ejemplo la citación en distintas franjas horarias o de manera escalonada, etc...”

Hasta aquí, hemos transcripto las partes que consideramos relevantes del protocolo elaborado. También se realizaron recomendaciones para la eventual realización de debates en la modalidad de juicio por jurados.

## CONCLUSIÓN

Como podemos ver a través de estos ejemplos, el diálogo se tornó imprescindible, y los recursos ya estaban, solamente hubo

que coordinar y explicitar y difundir su uso, como complemento de las disposiciones del Código Procesal Penal y coadyuvando al cumplimiento de normas y plazos allí plasmados.

Las leyes de la administración deben estar presentes para lograr el éxito en la gestión: Planificar, dirigir, coordinar y controlar. Por otra parte, hay que dar a conocer a la población los buenos resultados obtenidos. El ahorro de tiempo y dinero.

Vienen nuevos desafíos para la justicia en la provincia que es tan extensa territorialmente y diversa como un país. Con 18 departamentos judiciales con realidades disímiles y con una población numerosa y con grandes económicas. La idea es generar cada vez mayor acceso y transparencia en las decisiones y las herramientas tecnológicas son de una ayuda inimaginable, tanto para la investigación como para llevar adelante un proceso respetuoso de las garantías constitucionales.

Es muy loable el cambio de hábitos, el rápido reacomodamiento que genera dilemas, pero que produce cambios ansiados para una mejor administración de justicia.

## REFERÊNCIAS

Acordada 3971/20 SCJBA

Acordada 1249/20 SCJBA

Acordada 4040/21 SCJBA

Resolución 567 del año 2020 de la SCJBA

Resolución 1249 del año 2020 de la SCJBA

Resolución 583 del año 2020 de la SCJBA

Resolución 655 del año 2020 de la SCJBA

Protocolo General de Actuación nro. 1. Resolución SPL Nro. 5 del año 2020. SCJBA

Altmark, Daniel Ricardo y Molina Quiroga, Eduardo, *Informática y Derecho*, vol. 6, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

Molina Quiroga, Eduardo, Documento y firma electrónicos o digitales, *Diario La Ley*, 2008-F, 1084.

Molina Quiroga, Eduardo, Instrumento informático, Ley 25.506, en *Código Civil y comercial comentados*, Alterini, Atilio A – Alegría, Héctor (directores), Ed. La Ley, 2010.

Molina Quiroga, Eduardo, Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas, *elDial.com – DC1AED*.

Premio Nacional a la Calidad en la Justicia, Ed. 2019, Programa de Calidad Autoridad de Aplicación CABA 2019.



# 6

## EL TRABAJO DIGITAL. ANÁLISIS DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS EN CUBA Y ECUADOR

### DIGITAL WORK. ANALYSIS OF THE ECONOMY OF PLATFORMS IN CUBA AND ECUADOR

#### **Eduardo Díaz Ocampo**

Dr.C. Pedagógicas. Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Máster en Desarrollo Curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ecuador. Email: [rector@uteq.edu.ec](mailto:rector@uteq.edu.ec)  
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9086-1095>

#### **Alexandra Morales Sornoza**

Master. Docente de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. UTEQ Ecuador. E-mail: [amorales@uteq.edu.ec](mailto:amorales@uteq.edu.ec) ORCID <http://orcid.org/0000-0002-2774-5788>

#### **Alcides Antúnez Sánchez**

Máster en Asesoría Jurídica mención Derecho Administrativo Ambiental por la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional Público. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: [aantunez@udg.co.cu](mailto:aantunez@udg.co.cu) ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8561-6837>. Currículo hospedado en Cielo Laboral. Italia.

## RESUMEN

**Objetivo:** el artículo analiza desde la doctrina del Derecho del Trabajo, al trabajo 3.0 en el contexto de la economía colaborativa en la plataforma web 2.0, a partir del reconocimiento en el texto constitucional de 2019, al empresario privado como actor económico en la actualización del modelo económico y social cubano, como su contextualización en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. **Metodología:** desde las ciencias sociales a partir de la revisión bibliográfica realizada, el uso del análisis-síntesis, inducción-deducción, la comparación jurídica, y el histórico permitieron analizar el trabajo 3.0 en la nación cubana. **Resultados:** se demostró que el trabajo 3.0 realizado por el trabajador digital ha revolucionado la manera tradicional del Derecho al Trabajo en la relación jurídica laboral, con la presencia de notas de la laboralidad, la ajenidad, la dependencia, la autonomía, en esta relación jurídica laboral. Necesitado de actualización desde la teoría y la normativa jurídica desde el Derecho Laboral en el ordenamiento jurídico cubano y ecuatoriano.

**Contribuciones:** la carrera de Derecho, tributará en la actualización de contenidos en la materia del Derecho Laboral, para que los operadores jurídicos se actualicen como operadores jurídicos en la asistencia legal a los empresarios privados.

**PALABRAS LLAVES:** laboralidad, relación jurídica, trabajador digital, autonomía.

*Recibido el: 26.11.2021*

*Aceptado en: 31.03.2022*

## INTRODUCCION

Las innovaciones tecnológicas han producido y producen una revolución en el mercado laboral, al imponer nuevas reglas en

la búsqueda y selección de empleos. La manera tradicional de la búsqueda de empleo y la selección de personal se basaba en el contacto directo entre el postulante y el empleador, cambia esta forma con el uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC) en la plataforma web 2.0 en el nuevo siglo.

Hoy en día existen otras posibilidades para ambas partes en la futura relación laboral. Al mutar en la manera de buscar empleos que hace unos años se basaba, en la consulta de los periódicos o en los clasificados laborales. Hoy las formas de contactar la oferta y demanda de empleo han cambiado con las bondades de las TIC en el siglo XXI con el uso de la plataforma digital. Las redes sociales constituyen una de las máximas expresiones de la web 2.0, se han convertido en una de las principales formas de interacción social que permiten el intercambio entre personas, grupos o instituciones, unidas por uno o varios tipos de relaciones de diversa índole. La economía colaborativa está aquí para quedarse y se presupone que incidirá en muchos cambios a nivel social, político y económico, que llevarán a una adaptación jurídica de las consecuencias de estos nuevos modelos de negocios.

Como consecuencia, ante esta nueva realidad digital, impone un reto legislativo a los juristas a nivel global, que permita calificar la relación telemática laboral que existe entre las plataformas virtuales mediante las que hoy en día se presta servicios y las personas que prestan el servicio de manera presencial con su empleador. Del cuál el ordenamiento jurídico laboral cubano y el ecuatoriano, no están ajenos, necesitados de actualización y modernización desde la teoría y la normativa legal.

El trabajador digital, realiza labores en base al uso de la red de internet, de las computadoras, las aplicaciones u otras herramientas informáticas, con independencia del espacio o lugar físico desde donde lo ejecuta -las instalaciones de una

empresa, su domicilio o un espacio público- y si la prestación del servicio se implementa físicamente (off-line) o virtual (on-line). Se confirma con la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019, es un aporte esencial para abordar el trabajo digital y promover el debate jurídico sobre el trabajo digital en la web 2.0 en el desarrollo del artículo.

## 1. EL DERECHO AL TRABAJO. ANÁLISIS HISTÓRICO JURÍDICO. DEFINICIÓN DESDE LA TEORÍA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

El Derecho del Trabajo es concebido desde la teoría como una rama del Derecho, sus principios y normas jurídicas tienen como fin la tutela de los trabajadores, regulan las relaciones entre los sujetos de la relación laboral: trabajadores, empleadores, sindicatos, y Estado. Se encarga así, de normar la actividad humana lícita, prestada por un trabajador en relación de dependencia a un empleador -persona física o jurídica- a cambio de una contraprestación dineraria.

En sí, el trabajo es toda actividad realizada por el hombre, sea a través de esfuerzo físico o intelectual, dirigida a la producción, modificación o transformación de materias en bienes y servicios. El Derecho del Trabajo, es concebido como la ordenación de la relación jurídica surgida con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero al que denominamos empresario o empleador.

De Buen Lozano (1980), considera en sus aportes que las primeras manifestaciones sobre la regulación normativa del Derecho al Trabajo aparecen en Europa en el siglo XIX, las que se consolidan en la segunda década del siglo XX.

El Derecho del Trabajo, es admitido por Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer (2019), los que afirman que en su historicidad surge como un derecho especial de tutela y protección de los trabajadores, actúa como compensador frente a la situación que como contratante tiene el trabajador individual, y como poder limitador de extralimitaciones empresariales que pudieran sobreexplotar o no tomando en consideración la dignidad y los derechos del trabajador, en una situación jurídica y fáctica de subordinación.

A ello, se valora por los articulistas que este desarrollo del Derecho del Trabajo, es cierto que se consolida en el siglo XX, pero en el siglo XXI evoluciona hacia otras formas de conformar la relación laboral, con el uso de las TIC, ello es un hecho jurídico en la denominada economía de plataformas en la web 2.0 donde el trabajador digital interactúa.

### *1.1 Análisis histórico del Derecho del Trabajo en el mercado laboral del siglo XXI*

El siglo XXI, se destaca por haber revolucionado el Derecho del Trabajo, construido a partir de delimitar qué tipo de trabajos se regulaban en el mismo, se inicia desde el diseño de la regulación de los actores presentes en el mercado laboral, con la impronta de un trabajo subordinado, articulado en el intercambio de servicios profesionales, con un contrato de trabajo, denominado Trabajo por Cuenta Ajena desde la teoría analizada (De Buen Lozano, 1980).

La aplicación del Derecho del Trabajo a las actividades por cuenta ajena es pertinente de manera automática, solo basta con la presencia de las notas de la laboralidad definidas por el legislador como son: la ajenidad y dependencia, que no son las únicas, pero le caracterizan de forma distintiva en este análisis (De Buen Lozano, 1980).

Otro elemento que está presente en este análisis por su relación con el objetivo del artículo, es el trabajo autónomo, al ser el centro del análisis, como la forma no asalariada que tiene mayor presencia en el mercado laboral en el mundo y mayor grado de regulación, convirtiéndose en un modelo alternativo de ordenación del trabajo. De esta manera, se aprecia como compete con el trabajo asalariado, aunque le faltan notas distintivas que lo identifican como la ajenidad y la dependencia, siendo un trabajo por cuenta propia y autónomo, es un trabajo no asalariado, ejecutado por el sector privado.

Desde aquí, que, en este nuevo milenio, desde la teoría del Derecho del Trabajo, se justiprecie que las figuras de las prestaciones de servicios no encajan en estos modelos tradicionales analizados desde la teoría del Derecho del Trabajo tradicional, es por ello, que deberá regularse esta modalidad de relación jurídica laboral en plataformas, al modificarse sus pautas tradicionales.

Este nuevo modelo que emerge en el siglo XXI, se distingue en sus notas distintivas por la finalidad del intercambio, la falta de empleador por trabajar para la economía doméstica (trabajo familiar y doméstico), y se le distingue además por tener un marco jurídico alternativo para el intercambio, conocido como trabajo cooperativo en la plataforma digital web 2.0.

El Derecho del Trabajo, al emerger como una disciplina jurídica autónoma, en un momento histórico determinado y estrechamente vinculado a un modelo económico y de producción, ha tenido efectos sobre la organización del mercado de trabajo en particular. La explicación del orden causal del Derecho del Trabajo, exige identificar su surgimiento con una etapa en la que la prestación de trabajo asalariado se configura en forma generalizada, al influjo de la sociedad liberal y cuando

dicha realidad social, por ende, se convierte en elemento de identidad del sistema. Con el advenimiento del capitalismo y las innovaciones técnicas que transformaron la estructura de la producción -principalmente industrial- comienza a proliferar el trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y salarialmente retribuido, reemplazando así la organización productiva anterior (Palomeque y Álvarez de la Rosa, 2016).

Como se destacó por la OIT (2020): “...*Casi todos los términos de servicio de las plataformas contienen cláusulas de acuerdo con las cuales los trabajadores afirman ser trabajadores independientes o contratistas independientes [...A pesar de ello,] muchos términos de servicio también imponen restricciones a la autonomía del trabajador que son incompatibles con el empleo independiente...*”

Con posterioridad, la OIT publica en el año 2021 el informe “Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”, partiendo de la afirmación del cambio en el mundo del trabajo a raíz de la influencia de las plataformas, en el marco de las economías digitales, situación acelerada y consolidada por la pandemia del Covid-19. En consecuencia, se justiprecia como el Derecho del Trabajo, tanto desde el punto de vista del concepto y extensión tradicional del elemento de la subordinación, como de sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades que hoy se contextualizan en el siglo XXI, como es el caso del trabajo 3.0 en la economía de plataformas.

### *1.2 El trabajador digital. La laboralidad en la economía de plataformas*

La definición desde la plataforma Nubelo, define al trabajo 3.0 como “la nueva forma de trabajar, y se lleva a cabo a través

de plataformas de gestión de trabajo online en la web 2.0”. En la enciclopedia de Wikipedia, en la pesquisa realizada, aparece otra definición, más precisa de la aportada por Nubelo, se denomina al trabajo 3.0 (en inglés: work 3.0; en francés: travail 3.0) a la modalidad de trabajo desarrollada exclusivamente online, y basada en las plataformas de gestión de trabajo y negocios ofrecidas por las TIC, herramientas colaborativas que permiten la gestión del trabajo a distancia por los trabajadores digitales.

Se denomina Trabajo 3.0 (en inglés: work 3.0; en francés: travail 3.0) a la modalidad de trabajo desarrollada exclusivamente en línea, y basada en las plataformas de gestión de trabajo y negocios ofrecidas por las TIC, herramientas colaborativas que permiten la gestión del trabajo a distancia.

El trabajo 3.0, implica cambios en el mercado laboral tradicional: tanto para los particulares y las empresas, pueden contratar trabajadores en cualquier lugar del mundo a través de la plataforma digital, y el trabajador con ello no necesita acudir a una oficina, sino que puede hacer su trabajo desde cualquier ordenador o dispositivo móvil que posea conexión a internet y el software adecuado para desarrollar su trabajo en línea. El término 3.0 se utiliza para describir la evolución de más actualidad en el uso de internet y de las formas de interacción en la web 2.0

De este modo, se analiza como el trabajo 3.0, permite reunir en un mismo escenario on line a trabajadores híbridos y trabajadores *freelance*, los que no necesariamente necesitan de una plataforma para trabajar por proyectos, sino que se conectan de manera offline con las compañías. El trabajo 3.0 plantea nuevas reglas en las cuales los trabajadores dejan de pertenecer de forma exclusiva a una organización, para desarrollarse de manera mixta.



Se demuestra, en este análisis que en el trabajo 3.0, hay una mutación con la aparición de nuevas formas de dependencia, concebidas por las herramientas que aportan las TIC, dando lugar a lo que denominan algunos autores dependencia tecnológica, dependencia que se deriva de las nuevas manifestaciones del poder del empresario, a través de medios informáticos, según la postura de Sempere Navarro (2002).

El trabajo 3.0 de reparto de alimentos y otros bienes y servicios a través de plataformas digitales, es una actividad que se concentra mayoritariamente en los hombres jóvenes como característica. Que pueda ser por los riesgos que conlleva en la acción de reparto en los lugares de entrega. El que estuvo acelerado por el confinamiento con el Covid - 19.

De acuerdo con Suárez (2018), la figura del trabajador autónomo ha sido reconocida por la legislación y la doctrina internacional como una forma de prestación de servicio realizada por una persona física a cambio de una remuneración y de manera personal, habitual, directa y por cuenta propia y que, por ende, no se encuentra bajo la dirección y administración de la organización para la cual presta su servicio. Básicamente, es la forma de prestación de servicio que se relaciona con las actividades propias de la economía de plataformas y que como tal estas personas no se consideran en sí mismas como trabajadoras por cuenta propia, sino más bien como colaboradoras.

Según Arrieta & Pizza (2017) son tres los elementos esenciales de una relación laboral: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación; precisamente la subordinación laboral es el elemento fundamental para que surja un contrato de trabajo, pues ante la ausencia del mismo el tipo de contrato sería de prestación de servicios. Permite consignar que, la laboralidad en

la economía de plataformas está presente, en la que el trabajador lo hace por cuenta propia y es con ello es su mismo empleador. Claro la deuda del legislador es su reconocimiento en normas dentro de los ordenamientos jurídicos en la materia laboral. Este hecho jurídico, debe estar asentado en los ordenamientos jurídicos a partir del texto constitucional, por su vínculo con los derechos fundamentales de los trabajadores, que lo hacen a través del trabajo 3.0 en este nuevo mercado laboral apoyado en el internet, desarrollado en normas especiales en la materia laboral por el trabajador digital.

### *1.3 Las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones y el mercado del trabajo en plataformas digitales*

Las TIC toman trascendencia en el panorama de la sociedad de la información, son instrumentos que en gran medida han facilitado la globalización y sus efectos en todas las facetas de la sociedad. Como todas las innovaciones tecnológicas fomentadas en el siglo XXI, se aprecia cómo se ha producido una reorganización del mercado de trabajo, reorganización que ha supuesto la desaparición y a su vez la aparición de nuevos empleos y formas de trabajo, formas de trabajo en algunos casos atípicas, uno de los elementos característicos es el uso de las TIC, referenciado en sus aportes por Kahale Carrillo (2006), Llamosas Trapaga (2012), y Cuadros Garrido (2017).

El pronunciamiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), expresa: El surgimiento de las plataformas digitales de trabajo ha supuesto uno de los cambios más importantes acontecidos en el mundo del trabajo en los últimos años. La economía de plataforma se basa en las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias

abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (una modalidad también conocida como *crowdwork*), y las aplicaciones (o *apps*) móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas. Estas tareas suelen llevarse a cabo a nivel local y están orientadas al servicio, como el transporte, las compras o la limpieza de casas, la OIT ha estado estudiando las plataformas laborales digitales con miras a comprender las repercusiones de esta nueva forma de organización del trabajo en los trabajadores y el empleo en general (OIT, 2015).

Otros autores, como Cedrola Spremolla (2017), refiere que una de las consecuencias más importantes de la aparición de las TIC, ha sido el impulso de la comunicación rápida y sencilla entre los individuos, las que favorecen de esta manera la conexión entre la oferta y demanda, creando nuevos modelos de negocio (modelos que se basan en dinámicas ya existentes, pero que han sido agilizados gracias a las innovaciones tecnológicas) e impulsando determinadas formas de trabajo asociadas a dichos modelos (como puede ser el trabajo autónomo en sus dos variantes, clásica y económicamente dependiente).

En este análisis Rodríguez (2019), considera desde su postura que las diversas plataformas digitales que hoy se utilizan generan diversas fuentes de empleo, las que generalmente se los cataloga como autónomos, porque el trabajador de cierta manera puede decidir sobre algunas cuestiones inherentes a la actividad, pero está subordinado a patrones técnicos y de calidad que son muy rígidos y que se traducen a que son dependientes en un mercado altamente competitivo.

Por ello, se analiza como la calificación jurídica de las plataformas digitales, al decir de Martín (2019), al referir que dependerá mucho de la forma en que estas realicen la actividad,

ya sea operando como intermediadoras o prestando un servicio físico, y su relación con los terceros o colaboradores y en simultáneo una posible relación de carácter laboral entre aquella y los últimos.

De aquí, que el reto del desarrollo de las tecnologías, y la aparición de las plataformas digitales denominadas “*gig economy*” ha venido a desconfigurar las relaciones tradicionales de trabajo, y la nueva concepción del modelo de empresa, una parte de la doctrina la denomina “huida del derecho de trabajo”, como elementos que han planteado un reto para los estudiosos desde diversos saberes. Desde el Derecho Laboral este fenómeno social analizado desde la impronta digital, se ha ido multiplicando a escala mundial con la pandemia del Covid - 19 (Martín, 2019) ante el confinamiento en los hogares para mitigar el índice de contagiados

Empero, no todas han sido reconocidas dentro de los ordenamientos jurídicos, lo que ha generado desproporción en el reconocimiento de derechos, garantías hacia los trabajadores y la implementación de políticas públicas relativas al uso y aplicación de plataformas digitales como un medio de empleo digno (Rifkin, 2003). De aquí se valore la necesidad de su estudio desde la academia y de su regulación normativa.

Se aprecia en el análisis, como algunos autores han llegado a confundir el subempleo como una forma de emprendimiento, llegando a reconocer que esta modalidad de empleo se traduce a un modelo por cuenta propia, que no considera los mínimos derechos laborales como son salario digno, estabilidad laboral, y seguridad social, entre otros aspectos fundamentales que conlleva una relación laboral.

En consecuencia, se colige que es pertinente que en base al estudio de la economía colaborativa, la que como se analiza

agrupa a los trabajos que se realizan a través de estas plataformas digitales con la ayuda de las TIC, con la nota distintiva de un modelo empresarial distinto al tradicional, para que desde la norma suprema tenga un reconocimiento, incorporándole en el Código de Trabajo dentro de sus articulados, con estudios desde la academia por ser un tema transdisciplinario, que permita el fomento de políticas públicas que promuevan un efectivo goce de los derechos fundamentales en el ámbito del estudio del trabajo 3.0 a los trabajadores digitales.

Su génesis ha sido el teletrabajo, concebido como la utilización total o parcial de las TIC en la plataforma 2.0, esta les permite el acceso a los trabajadores a ejecutar su actividad laboral desde un lugar físico fuera de su centro laboral. Puede ejecutarse en la modalidad trabajo en casa o móvil utilizando para ello las herramientas tecnológicas. En su evolución, se aprecia cómo en la actualidad, se impone con gran fuerza nuevas formas de relación laboral, caracterizado por un trabajo desarrollado enteramente online a través de plataformas diseñadas específicamente para ello, y contratando profesionales en régimen laboral como *freelance*. Se propicia con ello el fomento del trabajo 3.0 en las naciones con la pandemia del Covid- 19 como ya fue precisado con anterioridad.

Son elementos que demuestran que, el trabajo 3.0 constituye una evolución del teletrabajo, como modalidades del trabajo a distancia. Las dos formas citadas realizan trabajo a distancia, utilizan TIC en la plataforma digital web 2.0, y revolucionan los referentes teóricos del Derecho Laboral en lo referente a la relación jurídica laboral tradicional a una relación jurídica laboral telemática.

#### *1.4 La economía colaborativa en la plataforma digital*

A principios del siglo XXI, se visualiza como las empresas empiezan a implementar sistemas de producción de bienes y

servicios diferentes a los tradicionales, debido a los avances en las TIC y las novedades con respecto a la forma en que los consumidores usan y comparten bienes y servicios como era tradicional en el pasado siglo. Estos nuevos modelos y sistemas de producción es lo que se denomina economía colaborativa, al decir de Sastre-Centeno & Inglada-Galiana (2018).

La economía colaborativa (sharing economy), se aprecia como originalmente se concibe como una nueva forma de organizar las relaciones económicas sin la mediación de los mercados y de los mecanismos jurídicos de intercambio tradicionales desde la teoría analizada. Se apoya en soportes tecnológicos, basada en relaciones de confianza, sin el uso de medios de cambio. Trae consigo una nueva realidad instaurada a través de los medios informáticos con nuevas formas de trabajo en la web 2.0.

El trabajo en las plataformas digitales, se valora como tiene poco que ver con la economía colaborativa, a pesar de que en unos primeros momentos adoptara esta denominación y se apropiara de algunos elementos culturales de esta. El elemento en común era la idea de mercado digital, a través del que se hacen intercambios impensables en los formatos tradicionales, con una mayor rapidez acortando la distancia, con el uso de los celulares inteligentes (APK).

Muchos de estos modelos de negocios se insertan dentro de la denominada “economía colaborativa”, definida por la Comisión Europea (CE) como: modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos por particulares. En su inicio, era concebida como un intercambio entre particulares de forma temporal de bienes y servicios, en una segunda fase se introdujo el elemento

tecnológico, las plataformas, por medio de las cuales se comunicaban los oferentes y demandantes de bienes y servicios. La definición aportada por la CE, se habla de un intercambio, que responde a una necesidad o demanda (Plaza Angulo, 2018), (Martín Carretero, 2018).

Para el Comité Económico y Social Europeo (CESE) “puede representar una oportunidad para retomar la senda de un desarrollo sostenible en lo económico, humano en lo social, y armónico con el planeta en lo ambiental”. Ejemplo de manifestaciones de la economía colaborativa se aprecian en el contexto mundial con la plataforma digital Spotify, para la música en streaming. Para las viviendas de alquiler están la plataforma digital HomeAway y AlterHome; queda claro que, la economía colaborativa implica cambios a nivel jurídico, especialmente en el ámbito tributario y en el ámbito laboral como ya se ha señalado.

Se cierra, afirmando que la economía colaborativa es una nueva realidad que trae el siglo XXI, se encuentra regulada en tanto que pueda existir, aún sin tener un contenido específico al respecto, ya sea en el sector turístico, en el de transporte, el sector artístico, etc., y se avizora que permanecerá por muchos años. Por ello requiere estudios desde la academia para su adecuado asentamiento legal en la teoría del Derecho Laboral, y fomentar políticas públicas que protejan los derechos laborales por la Administración Pública.

### *1.5 El trabajador autónomo. Las nuevas formas de relación laboral*

La evolución de la red internet en la plataforma 2.0, ha introducido cambios en la forma de relación de los ciudadanos a escala global desde su antecesor, el teletrabajo. El mercado

laboral no es ajeno a esta situación, puesto que, en la búsqueda de empleo, la selección de los recursos humanos se aprecia como hoy impactan a los trabajadores ante esta realidad digital del siglo XXI, hoy reta a las empresas del sector público como actores económicos, desafiándolas a incursionar y mantenerse actualizadas en el uso de los medios que Internet pone a disposición con el uso de herramientas digitales como se ha citado.

A través de la plataforma 2.0, hay nuevas formas de buscar empleo en la web o en las redes sociales, y de seleccionar el personal. Cambios que se manifiestan en la forma en que se contextualiza el trabajo, evolucionando desde el teletrabajo como se refirió, al trabajo 3.0, basados en las herramientas y aplicaciones de las TIC, y la prestación a distancia, incorporando la figura del trabajador *freelance online*, que es su propio jefe y decide cuándo y dónde trabajar, y que desarrolla su actividad a través de plataformas diseñadas a estos efectos.

Con la llamada revolución *freelance*, supone la multiplicación de formas de trabajo autónomo o de microempresas, diferentes del trabajador por cuenta propia tradicional, que se está generalizando en las economías desarrolladas. Es una nueva forma de afrontar la actividad profesional para las personas, como otra manera de obtener servicios y bienes en el mercado para satisfacer necesidades de consumidores y empresas del sector público y el privado.

Hoy la figura del *freelance* se convierte en un nuevo paradigma del mercado de trabajo, junto al asalariado y al autónomo más convencional; con una relación menos continua con el mercado y una menor inversión en infraestructura que éste último, comparte sin embargo un mismo esquema jurídico para articular la prestación de sus servicios. Las plataformas digitales



que ofrecen servicio de entrega a domicilio y sus trabajadores convienen en contratos de naturaleza civil y mercantil.

Nos apoyamos con esta afirmación, al analizar como la OIT (1999) quien definió al teletrabajo como “un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías”.

Luego en el año 2005, la propia OIT lo hace de la siguiente manera “Trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora”.

Opinan Cataño & Gómez (2014) al describir en su análisis que, de acuerdo a la OIT el teletrabajo es una modalidad de empleo en donde su característica principal es la que la actividad la realiza fuera de la oficina habitual de trabajo, alejándose así de su rutina y contacto con los demás compañeros de trabajo y de su empleador, utilizando para ello las tecnologías de la información y comunicación.

Queda claro que, las innovaciones tecnológicas han producido una revolución importante en el mercado laboral, imponiendo nuevas reglas de búsqueda y selección de empleo. Tradicionalmente la búsqueda de empleo y la selección de personal se basaban en el contacto directo entre el postulante y el futuro empleador, donde el siglo XXI no necesariamente concurre de esta forma. La plataforma 2.0 brinda servicios interactivos basados en internet, permite a las personas colaborar y compartir información, al contener cuatro componentes esenciales: contenidos creados por los usuarios, las redes sociales, las aplicaciones en línea y las herramientas de colaboración.

Las plataformas digitales a través de aplicaciones informáticas ofrecen servicios de entrega a domicilio ya sea de productos o servicios que deseen adquirir los consumidores, las personas que laboran para estas plataformas son consideradas por ellos como trabajadores autónomos. Aunque claramente existe un debilitamiento de las clásicas notas de laboralidad relacionadas con el tiempo de trabajo, procede determinar si este, atendiendo a las demás características de la prestación de servicios, es suficiente para desvirtuar la existencia de un trabajo dependiente y, por tanto, excluir la aplicación de derechos y obligaciones en materia laboral y de Seguridad Social.

Desde el punto de vista de Gurruchaga (2018) las relaciones laborales, en determinadas circunstancias es complicado discernir entre los contratos mercantiles o civiles y el contrato laboral. Hay ocasiones en las que las líneas que separan unas relaciones y otras son imprecisas. En el caso que nos ocupa, el grado de dependencia entre los prestadores de servicios y la plataforma es muy bajo comparado con los de un trabajador tradicional vinculado a una sociedad por un contrato laboral. Esa es una de las líneas que entrañan mayor dificultad a la hora de calificar una relación como laboral o para diferenciarlo de otras figuras similares. Lo que a consideración de los autores del artículo requieren estudios e investigaciones desde la academia y la praxis jurídica, incidentes en la creación de la futura normativa jurídica.

### *1.6 El trabajo digital en plataformas*

El trabajo 3.0 se ha generalizado en todas las economías, ello ha sido como consecuencia de los cambios tecnológicos, organizativos, económicos y productivos con el uso de las TIC. Aunque se identifica de forma unitaria, presenta una marcada

diversidad en su ejecución, toda vez que cada una de sus modalidades genera su propia problemática. El trabajo 3.0 o en plataformas en la era digital, se basa en un elemento no sólo tecnológico sino también organizativo, el de la plataforma como el punto de intercambio virtual a través del cual contactan oferta y demanda de servicios. La denominación de plataforma se ha generalizado para denominar a múltiples de éstas, y las mismas empresas que las constituyen la utilizan, en muchos casos en combinación con la idea de economía colaborativa. Se habla, así, de “plataformas de economía colaborativa” para referirse a multitud de éstas, en realidad con una gran diversidad entre ellas.

Ejemplo de lo señalado se contextualiza con el curriculum vitae (CV) de un profesional, como la herramienta para quienes buscan empleo, para ello, surgen formas innovadoras las que permiten lograr mayor visualización de las aptitudes laborales, a través de los llamados curriculums por infografía, al permitir tomar y asociar los datos a la red LinkedIn; aunque hay varias herramientas de este tipo que se encuentran disponibles en la web 2.0 para socializar la hoja de vida profesional. Los postulantes pueden valerse es del teléfono inteligente, toda vez que se han desarrollado aplicaciones que permiten recibir ofertas de empleo en el dispositivo celular (APK), como de otros medios informáticos.

Se afirma con ello que, el uso de Internet ofrece nuevos conceptos como el de teleselección o el *e-recruiting* para hacer referencia a la selección y contratación de personal a través de Internet. Los postulantes y las empresas encuentran en Internet un ámbito de comunicación e intermediación laboral más amplio, diverso y en menor tiempo.

Otros ejemplos clásicos del trabajo 3.0 en plataformas es el *Deliveroo*, se dedica a la comercialización, venta y entrega de

comida preparada de restaurantes a domicilio. Para llevar a cabo esta actividad establece contratos con terceros para que actúen como repartidores, los productos transportables se realizan a través de bicicletas o motocicletas con mochilas preparadas para el traslado de alimentos (térmicas) y uniformes. Para hacer llegar estos productos a los clientes la empresa cuenta con trabajadores denominados “*glovers*”, los cuales disponen de una aplicación propiedad de la empresa para la prestación del servicio, mediante la cual reciben los pedidos y se comunican con la empresa. Usa para ello la plataforma digital *Telegram* a través de un grupo de chat.

Otro clásico del trabajo en plataformas es el Uber, esta se dedica a la transportación de pasajeros, dispone para ello de una aplicación easy taxi en los celulares inteligentes al poner en contacto al pasajero y al conductor. Esta plataforma nació en Estados Unidos en 2009 y hoy en día opera en la mayoría de los países. Otros ejemplos son Bla Bla Car, Airbnb, Wallapop, Globo, Taxi Cabify, Taxibeat, Didi, Easy, los que tienen por objetivo conectar la oferta con la demanda a través de la web 2.0.

En este análisis, Gustavo Gauthier (2016) indica que el desafío del Derecho Laboral no pasa por forzar la aplicación de sus normas y categorías a realidades que difieren a las que originaron su surgimiento, el desafío pasa por plantearse una nueva regulación que contemple estas nuevas realidades con el uso de las herramientas de las TIC para el trabajador digital. Ello se constata con la incidencia de las TIC en el contrato de trabajo y la relación empresario-trabajador, la introducción de estas herramientas tecnológicas ha propiciado una mutación de las características básicas del trabajo como se concebía en el siglo XX, modificándolo y adaptándolo a la nueva realidad del actual siglo. Hoy hay una dependencia tecnológica, la que se

robustece con el uso de los teléfonos inteligentes, con las APK como ha sido reseñado.

Una de las consecuencias más importantes de la aparición de las TIC, ha sido el impulso de la comunicación rápida y sencilla, entre individuos, favoreciendo de esta manera la conexión entre oferta y demanda, creando nuevos modelos de negocio (modelos que se basan en dinámicas ya existentes, pero que han sido agilizados gracias a las innovaciones tecnológicas) e impulsando determinadas formas de trabajo asociadas a dichos modelos (como puede ser el trabajo autónomo en sus dos variantes, clásica y económicamente dependiente).

Son elementos que signan a criterio de los articulistas que, la economía colaborativa ante esta nueva realidad se encuentra regulada en tanto que, pueda existir en el actual siglo, aún sin tener un contenido específico al respecto, ya sea en el sector turístico, en el de transporte, el sector artístico, en el servicio de alimentos, y otras actividades que se irán sumando.

El nuevo campo generado por la economía colaborativa, con el uso de la inteligencia artificial, el big data, y la internet de las cosas, inobjetablemente producen cambios en materia laboral, hecho que provoca nuevos retos al Derecho Laboral en esta 4ta Revolución Industrial. La OIT en este sentido, tiene el reto de regular estas nuevas modalidades de trabajo, las que aún no han sido resueltas en la materia laboral, en particular con el mercado laboral. De aquí los Estados la reconocerán en sus ordenamientos jurídicos.

## 2. ANALISIS DEL TRABAJO DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO Y ECUATORIANO

El Programa Regional de Empleo en América Latina (PREALC), aporta una definición sobre el sector informal,

compuesto de una fuerza de trabajo, que es creada por las limitaciones estructurales que han sido puestas al sector formal. Dice que el origen del sector informal ha dado (como consecuencia) un crecimiento urbano, que es capaz de absorber la mano de obra. Es decir, los desplazados se encuentran sin tener trabajo en el sector privado y generan sus propias oportunidades de empleo.

Según la postura de Hernando (2013) un emprendedor es: “... Una persona que identifica oportunidades de negocios y organiza los recursos necesarios para aprovechar estas circunstancias. Los emprendedores pueden ser trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena...”

Teniendo en cuenta al aporte de Giurfa (2010), quien reflexiona en relación al debate que se genera en torno a cuál es el término correcto, si emprendedurismo o emprendimiento, se refiere al emprendimiento como: “la actividad iniciada por el emprendedor con objetivos y medios para llevarlos adelante”; y finalmente se refiere al término emprendedurismo: “cuando se mencionan los estudios, las dinámicas sociales, las teorías, la herramienta, la política que tiene su atención en el emprendedor o en su actividad en general”.

**Contexto cubano:** se puede precisar que los antecedentes históricos y legislativos que aparecen en el ordenamiento jurídico sobre la actividad vinculada al Trabajo por Cuenta Propia (TCP), comienzan aparejado a la llegada de los colonizadores a Cuba, toda vez, que por el primitivo grado de desarrollo social existente, los actos vinculados a la actividad del comercio eran incipientes, incluso las primeras relaciones comerciales fueron de tipo exterior, entre grupos geográficamente distantes que practicaban el trueque como una de las formas de esta actividad mercantil.

Es así, que a ello se le unió un nuevo elemento: el transporte y hasta que ello no cobró fuerzas no se multiplicó y sistematizó la actividad comercial. Para ello, el uso de la moneda como un medio de pago e instrumento para adquirir mercancías de otras especies, trajo consigo la disminución paulatina de las “permutas” directas.

Hay que referir que, por el nexo con la actividad mercantil, se demuestra en el Código de Comercio de España de 1885, surge para Cuba una legislación mercantil, la que comenzó a regir en el país por Real Decreto de 1886, como una legislación de ultramar. Aunque desde el 1876, se había fundado la Junta General de Comercio de La Habana, que agrupaba bajo su directiva a varios comerciantes e industriales de la época. Institución mercantil, que fue transformándose al cambiar de nombre varias veces, hasta que en el 1927 adoptó la denominación de Cámara de Comercio de la República de Cuba, la cual solo pasó a ser un organismo autónomo mediante la Ley No. 1091 de 1963 (Cañizares Abeledo, 2012).

Con el triunfo de la Revolución en 1959, toda la base económica y social del país sufrió transformaciones radicales, pasando a las formas de gestión estatal todos los sectores de la producción mercantil, desde los grandes hasta los pequeños negocios. Siendo estos, los últimos en desaparecer tras la ofensiva revolucionaria de finales de la década del 60' del siglo XX, con lo que se abrió paso a la preponderancia del sector estatal sobre el sector privado a partir de la nacionalización realizada.

Como consecuencia, derivó que la actividad privada en Cuba durante la primera etapa revolucionaria tuviera varios momentos, a pesar de que las reformas económicas y sociales llevadas a cabo para la naciente construcción del socialismo con la nacionalización; empero, siguieron coexistiendo algunos

trabajadores privados, concentrados fundamentalmente en campesinos individuales, transportistas y algunos médicos y estomatólogos (con títulos otorgados antes del triunfo revolucionario).

Para armonizar todo el proceso que se estaba llevando a cabo en el orden interno en la nación, fue proclamada en 1976, la Constitución de la República de Cuba, regulando en sus artículos, los derechos, deberes y garantías fundamentales para los trabajadores, así como el reconocimiento de la propiedad personal, sobre ingresos, ahorros, bienes provenientes de trabajo propio, medios e instrumentos de trabajo, siempre que no sean utilizados para la explotación del trabajo ajeno, como lo pondera Mondelo Tamayo (2015).

La figura jurídica analizada, es reconocida en el orden legal en Cuba mediante la implementación del Decreto Ley No. 14 de 1978, del extinto Comité de Trabajo y Seguridad Social, con el objetivo de revitalizar el trabajo por cuenta propia, a raíz de que con el triunfo de la Revolución toda la economía pasó a manos del Estado.

Como consecuencia de estas modificaciones constitucionales, continuaron decretándose normas jurídicas con el propósito de regular las relaciones laborales del sector estatal de la economía, sin descuidar las enmarcadas en el sector privado; a tales efectos se dictó la Ley No. 49 Código del Trabajo de 1984; cuerpo jurídico que reguló lo concerniente a las relaciones entre las administraciones y los trabajadores y entre los propietarios del sector privado y los trabajadores asalariados. Siendo oportuno recabar que, el sector privado en esta etapa estaba representado fundamentalmente por los pequeños agricultores y en proceso de acomodo a los TCP.

En su devenir en el tiempo, no es hasta la década de los 90' que concurren otros cambios, que han tenido una mayor reapertura,



debido, entre otras causas, a la crisis económica, a la insuficiencia del surtido de la oferta estatal a la población, y a la incapacidad por parte del Estado de generar nuevos empleos. Por lo que, resultó necesario tomar algunas medidas económicas, en aras de satisfacer las demandas del pueblo, como fue la ampliación de las actividades por cuenta propia, como alternativas de empleo, disminuyendo así la economía sumergida en el país dentro de este período de tiempo. Su consecuencia estuvo vinculada a la debacle del bloque socialista en los países europeos.

Luego, con la modificación ejecutada en 1992, con la Ley de Reforma Constitucional, se introducen reformas en el país, que requerían de respaldo constitucional y legal. En este sentido, se implantaron en el país otras formas de propiedad, como la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyeran conforme a la Ley. Además, fue necesario incluir en el texto constitucional las obligaciones y derechos de los extranjeros, como se refiere por Antúnez Sánchez (2013) y Mondelo Tamayo (2015).

En septiembre de 1993, en las normas de desarrollo en materia laboral, entra en vigor el Decreto Ley No. 141, el que derogó al Decreto Ley No 14 del 1978. Mediante la implementación esta nueva norma, se aprecia cómo se amplió el trabajo por cuenta propia, al considerarlo como un sujeto de la economía cubana.

Posteriormente en su evaluación, en el año 2002, fue modificada nuevamente la Constitución cubana, con el fin de proporcionarle mayor protagonismo a la actividad de los organismos estatales, la necesidad de encontrar vías para hacer aún más representativas las instituciones democráticas y en consecuencia adoptar decisiones con vistas a perfeccionar sus estructuras, atribuciones y funciones de dirección en sus

instituciones. A partir de este momento y hasta la actualidad, continuó vigente la Constitución promulgada en 1976, con las modificaciones realizadas en los años 1978, 1992 y 2002.

En resumen, se demuestra que, con el decursar de los años, el Estado cubano facilitó un mayor espacio del ejercicio de la actividad por cuenta propia y se estima que las actividades recogidas en las disímiles normativas aprobadas al respecto no sólo han constituido una fuente emergente de empleo, sino que complementan la actividad estatal y la oferta de bienes y servicios no existentes en los mercados estatales con esta nueva forma de gestión, con la conducción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS).

Luego de varios estudios realizados desde el año 2010 por parte del Estado, arrojaron la necesidad para el propio Estado de dejar de tutelar algunos renglones de la economía y así descentralizar la carga que este tenía, en respuesta al proyecto de los Lineamientos del Partido Comunista; se avizora con ello lo relacionado con la modificación de la estructura del empleo, la reducción de las plantillas infladas, así como el fomento e incremento del trabajo no estatal. Considerando que es a partir de este momento que el TCP recibió un fuerte impulso en Cuba en la actualización del modelo económico, el que como ya se ha citado no ha tenido una mirada adecuada desde la impronta del Derecho Mercantil, con su regulación en el Código de Comercio de la nación desde ultramar.

Se pondera que, sobre el análisis del emprendimiento en Cuba, no surge en el 2010 del siglo XXI, desde mucho antes ya existían experiencias de apertura a los emprendimientos. Puede colegirse que en 1979 y también en los años de la década del 90' se realizaron aperturas en las que estuvieron presentes,

aunque sin un desarrollo adecuado ni reconocimiento como tal al emprendimiento como institución jurídica. Su causa fue la debacle del campo socialista y los efectos adversos a la economía nacional que trajo como consecuencia.

En este sentido, Ferriol Molina (2009), es del criterio de que, junto a la introducción creciente de los logros de la microelectrónica, los avances en las telecomunicaciones, la rapidez en el comercio, aunque hay que reconocer que no para todos ni de modo equitativo, se propugna además la disminución de la intervención estatal en las relaciones laborales, así como la privatización de programas sociales, como la irrenunciable seguridad social.

Se afirma que, las diversas regulaciones que se han realizado en el ordenamiento jurídico cubano al TCP, cuyo organismo rector de su control público es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en otorgar la licencia, y que concomitante con este OACE también interactúan el Ministerio de Salud Pública quien otorga la licencia sanitaria, el Ministerio de Finanzas y Precios (ONAT) sobre la política tributaria, y otros OACE en atención al tiempo de permiso a tramitar.

Sin embargo, no es sino hasta el año 2011, que se aprecia como el TCP resurge con fuerza y se convierte en una alternativa de empleo y búsqueda de calidad de vida para una parte importante de la población cubana. La continuidad de los cambios legislativos, la relación jurídica del TCP aparece regulada en el Código de Trabajo, Ley No. 116 de 2013 y su Reglamento Decreto No. 326 de 2014.

Con la aprobación de las licencias del trabajo por cuenta propia otorgadas por el MTSS, la complementación de los negocios a la cadena de bienes y servicios nacionales se ha hecho cada día más visible. Un claro ejemplo, se visualiza con

los hostales y restaurantes, los que han jugado y aún juegan, un rol importante en la oferta turística del destino Cuba para los que nos visitan. No quedan detrás los transportistas privados, quienes son un sostén fundamental de la movilidad en el país ante la falta de transporte público por el Estado; también, los contratistas y cooperativas de la construcción tienen cada vez mayor presencia en los procesos constructivos de obras públicas y privadas.

Establecidas como se reseñó en el ordenamiento jurídico a tenor del Código de Comercio, donde se le reconoce personalidad jurídica al empresario individual mercantil (o comerciante), siempre que cumpla con los requisitos legalmente establecidos de capacidad legal, ejercicio habitual del comercio, ejercicio del comercio en nombre propio y que la actividad a desarrollar esté autorizada por la Ley. Por lo tanto, se afirma que en Cuba el TCP es un empresario mercantil individual, pero que por una decisión del Estado (Administración Pública), se regula su actividad de forma diferente a la establecida en el ámbito mercantil internacional doctrinalmente. También se puede mencionar que al TCP se le pudiera ver en dos aristas; una desde la mercantil fundamentándose con los criterios antes expuestos y, otra, desde la óptica laboral, viéndolo como una persona que realizando algunas de las tareas reguladas para ello lo haga sola, de forma que no necesite la intervención de un tercero para su desarrollo no tiene una relación jurídica de carácter laboral porque no se encuentra subordinado jerárquicamente a ninguna otra persona, el resultado de su trabajo le es propio, no posee salario, está sujeto a la ley de la oferta y la demanda y sus ingresos varían en dependencia de esta.

La Ley No. 116 de 2013, Código del Trabajo, en su artículo 4 sobre la relación entre el empleador y las personas nacionales y extranjeras. Señala como sujetos el trabajador y el empleador.

Labora con subordinación a una persona jurídica o natural y percibe por ello una remuneración; disfruta los derechos de trabajo y de seguridad social y cumple los deberes y obligaciones que por la legislación le corresponden. Concertada bajo un contrato de trabajo escrito o verbal. Pero no se regula el trabajo 3.0 en la plataforma digital.

Con la aprobación de la Constitución en el 2019, en la actualización del modelo económico y social, se regula en el artículo 22: Se reconocen como formas de propiedad, las siguientes: d) privada: la que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía. Elemento incidente, en el desarrollo del ordenamiento jurídico, con nuevas modificaciones en su marco jurídico, con la promulgación del Decreto-Ley No 356 Sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia en 2018, con el Decreto-Ley No 366, De las Cooperativas No Agropecuarias en 2018, y el Decreto Ley No 383 Modificativo del Decreto Ley No 356 Sobre el Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia de 2019.

Lo que, concomitante con este análisis en el desarrollo del artículo, se valora que los campesinos y la producción agropecuaria del país son otro punto a estudiar. Entre las cooperativas y los campesinos independientes son responsables de alrededor del 80% de la producción agropecuaria del país, y son empresarios privados.

En su continua evolución, en su normativa legal han sido establecidas nuevas modificaciones, con el Decreto Ley No 44 de 2021, Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia. Cuerpo legal que define en el artículo 2: El trabajo por cuenta propia es la actividad o actividades que, de forma autónoma, realizan las

personas naturales, propietarios o no de los medios y objetos de trabajo que utilizan para prestar servicios y la producción de bienes.

También, vinculante al tema, se dispone en el Decreto Ley No 46 de 2021, Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas, se dispone en el artículo 1: El presente Decreto-Ley tiene por objeto regular la creación y funcionamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, en lo adelante MIPYMES.

Artículo 3.1: A los efectos de esta norma se entiende como MIPYMES, aquellas unidades económicas con personalidad jurídica, que poseen dimensiones y características propias, y que tienen como objeto desarrollar la producción de bienes y la prestación de servicios que satisfagan necesidades de la sociedad.

2. Las MIPYMES pueden ser de propiedad estatal, privada o mixta.

Artículo 11: Las MIPYMES se constituyen como sociedades mercantiles, que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada, en lo adelante SRL, mediante escritura pública, la que se inscribe en el Registro Mercantil y con su inscripción adquieren personalidad jurídica.

Otro cuerpo jurídico vinculado al tema analizado, es el Decreto Ley No 47 de 2021, De las Cooperativas No Agropecuarias, en su Artículo 7. La cooperativa es de trabajo y se constituye como mínimo por tres personas, denominadas socios, donde cada uno tiene como principal contribución su trabajo personal, sin perjuicio de los aportes que realicen por mandato de la ley o voluntariamente, con arreglo a lo dispuesto en este Decreto Ley.

Se adiciona además un nuevo Organismo de la Administración Pública, para emitir la aprobación de las MIPYMES, el Ministerio

de Economía y Planificación y en la parte normativa para su constitución el Ministerio de Justicia, a través de la institución del notario público para su conformación como persona jurídica como una forma asociativa de Sociedad mercantil de Responsabilidad Limitada desde la teoría del Derecho Mercantil. Los que se unen al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a la ONAT, para los procedimientos administrativos.

La reforma del Trabajo por Cuenta Propia precisa, antes que todo, de un reconocimiento de su personalidad jurídica como ente capaz de relacionarse con cualquier otro tipo de organización y con las responsabilidades y derechos reconocidos en el Código de Comercio. Aunque se hace la acotación que es contrario a lo establecido al Código de Comercio, en relación al registro de los comerciantes y su autorización.

El Plan 2030 en su eje estratégico Potencial Humano, ciencia, tecnología e innovación, plantea en su quinto objetivo el fomento de «una cultura que propicie la vocación científica, innovadora y emprendedora en todos los niveles de la sociedad, especialmente en edades tempranas» (PCC, 2016). Este es un reto que le corresponde a la universidad cubana fomentar acciones de capacitación para potenciar la cultura del emprendimiento y el estudio de los cuerpos jurídicos vinculantes al tema.

**En el contexto ecuatoriano:** para empezar a laborar en estas plataformas como requisito se necesita un teléfono Smartphone y un vehículo, ya sea una moto o bicicleta. Como trabajadores autónomos, le son negados los beneficios laborales contemplados en la Constitución de 2008 y el Código del Trabajo. El artículo 8 del Código del Trabajo: 1.- Que los servicios sean lícitos y personales, 2.- Que exista una relación de dependencia y 3.- Que exista una remuneración.

El Estado, mediante el Ministerio de Trabajo, se justiprecia que no ha regulado este tipo de trabajo en las plataformas digitales de manera adecuada, eso sí ha generado oportunidades de empleos, pero se vulneran los derechos laborales de los trabajadores digitales. Es un reto para el legislador, reformar el Código del Trabajo e implementar una nueva modalidad de contrato. El ordenamiento jurídico deberá estar adaptado a una sociedad globalizada donde la tecnología es el eje principal del desarrollo económico y social.

Hay que destacar, que el contrato en estas plataformas se encuentra redactado como una actividad comercial, adolece de particularidades del Derecho Laboral para dar protección al trabajador. Así como su marco regulador en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo y en la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo.

Por ende, las plataformas digitales al no establecer una relación laboral adecuada con sus trabajadores, no son considerados empleadores, por tanto no tendrán las obligaciones establecidas en el artículo 42 del Código del Trabajo, y el trabajador no goza de sus derechos laborales, no percibe una remuneración justa, no posee un seguro social, no tiene derecho a indemnización en caso de despido intempestivo y de recibir beneficios laborales como el pago de horas extras, bonificaciones, utilidades, vacaciones, entre otros.

En este sentido, las empresas transnacionales con el fin de brindar un mejor servicio a sus consumidores han desarrollado nuevas formas de ofrecer sus productos y la mano de obra que trabaja en la empresa sea menos costosa y no implique el cumplimiento de obligaciones laborales a los trabajadores, empezando por el teletrabajo, definido como “...*Una forma de*



*trabajo desarrollada por el empresario o cliente, un trabajador autónomo o a domicilio y efectuada regularmente desde un lugar distinto al puesto de trabajo tradicional teniendo como medio de interacción la comunicación tecnológica...”*

A partir del 2018, se constata como empezaron a operar en las plataformas digitales dedicadas a brindar el servicio de Delivery, término inglés que hace referencia al servicio de entrega a domicilio. En ello, Uber Eats, Glovo, Rappi son las empresas trasnacionales que trabajan en estas plataformas en ciudades como Quito y Guayaquil.

## *2.1 Política cubana y ecuatoriana relacionada con la laboralidad desde el marco regulatorio del trabajo digital*

Ferriol Molina (2019), discurre sobre la política en la relación laboral que se produce en las plataformas digitales que, junto a la introducción creciente de los logros de la microelectrónica, los avances en las telecomunicaciones, la rapidez en el comercio, aunque hay que reconocer que no para todos ni de modo equitativo, se propugna además la disminución de la intervención estatal en las relaciones laborales, así como la privatización de programas sociales, como la irrenunciable seguridad social. Por otra parte, la desregulación y la flexibilización de las relaciones laborales, que han provocado sustancial afectación a los procesos de negociación colectiva y a los derechos de los trabajadores también se manifiestan como parte de los cambios expresados.

En Ecuador, producto de la pandemia por Covid 19 se reguló por la Asamblea Nacional de Ecuador la denominada: Ley de Apoyo Humanitario que dentro de sus disposiciones reformativas

establece que: Del teletrabajo.- El teletrabajo es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. En esta modalidad el empleador ejercerá labores de control y dirección de forma remota y el trabajador reportará de la misma manera (2020).

En el Ecuador la normativa de trabajo a criterio de los articulistas es bastante ambigua, a pesar de que la Constitución (2008) brinda una tutela general a los derechos de los trabajadores, no así la norma de desarrollo (Código de Trabajo) que no ha regulado las nuevas realidades mundiales, al no reconocer el trabajo 3.0 a través de las aplicaciones digitales y móviles en la web 2.0; por tanto, se está vulnerando los derechos de los trabajadores, al no encuadrarse dentro de la norma legal, coadyuva a que exista precarización laboral, informalidad a gran escala, e inseguridad jurídica.

### 2.1.2 Formas de manifestación del trabajo 3.0 en la plataforma digital (APK) en Cuba y Ecuador

**En Cuba:** Las formas de manifestación del trabajo 3.0 en el territorio cubano se contextualizan en el transporte privado, la entrega de comida elaborada de por restaurantes y cafeterías privadas a domicilio, en las artes, en los servicios, y otras; estas utilizan las APK en la plataforma digital con las denominaciones mandao, mercazona, comprando en Cuba, Lucy, D'Taxi, Alamesa, ToDus, E-firma, Viajando, Sandunga, Sijú, Trabajar en Cuba, Cubaempleo, Ya va, Excelencia, entre otras. Se utilizan accediendo a las redes sociales WhatsApp y Telegram.

**En el Ecuador:** se analiza que esta relación se ejecuta en condiciones justas, con contratos justos, de gestión justa y representación justa en las APK Uber, Cabify, Glovo (ahora PedidosYa), Rappi, Encargos y Envíos y Ocre. En realidad, son contratos de adhesión porque el prestador carece del poder para negociar las condiciones con la plataforma 2.0.

Por consiguiente, los indicios de laboralidad se constituyen sobre las características del trabajo asalariado en el modelo industrial del siglo pasado, pero el modelo de negocio de las plataformas es distinto. Por lo que, en palabras de Todolí (2018) al señalar, “es necesario buscar herramientas que permitan identificar correctamente los sujetos que necesita protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado. Estas herramientas es lo que yo llamo los «nuevos indicios de laboralidad» derivado de la digitalización”. Así, el test de laboralidad debe tener la flexibilidad en adaptarse a estos datos de la realidad en las plataformas digitales en la web 2.0.

Hay otra serie de características de las labores en las plataformas que pueden prestarse como indicios de laboralidad: proveer de formación, adiestramiento, guía o entrenamiento a los prestadores respecto al servicio que prestan; elegir o limitar el precio que el prestador puede percibir; realizar funciones de inventario o logística en beneficio del prestador; establecer controles de entrada en la plataforma; desactivar a los prestadores por razones de rendimiento o disciplinarias; establecer posibilidades de evaluar al prestador; no permitir que el prestador pueda compartir su reputación on line en otras plataformas; limitar las posibilidades del prestador de elegir a sus clientes; entregar al prestador algún elemento productivo necesario para la realización de la labor; exigir la exclusividad al prestador de servicios; proveer de seguro o cualquier otro

elemento que reduzca el riesgo; gestionar los impuestos en nombre del prestador; etc.

APK en la nación de Ecuador: las de mayor presencialidad son Glovo, Uber Eats, Rappi, Glovo, les ofrece como opción servicios tributarios a través de la Compañía DATILS. Legalmente la figura de contrato que usa Glovo con su repartidor o Glover es un contrato Mercantil en donde GLOVOAPP ECUADOR S.A de procedencia española. Los conflictos se promueven al amparo de la Ley de Arbitraje y Mediación Uber Portier B.V es una empresa transnacional de sociedad de responsabilidad limitada constituida en Países Bajos. La forma de trabajo en esta plataforma es similar a la de Glovo, ya que igualmente se dedica a la entrega de pedidos de comida a domicilio u otros productos disponibles en la Aplicación Uber eats. De existir controversia se soluciona a Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional.

En Ecuador, funcionan en la plataforma digital 2.0 Glovo, empresa española, Uber Eats empresa estadounidense, Rappi empresa colombiana y Picker, empresa creada en Guayaquil. Se aprecia en este análisis que, todas estas empresas tienen en común que el funcionamiento de sus aplicaciones es de manera similar y también consideran a los trabajadores de estas plataformas como “independientes” sin ningún tipo de relación contractual laboral de tipo formal.

## *2.2 Insuficiencias en el ordenamiento jurídico cubano y ecuatoriano del trabajo 3.0*

En Cuba:

- el TCP en el ordenamiento jurídico ha sufrido diversas modificaciones desde el pasado siglo XX hasta el actual siglo XXI, lo que

- el reconocimiento del empresario privado aparece esta desde el Código de Comercio de Cuba y se reconoce en el texto constitucional de 2019

- La Ley No 116, Código de Trabajo, no reconoce el trabajo 3.0 en la relación jurídico laboral, requerido de actualización

- En la política cubana la emisión de permisos se ejecuta indistintamente por el MTSS y el MEP, en contradicción con lo establecido en el Código de Comercio, también participan el MINAL, ONAT, MINSAP, MITRANS

- La teoría del Derecho Laboral en Cuba no hace alusión al trabajo en plataformas

- No ha sido habilitado en Cuba el Registro de Comerciantes para el empresario privado, a pesar de esta establecido en el Código de Comercio de Cuba

- No hay una Ley de emprendimiento en el ordenamiento jurídico

- No hay una Ley de competencias en el ordenamiento jurídico

- No hay una Ley de empresas en el ordenamiento jurídico

- Ley de ordenación del Transporte en el ordenamiento jurídico

En Ecuador:

- Ley de Defensa de los Comerciantes Minoristas y Trabajadores Autónomos requiere actualización donde se reconozca los derechos del trabajador digital.

- Actualizar la norma laboral, que permita un contrato de trabajo y las garantías que dispone la Seguridad Social a los trabajadores digitales

- Modernizar el Estado y con ello la legislación a tono con el cambio tecnológico: invención, innovación y difusión en atención a las nuevas tecnologías disruptivas que han modificado al mercado.

- Garantizar a los trabajadores digitales los derechos sindicales a través de los gremios

## CONCLUSIONES

Las primeras empresas que desarrollaron un modelo de producción y distribución propio de la economía colaborativa nacieron hace más de 10 años, el Derecho tanto a nivel nacional como internacional como ciencia social, no ha sido capaz todavía de dar una respuesta clara al respecto, en favor del principio de seguridad jurídica. Las únicas líneas legislativas al respecto son las dictadas por los Tribunales, siendo estas diferentes y contrarias dependiendo del país en el que estemos.

Con la aprobación del texto constitucional cubano en el 2019, en el ordenamiento jurídico, urge actualizar el Código de Comercio, y el Código de Trabajo que permita armonizar ambos cuerpos jurídicos en relación con el empresario privado y el trabajo 3.0. Es un reto para el legislador cubano, concomitante con normas que regulen las competencias de los actores económicos en materia de empresarial, los derechos del consumidor, como se establecerá el emprendimiento, como se ordenará el transporte vinculados a la concesión de permisos que tienen los organismos de la Administración Pública en el sector privado.

Desde el Derecho Mercantil cubano, hay que establecer el Registro Mercantil como lo dispone el Código de Comercio, concomitante con los cuerpos jurídicos de las sociedades

mercantiles y de asociaciones que permita la armonía jurídica y robustez cuando sean dispuestos por el legislador.

Las nuevas tecnologías rompen el patrón igualitario, y la Industria 4.0 genera un nuevo modelo de trabajo. El nuevo modelo económico, apuntalado en las tecnologías de la informática y las comunicaciones, cuestiona el sistema tradicional de relaciones laborales desde el Derecho del Trabajo ante estos nuevos paradigmas dentro de un Estado Social de Derecho en Cuba y Ecuador.

El Estado de Derecho en Ecuador y Cuba tienen un rol fundamental, desarrollando capacidades que le permitan estar presente en la periferia, en las zonas rurales, en las zonas marginales, garantizando derechos a los nuevos emergentes trabajadores digitales, e incorporando las dinámicas propias de cada territorio, de cada población, propiciando esquemas de producción de políticas con la sociedad civil, el sector privado y el sector científico.

A la universidad le corresponderá ejecutar cursos de capacitación en materia de Derecho Laboral a partir de la integración de contenidos para dotar de conocimientos a los operadores jurídicos de los medios digitales, los que han transformado la concepción de hacer negocios desde el modelo tradicional, mucho más rentables y eficientes desde la economía colaborativa, y porque no a los empresarios privados cuyo escenario laboral en las plataformas digitales en la web 2.0.

## REFERENCIAS

Antúnez Sánchez, A. (2008) *El teletrabajo en Cuba*. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo No. 51. Argentina.

Antúnez Sánchez, A. (2013) *Un análisis a partir de la Constitución Cubana sobre el ejercicio del autoempleo, incidencias en el relanzamiento en el modelo económico del siglo XXI*, Revista Foro No 1, España.

Antúnez Sánchez, A. (2013) *Algunas consideraciones sobre el trabajo no estatal, incidencias en el nuevo relanzamiento en la aplicación del modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI*. Revista Derecho Comercial. Uruguay.

Antúnez Sánchez, A. (2014) *El ejercicio del autoempleo, incidencias en el nuevo relanzamiento en el modelo económico de Cuba en la segunda década del siglo XXI en torno a la protección del medio ambiente*. Revista Jurídica Ulpiano. Venezuela.

Antúnez Sánchez, A. (2016) *La relación jurídica laboral del empleador autónomo y sus empleados en el ordenamiento jurídico laboral cubano*. Revista Derecho y Cambio Social. Perú.

Antúnez Sánchez, A. (2016) *El Trabajo autónomo: una opción de empleo para los jóvenes en la actualización del modelo económico cubano*. Revista Derecho del Trabajo Universitas. Venezuela

Antúnez Sánchez, A. (2018) *El empresario privado, reconocimiento en el ordenamiento jurídico cubano*. Revista Derecho y Cambio Social No. 52. Perú.

Antúnez Sánchez, A. (2018) *El emprendimiento en la mujer rural del siglo XXI*. Revista Derecho & Paz No. 39. Brasil.

Antúnez Sánchez, A. (2019) *El emprendimiento en la mujer rural empresaria en Ecuador*. Revista Derecho & Paz No. 41. Brasil.

Alfonso Sánchez, R. (2016) *Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social*. Revista jurídica de economía social y cooperativa No. 88, CIRIEC. España.

Alonso García, M. (1958) *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Editorial Bosch, España.

Alonso Olea, M. (1994) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, Madrid.

Alonso Olea, M. y De Las Casas Baamonde, M. (2006) *Derecho del Trabajo*. Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, 24ª edición, España.

Bauman, Z. (2010) *Mundo consumo*. Editorial Paidós. España.

Bauman, Z. (2013) *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica. Argentina.

Barbagelata, H. (2007) *Derecho del Trabajo*, 3a edición, Editorial FCU, Montevideo.



Bayón Chacón, G. y Pérez Botija, E. (1978) *Manual de Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Bustamante, C. (2008) *Manual de Derecho Laboral: El contrato individual de trabajo*. Editorial Jurídica del Ecuador. Ecuador.

Beccaria, L. & Maurizio, R. (2019) *Algunas reflexiones en torno al empleo en plataformas y los mecanismos de protección*. Disponible en: <https://alquimiaseconomicas.com/2019/02/27/algunas-reflexiones-en-torno-al-empleo-en-plataformas-y-a-los-mecanismos-de-proteccion/>

Cabanellas, G. (2001) *Compendio de Derecho Laboral*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (1989) *Tratado de Derecho Laboral*, 3a edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

Calvo Gallego, F. (2017) *UBERPOP como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo. España.

Canessa Montejó, M. (2008) *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Editorial Tirant lo Blanch. España.

Cañizares Abeledo, D. (2012) *Derecho Comercial*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

Cataño, S. y Gómez Rúa, N. (2014) *El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo*. Revista CES, España, pp.82-91.

Cedrola, G. (2017) *El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 31, Uruguay.

Cuadros Garrido, M. (2017) Tesis Doctoral: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Universidad de Murcia, España.

Díaz, I. y Barreiro, L. (2017) *Potencialidades del sector cuentapropista en la economía cubana, El emprendimiento: una aproximación internacional al desarrollo económico*, Editorial Universidad de Cantabria, Santander,

De León, L. y Pizzo, N. (2019) *Trabajo a través de plataformas digitales*, Editorial FCU, Montevideo.

De Buen Lozano, N. (1980) *El nacimiento del Derecho del Trabajo*, 5a edición, Editorial Porrúa, México.

De las Heras, A. & Landadera, E. (2019) *El trabajo en plataformas digitales, puro y duro. Un análisis desde los factores de riesgo laboral*. Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, pp.55-83.

Fernández, H. (2016) *Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno 'Uber': la llamada 'economía disruptiva*, Revista Derecho Laboral N°. 261, FCU, Montevideo.

Ferriol Molina, G. (2019) *Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico*, Disponible en: <http://www.unjc.cu>

Formichela, M. (2002) *El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local*. Argentina: Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria.

TicLaude (2013) *El reto de emprender*, España: Serrei de pub.

Hernández-Bejarano, M. et al. (2020) *Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real*. Editorial Tirant lo Blanch. España.

Hernández-Bejarano, M. y Todolí Signes, A. (2018) *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Editorial Aranzadi. España.

Hernández-Bejarano, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. (2017) *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo. España.

Hernández-Bejarano, M. (2017) *Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos: un análisis de las cooperativas de impulso empresarial y las cooperativas de facturación. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo. España.

Gauthier, G. et al. (2016) *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*. Fundación de Cultura Universitaria, España.

Galantino, L. (1992) *Diritto del lavoro*, Editore Giappichelli, Torino.

Gorlich Peset, J. (2018) *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, España.

Guevara Ramírez, L. (2010) *El Trabajo por Cuenta Propia en Cuba*, Revista Cubana de Derecho No 10, La Habana.

Gurruchaga, C. (2018) *El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad*. Revista Derecho de las relaciones laborales, Vol. 1,

Gordo, Á., De Rivera, J. y Cassidy, P. (2017) *La economía colaborativa y sus impactos sociales en la era del capitalismo digital*. Ciberpolítica: gobierno abierto, redes, deliberación, democracia. INAP. España.

Rodrigo Uría y Menéndez A. (2001) *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid.

Rojas, P. (2010) *Reclutamiento y selección 2.0. La nueva forma de encontrar talento*. Editorial UOC, España.

Rodríguez-Piñero, M. (2017) *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa, Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, España.

Rodríguez-Piñero, M. (2018) *La figura del trabajador de plataforma: Las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios. El trabajo en plataformas digitales, análisis de su situación jurídica y regulación futura*, Editorial Wolters Kluwer,

Todolí Signes, A. (2018) *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. España.

Todolí Signes, A. (2020) *Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI*. Editorial Tirant lo Blanch, España.

Todolí Signes, A. (2017) *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Editorial Tirant lo Blanch, España.

Triguero Martínez, L. (2018) *Gig economy y prestación de servicios profesionales: puntos críticos*. Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Editorial Aranzadi. España.

Tyc, A. (2021) *Global Trade, Labour Rights and International Law. A Multilevel Approach*, Routledge, London.

Martín Moral, M. (2017) *Economía colaborativa y protección del consumidor*, Revista de Estudios Europeos No. 70, España.

Martín, O. (2019) *El trabajo en plataformas digitales: pronunciamientos y opiniones divergentes respecto a su calificación jurídica*. International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies (IJISEBC), España.

- Martin Valverde, A. et. al (2016) *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid.
- Mercader, J. (2016) *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, España.
- Montoya Melgar, A. (2019) *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, España.
- Mondelo Tamayo, J. (2015) *La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico*, Revista electrónica Derecho y Cambio Social, Perú.
- Mercader Uguina, J. (2017) *El futuro del trabajo en la era de la globalización y la robótica*. Editorial Tirant lo Blanch. España.
- OIT (2019) *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2021) *El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente*. Ginebra.
- Pagés, C. y Ripani, L. (2017) *El empleo en la Cuarta Revolución Industrial, Robotlución*. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina Nº 42, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Palomeque, M. y Álvarez de la Rosa, M. (2016) *Derecho del Trabajo*, 24 edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- Pérez Amorós, F. (2019) *Un Trabajo sin Contrato y sin Frenos: un Trabajo por Cuenta Ajena en la Economía Digital*, Editorial Thomson Reuters. Brasil.
- Pérez Botija, E. (1969) *Derecho del Trabajo*, Editorial Marcial Pons. España.
- Pérez Capitán, L. (2019) *La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado*. El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales. 1ª edición, Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, España.
- PCC (2016) *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, Documentos del VII Congreso del PCC, La Habana.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1990) *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, España.

Poquet Catalá, R. (2018) *Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa. Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. España.

Rifkin, J. (2003) *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Revista Chilena de Derecho Informático. Chile.

Rodríguez- Piñero Royo, M. (2019) *Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes*. Revista de internet, derecho y política, España, pp.3-16.

Sánchez-Urán Azaña, M. (2017) *Uber como plataforma digital de servicios de transporte*, Revista Foro No. 2, España.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2020) *Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo: el debate sobre la laboralidad en el contexto internacional y europeo*. Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Editorial Tirant lo Blanch, Madrid.

Sastre-Centeno, J. & Inglada-Galiana, M. (2018) *La economía colaborativa: un nuevo modelo económico*, CIRIEC No 94, España, pp.219-250.

Serrano Olivares, R. (2017) *Economía colaborativa- o mejor, economía digital bajo demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad. Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, España.

Ka hale Carrillo, D. (2006) *Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso?*, Revista de Derecho N° 25, España.

Llamosas Trapaga, A. (2012) Tesis Doctoral: *Las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las relaciones laborales*, Universidad de Deusto. España.

Vareles, J. (2007) *Derechos Fundamentales y el Código del Trabajo Ecuatoriano*. Guayaquil.

Vida Soria, J. et al. (2009) *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª edición, Editorial Comares, España.

# 7

## EVALUACIÓN DE LOS DERECHOS AMBIENTALES EN TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO CONVENCIONAL

### EVALUATION OF ENVIRONMENTAL RIGHTS IN TERRITORIES OF INDIGENOUS PEOPLES UNDER CONVENTIONAL LAW

**Manuel Bermúdez Tapia**

Abogado graduado con la mención de Summa Cumme Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

#### RESUMEN

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una amplia y especializada jurisprudencia para abordar temas vinculados a la protección del ambiente, la propiedad colectiva, al acceso a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para garantizar los derechos de las poblaciones indígenas que se ven afectados por proyectos de desarrollo económico, industrial y energético en sus territorios. Los Estados han ejecutado actividades de extracción, explotación y administración de sus recursos naturales en función a un sistema jurídico que no logra compatibilizar con la perspectiva de los pueblos indígenas, especialmente

porque los objetivos de cada comunidad son antagónicos. Consecuentemente, los conflictos ambientales se han expuesto en varios casos que han superado el contexto nacional donde la Corte Interamericana de DDHH ha logrado desarrollar un nuevo marco de aplicabilidad de derechos ambientales y de protección de pueblos indígenas.

**PALABRAS CLAVE:** Estado; Poblaciones indígenas; Derecho Convencional; Pluralismo Jurídico; Diálogo multinivel jurisdiccional; Progresividad de derechos colectivos.

*Recibido el: 26.11.2021*

*Aceptado en: 28.03.2022*

## INTRODUCCIÓN

A consecuencia del impacto del desarrollo humano en el ecosistema, muchos estados Latinoamericanos han sido denunciados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH) porque la legislación que permite la explotación de algún recurso natural, mineral, gas, petróleo o material no metálico ha provocado el deterioro de los derechos de las comunidades que habitan zonas amazónicas, andinas y costeras en la mayor parte de la región.

Un impacto que amplifica el margen negativo que asumen los pueblos indígenas porque sus propios Estados les asignan una condición antagonista sin tomar en cuenta que la extracción de recursos en los territorios que han ocupado antes del establecimiento de la República los afecta, tanto porque incide en el impacto del ecosistema o porque ello implica el cambio de los modos de vida de la comunidad.

De este modo, la evaluación de derechos resulta complejo porque esencialmente se ponen en situación antagónica el “desarrollo del país” y la “autonomía de los pueblos indígenas”, sobre los cuales la mayor parte de estos casos ha permitido que la Corte IDH pueda desarrollar una amplia jurisprudencia que protege derechos de orden colectivo y ambiental.

Un ámbito de estudio que permite el desarrollo de un texto bajo una metodología cualitativa con diseño documental con el análisis de jurisprudencia convencional, teniendo como hipótesis de trabajo la generación de un marco normativo y jurisdiccional convencional de tutela del ambiente y de los pueblos indígenas a consecuencia de los actos de disposición y gestión de recursos en jurisdicciones donde habitan pueblos indígenas.

## 1. EL PROGRESIVO DESARROLLO DE JURISPRUDENCIA CONVENCIONAL EN MATERIA AMBIENTAL

La importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es superlativa en el ámbito latinoamericano especialmente porque ha logrado adaptar los ámbitos de evaluación de la legislación en los estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH en adelante) a a lo propuesto en la Convención Americana de 1969 (Nogueira, 2012, p. 149).

De este modo, se ha desarrollado un diálogo multinivel jurisdiccional (Castillo, 2019, p. 15) entre los órganos jurisdiccionales nacionales, que en el caso peruano incluye al Poder Judicial de conformidad a una interpretación extensiva del artículo 205° de la Constitución Política, por cuanto el Tribunal Constitucional evalúa casos que son cuestionados procesalmente



en un recurso de agravio constitucional en dicha instancia, con la jurisdicción del SIDH.

Una condición que determina la *diferenciación* de las denominaciones en el ámbito jurisdiccional y que suele confundir a los especialistas porque los términos empleados no son iguales. Así, cuando en el Perú se cuestiona una decisión jurisdiccional y se afectan derechos de carácter fundamental, convencional y humano (en dicho orden) es posible recurrir a la *jurisdicción supra nacional* (Ferrer et al, 2012, p. 141).

La formulación de una *petición* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) inicia el procedimiento en el ámbito del SIDH, tanto porque una comunidad se ha visto afectada por su propio estado o un ciudadano plantea la tutela de algún derecho vinculado al ambiente, conforme la delimitación del presente texto. La evaluación de este órgano si resulta positiva a favor del *peticionante* genera un *informe sobre el fondo y recomendaciones* ante la Corte IDH, sobre la cual se inicia el proceso convencional y en caso las partes no concilien, que suele ser una opción muy recurrente por los Estados que no reconocen la afectación de los derechos de sus ciudadanos, se emite una sentencia (Aguilar et al, 2021, p. 25).

Situación especial es la que permite detallar el *seguimiento* de las decisiones de la Corte IDH, en particular cuando estas involucran la modificación de la normatividad nacional, la ejecución de políticas públicas o el desarrollo de acciones de reparación a las víctimas.

En casos excepcionales, la Comisión IDH ejecuta *opiniones consultivas, visitas in loco*, como también audiencias en las cuales es posible vincular a las partes en contradicción (Corte IDH, 2004), toda vez que este tipo de casos *excede* el período usual

de evaluación de una controversia en el ámbito jurisdiccional al complementar lo que ya se hizo en el ámbito jurisdiccional nacional (Bermúdez-Tapia, 2016 a, p. 319).

De este modo, la decisión de la Corte IDH genera un *derecho convencional*, a partir de la aplicación del caso Almonacid y otros vs. Chile (Corte IDH, 2006), que puede llegar a tener un impacto muy significativo en las legislaciones nacionales porque puede provocar:

a) Una *reforma constitucional*, como lo ocurrido con la evaluación del caso Juan Pablo Bustos y otros vs. Chile (CIDH, 2003), que es conocida coloquialmente como el caso “La última tentación de Cristo” debido a la evaluación convencional de la *censura previa* que regulaba la Constitución chilena y que fue condicionada a ser derogada.

b) La *modificación de su legislación*, conforme se puede apreciar de varios casos peruanos, en particular en la evaluación de leyes que carecían de *legitimidad* debido a sus objetivos políticos de ocultar los crímenes ejecutados desde la dirección del gobierno de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos:

- i. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú (Corte IDH, 1999)
- ii. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Corte IDH, 2001)
- iii. Caso Barrios Altos vs. Perú (CIDH, 2001).
- iv. Caso La Cantuta vs. Perú (CIDH, 2006).

c) La imposición de sanciones contra el Estado infractor.

Dado que la mayor parte de casos responden a *daños* vinculados a una esfera personal o colectiva, donde los afectados son reconocidos de forma absoluta al existir la identificación de los hechos y el modo en el cual se debe ejecutar la reparación, surge una condición negativa en el ámbito de la evaluación de los casos donde se evalúan *intereses difusos*, especialmente cuando

se debe evaluar el contexto ambiental afectado o la evaluación de los derechos de los pueblos indígenas porque estos no son excluyentes de la realidad de otros pueblos que también pueden verse afectados y pueden aplicar dicha sentencia para la atención de sus derechos e intereses.

Consecuentemente, existen muchos elementos que deben ser analizados de forma interdisciplinaria y transversal para así generar una solución objetiva y práctica a favor de los pueblos indígenas, especialmente en la región latinoamericana (Bermúdez-Tapia, 2016 b, p. 539).

Esto ocurre con la jurisprudencia que incide de forma directa o indirecta a favor de los pueblos indígenas en Latinoamérica (Corte IDH, 1994), porque la *jurisprudencia* conforme al sistema normativo de cada uno de los Estados no asume una condición referencial conforme a la tradición social, cultural y jurídica de quienes habitaban sus territorios antes del registro de la conquista europea y la institucionalización de figuras vinculadas a los Estados.

## 2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SIDH

La jurisprudencia con impacto convencional sobre pueblos indígenas (Corte IDH, 2018) permite desarrollar una base que evalúa los derechos de carácter individual, colectivo, los intereses nacionales y los intereses difusos de los pueblos indígenas y de la población nacional.

De este modo, es posible sistematizar la jurisprudencia aplicable a la evaluación del presente texto:

- a) Corte IDH. Caso Aloeboetoe vs. Surinam, sentencia del 10 de septiembre de 1993.

- b) Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001.
- c) Corte IDH. Caso Baena Ricardo vs. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001.
- d) Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 2004.
- e) Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005
- f) Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005.
- g) Corte IDH. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, sentencia del 15 de junio de 2005
- h) Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006.
- i) Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1 de febrero de 2006.
- j) Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- k) Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, sentencia del 26 de noviembre de 2008.
- l) Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010.
- m) Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012.
- n) Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarina (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013.
- o) Corte IDH. Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, sentencia de 14 de octubre de 2014.

- p) Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, sentencia de 25 de noviembre de 2015.
- q) Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015.
- r) Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015.
- s) Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y miembros vs. Brasil, sentencia de 5 de febrero de 2018.
- t) Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia de 24 de noviembre de 2020.

### Del análisis de esta jurisprudencia, es posible observar:

- a) La prevalencia del Derecho Internacional en materia ambiental y de desarrollo de pueblos indígenas, de conformidad a las obligaciones que han asumido los Estados miembros del SIDH.
- b) La mejora del nivel de aplicabilidad de la legislación ambiental y administrativa cuando se evalúa el contexto de contradicción entre los derechos e intereses de los pueblos indígenas y los Estados integrantes del SIDH.
- c) Existen elementos de identificación que son respetados por la Corte IDH respecto de los pueblos indígenas, comunidades indígenas y comunidades participantes, por que ello garantiza una primera condición de respeto y garantía a favor de grupos vulnerables, especialmente cuando se ejecutan acciones que pueden afectar tanto a la comunidad que plantea sus derechos como al ambiente.
- d) La jurisprudencia en todos los casos han empleado los *idiomas de trabajo* (Bermúdez-Tapia, 2000) de la Corte IDH y se observa que no hay registros en los cuales los pueblos indígenas se hayan comunicado en su propio idioma ante el Estado agresor en el ámbito de alguna audiencia en el procedimiento convencional (Bermúdez-Tapia, 2022, p. 165).

e) En el ámbito de la evaluación de los aspectos de fondo, se observa la especial diligencia de no tratar el impacto del *pluralismo legal* porque el SIDH se basa en una condición normativa establecida por los Estados Latinoamericanos al regular el ámbito jurisdiccional que se desprende la Organización de Estados Americanos.

Una condición que debería responder al hecho de que los Estados son los que deberían asumir una condición a favor de los pueblos indígenas en sus jurisdicciones (Rodríguez-Piñero, 2018, p. 59), pero que al generar una contradicción con sus propios intereses y expectativas económicas provoca una condición negativa en contra de quienes habitaban el territorio nacional antes del establecimiento de la República, siguiendo el modelo europeo del Estado-Nación (Almeida et al, 2005).

### 3. LA EVALUACIÓN DE DERECHOS INDIVIDUALES Y EL CONTEXTO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS E INTERESES DIFUSOS EN EL ÁMBITO AMBIENTAL

Un punto de referencia que genera una contradicción de posiciones debido al hecho de que cada evaluación de derechos e intereses tanto de forma “individual” como “colectivo” genera consecuencias diferenciadas (Bermúdez-Tapia, 2021 a, p. 487), especialmente en:

a) El contexto económico, esencialmente porque los intereses de los gobiernos se opone a los intereses de los Pueblos Indígenas, como antagonistas naturales (Deruyttere, 2003).

b) Esta condición permite detallar el desarrollo de la *consulta previa* (Bermúdez-Tapia, 2013, p. 587), respecto de la explotación o exploración de zonas o territorios en los cuales se genera una extracción de recursos que pueden ser biológicos, minerales, gasíferos o de minería no metálica.

- c) El contexto socio económico, esencialmente porque en las zonas en las cuales se ejecutan proyectos de inversión tanto en minería como en otra actividad extractiva, impacta en la población local, que esencialmente registra niveles de pobreza extremos.
- d) El contexto político, especialmente vinculado a contextos de tráfico de influencias entre los sectores gubernamentales y las empresas que requieren contar con el apoyo político y permisos administrativos para ejecutar sus actividades.
- e) El contexto cultural, porque la actividad extractiva en las zonas andinas o amazónicas en Latinoamérica ha provocado la interacción de la población local con el resto de la población del país y ante ello, los procesos de migración y también de mestizaje afectan la propia identidad y desarrollo de los pueblos indígenas, bajo riesgo de perder un valor cultural histórico.

Sobre esta base, las contradicciones resultan comunes y por ello los *conflictos sociales y políticos* que provocan procesos judiciales en el ámbito nacional y cuando los sistemas judiciales no logran ejecutar una evaluación diligente de los *intereses de los “otros”*, es que la recurrencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta necesaria.

#### 4. ELEMENTOS QUE PROVOCAN LA NECESARIA EVALUACIÓN DE LOS VALORES JURÍDICOS APLICABLES A LOS OBJETOS DE EVALUACIÓN

Dado que los Pueblos Indígenas registran un sistema normativo previo a cualquier sistema normativo expuesto en una “legislación”, es importante detallar que este valor tienen una intersección con el *sistema jurídico* que todos los países americanos registran. Para ello, podemos hacer la siguiente referencia:

**Cuadro N° 01*****Sistema Normativo y Sistema Jurídico***

	<b>Pueblos Indígenas</b>	<b>Estados</b>
Referencia pre existente a los Pueblos	<i>Sistema normativo, generalmente expuesto en la “costumbre”.</i>	
Referencia pre existente a los Estados	<i>Reglas o principios jurídicos cuyo valor subjetivo y coercitivo constituyen las “reglas jurídicas básicas” que definen el sistema normativo.</i>	
Referencia desarrollada por el Estado	<i>No desarrollan el concepto de Ley.</i>	<i>Ley.</i>
Referencia desarrollada en sociedades democráticamente organizadas	<i>Desarrollan un sistema colectivo de evaluación de acciones contrarias a la costumbre en la comunidad.</i>	<i>Jurisprudencia.</i>

*Fuente: Elaboración propia (Bermúdez-Tapia, 2018, p. 167).*

Esta perspectiva no es analizada ni en el ámbito nacional ni en el ámbito convencional, esencialmente porque los trabajos interdisciplinarios basados en la perspectiva de los Pueblos Indígenas no es vinculante en el ámbito de la SIDH.

Complementariamente es necesario detallar que se suele confundir *pluralismo jurídico* con las acciones *de mestizaje jurídico* que se desarrollan en muchos países que terminan por provocar cuestionamientos sobre la naturaleza jurídica de algunas instituciones (Estupiñan-Silva, 2014, p. 581).



En este sentido, es importante detallar:

a) Las Rondas Campesinas en el Perú, reguladas en el artículo 149º, no registran un antecedente objetivo respecto de la tradición normativa de la época incaica o pre incaica, con lo cual es necesario detallar que el verdadero origen fue *gamonal* porque los comuneros de chota querían proteger sus ganados ante la ausencia de la policía respecto de las actividades de los abigeatos (Bermúdez-Tapia, ).

b) En el ámbito latinoamericano, el análisis de los *pueblos afrodescendientes* no es uniforme en toda Latinoamérica, porque esencialmente cada país registra sus propias características.

En este sentido, en el Perú no existen *comunidades afrodescendientes*. Mantenemos una posición contraria al Ministerio de Cultura y a los grupos o colectivos de afrodescendientes porque esencialmente dicha población *formó* parte de la sociedad colonial y republicana, siendo integrada con la mayor parte de la población.

Una realidad totalmente diferente a la registrada en Colombia, Ecuador o Bolivia, donde los que escapaban de la esclavitud lograban generar una *comunidad* que en el tiempo logró tener una identidad.

c) El proceso de mestizaje es general, por tanto, existen muy pocas poblaciones *no contactadas* y solo Perú y Brasil registran estas poblaciones en términos objetivos porque en los demás países los procesos de inserción en zonas amazónicas, ha provocado que muchos pueblos indígenas se extingan por enfermedades y sobre todo por migración.

Consecuentemente, el impacto de esta contradicción de sistemas normativos permite detallar que aspectos puntuales, como la evaluación del *ambiente*, el manejo del *agua*, el manejo de la contaminación ambiental, la construcción de represas en cursos de agua, producción de alimentos nativos (Bermúdez-Tapia, 2021 b, p. 177), etc., permitan exponer la imperiosa necesidad

de *ver* en base a la perspectiva de los *otros*, porque cualquier sentencia de la Corte IDH no necesariamente favorecerá los intereses de los Pueblos Indígenas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Cavallo, G.; Algarín Herrera, G.; Arcaro Conci, L., Bermúdez-Tapia, M.; Garat, P.; Mendieta, D. **El control de convencionalidad: Ius Constitucionale Commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano**. Valencia: Tirant lo Blanch 2021

Almeida, I.; Arrobo Rodas, N. & Ojeda Segovia, L. **Autonomía indígena: frente al estado nación ya la globalización neoliberal**. Quito: Editorial Abya Yala, 2005

Bermúdez-Tapia, Manuel. La ley de consulta previa en el Perú, pp. 587-596, In: Aguilar Cavallo, G. (Dir.) **Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente**. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013

Bermúdez-Tapia, M. Derechos Humanos en el ámbito judicial. La tutela del plazo razonable y de la economía procesal”, pp. 319-332, In: Escalante López, S.; Armienta Hernández, G.; De Dienneim Barriguete, C.; López Castro, M. y Martínez Lazcano, A. (Coordinadores) **Derecho procesal convencional y la inconventionalidad. Textos jurídicos en homenaje a Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2016 a

Bermúdez-Tapia, M. (2016 b) La defensa de los derechos comunitarios en la jurisprudencia constitucional peruana, pp. 539-545, In: Cucarella Galiana, L. A. (Dir.) **Derecho Procesal Convencional, el nuevo desafío de la Justicia Constitucional**. Bogotá: Ediciones Nuevas Jurídica, Universitat de Valencia, 2016 b,

Bermúdez-Tapia, M. (2018) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, pp. 167-186, In: Martínez Lazcano, A. J., e Islas Colín, A. (Eds.) **Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional**. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

Bermúdez-Tapia, M. La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos sociales, pp. 487-504. In: Aguilar Cavallo, G. y Nogueira Alcalá,

H. (Coordinadores) **La evolución de los derechos sociales en un mundo global**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021 a.

Bermúdez-Tapia, M. La producción de alimentos nativos como inversión social para garantizar el derecho a la alimentación de poblaciones vulnerables en el Perú, pp. 177-198. In: Aguilar Cavallo, G. (Coordinador) **El derecho a la alimentación. Perspectiva Nacional y Latinoamericana**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021 b

Bermúdez-Tapia, M. (2022) La comunicación oficial del Estado hacia su población: idiomas oficiales, lenguas de trabajo y comunicación en el ámbito administrativo. **Revista de Derecho Yachaq**, N° 13, p. 165-174 <http://revistas.unsaac.edu.pe/.../ry/article/view/925/1153>

Castillo Córdova, L. La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, Vol. 17, N° 2, p. 15-52, 2019.

Deruyttere, A. **Pueblos indígenas, recursos naturales y desarrollo con identidad: riesgos y oportunidades en tiempos de globalización**. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2003.

Estupiñan-Silva, R. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. **Anuario mexicano de derecho internacional**, N° 14, p. 581-616, 2014

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo & Pelayo Moller, C. M. La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. **Estudios constitucionales**, Vol. 10, N° 2, p. 141-192, 2012.

Nogueira Alcalá, H. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010. **Revista chilena de derecho**, Vol. 39, N° 1, p. 149-197, 2012.

Rodríguez-Piñeór Royo, L. (2018). La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional. Del colonialismo al multiculturalismo. **Revista Trace**, N° 46, p. 59-81.

## REFERENCIAS DIGITALES

Corte IDH (2018) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N° 11, Pueblos Indígenas y Tribales*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>

Corte IDH (2004). “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia del 19 de noviembre de 2004.

Corte IDH (1994). La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108 doc. 62, del 20 octubre 2000. Comité de Derechos Humanos, Observación General No 23, 6 de abril de 1994.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte IDH (1993). *Caso Aloeboetoe vs. Surinam*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

Corte IDH (1999) *Caso Castillo Petruzzzi y otros vs. Perú*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)

Corte IDH. (2001) *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)

Corte IDH (2001) *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)

CIDH (2001) *Caso Barrios Altos vs. Perú*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

Corte IDH (2001) *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf)

CIDH (2003) *Caso Juan Pablo Bustos y otros vs. Chile*. [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=263&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=263&lang=es)

Corte IDH (2004). *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_116\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf)

Corte IDH (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

Corte IDH (2005). *Caso Yatama vs. Nicaragua*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf)

Corte IDH (2005). *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf)

CIDH (2006) *Caso Almonacid y otros vs. Chile*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Corte IDH (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)

Corte IDH (2006). *Caso López Álvarez vs. Honduras*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

CIDH (2006) *Caso La Cantuta vs. Perú*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

Corte IDH (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

Corte IDH (2008). *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tiu\\_tojin\\_16\\_05\\_11.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tiu_tojin_16_05_11.pdf)

Corte IDH (2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)

Corte IDH (2012). *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Corte IDH (2013). *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarina (Operación génesis) vs. Colombia*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_270\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf)

Corte IDH (2014). *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_284\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf)

Corte IDH (2015). *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)

Corte IDH (2015). *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf)

Corte IDH (2015). *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_305\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_305_esp.pdf)

Corte IDH (2018). *Caso Pueblo Indígena Xucuru y miembros vs. Brasil*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf)

Corte IDH (2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf)

# 8

## EL DESAFÍO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### THE CHALLENGE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DIGITAL ERA: THE FREEDOM OF EXPRESSION

**Diana Marcela Peña-Cuellar**

Colombiana, Docente y Co-directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia, Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios. Directora del Instituto de Investigaciones de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y miembro activo de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Estudiante de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: d.pena@udla.edu.co (ORCID: 0000-0002-2161-9430).

#### RESUMEN

Con ocasión a los avances tecnológicos de la *época* y la aparición de nuevas formas de comunicarse, el internet se ha convertido en una herramienta de amplia utilización para expresar ideas, pensamientos y difundir información. Lo anterior, ha conllevado a que el derecho a la libertad de expresión

se confronte con otros como la honra o el buen nombre. Por lo precedente, se abordó desde una metodología descriptiva de enfoque cualitativo, el estudio de la libertad de expresión en las redes sociales a partir de las dimensiones de los derechos humanos y desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concluyendo finalmente que en Colombia se ha adoptado un test y algunos criterios para limitarlo, no obstante continúa siendo un desafío.

**PALABRAS CLAVES:** Libertad de expresión; Redes Sociales; Corte Constitucional; Test tripartita.

*Recibido el: 26.11.2021*

*Aceptado en: 18.04.2022*

## INTRODUCCIÓN

El surgimiento de nuevas tecnologías ha conllevado a que se desarrollen novedosas formas de comunicarse. De ahí, que se ofrezca una amplia gama de posibilidades para que las personas interactúen, por lo que el internet se ha convertido en un espacio idóneo para efectuar expresiones culturales, personales y comunitarias.

Es así, como la exteriorización de ideas y pensamientos han tenido trascendencia tanto para las luchas incesables de grupos poblacionales, como también para las relacionadas desde la esfera personal. Estas situaciones pueden sufrir confrontaciones con otros derechos, tales como la honra o el buen nombre.

Por lo anterior, en el presente artículo se estudia la libertad de expresión como parte de los derechos humanos, desde una



perspectiva general, involucrando sus dimensiones y alcances, posterior, se aterriza en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional acerca de este derecho desde la perspectiva de las redes sociales, para finalmente argüir que actualmente en Colombia se desata un desafío frente a su limitación.

## 2. DE LOS DERECHOS HUMANOS: SUS DIMENSIONES Y CARACTERÍSTICAS

La constitucionalización del derecho ha incidido en el reconocimiento del hombre por el hombre, implicando esto que en las sociedades democráticas exista la aplicación del principio pro homine como base fundamental del Estado.

Por ello, el reconocimiento de los derechos humanos a través de la historia ha generado evolución en la concepción de garantías para las personas, por ello, con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se da la exigencia del reconocimiento y concepción de un plexo de derechos que deben estar armonizados en la constitución, sirviendo esto, de base para más adelante la declaración universal de derechos humanos.

Diversos autores convergen en que los derechos humanos son todas aquellas prerrogativas personalísimas que son esenciales en el plano político y social, oponibles al Estado y frente a terceros.

Al respecto, indica Canosa *“Si la dignidad es, en palabras de Häberle, la premisa cultural antropológica el Estado constitucional, los derechos, inherentes a ella, son sus manifestaciones señeras y, por eso mismo, son fundamentales”*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Raúl Canosa Usera, El derecho a la integridad personal, 2006. (Editorial Lex Nova. Valladolid-España). Pág. 71

entonces, diríamos que reconocer en principio la dignidad humana es aceptar intrínsecamente el valor del ser humano y por lo tanto el desarrollo personal.

Así las cosas, la dignidad hace parte del eje definitorio de los Derechos Humanos siendo la piedra angular de todas las prerrogativas de las que goza una persona.

## 2.1 Dimensiones

Miguel Reale, sostiene que *“donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre un hecho subyacente; un valor que confiere determinada significación a ese hecho, indicando o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor”*<sup>2</sup>. Según la teoría tridimensional propuesta por el autor antes señalada, la realidad jurídica obedece a tres dimensiones: una normativa, una histórico-fáctica y, una valorativa, las cuales se exponen a continuación:

### 2.1.1 La dimensión normativa

Establece la validez, aquello por lo cual el derecho se caracteriza sobre la vida social que es la pretensión de regular y orientar el sentido de las conductas sociales; de ahí que, el derecho se presente como una norma, un mandato o una regla de conducta coercitiva que se caracteriza por su función normativa<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Miguel Reale, *Teoría Tridimensional del Derecho*, 1997 (México: Editorial Tecnos, 1997).

<sup>3</sup> Derecho UNED: 1.3. Dimensiones básicas del Derecho: la pluridimensionalidad del fenómeno jurídico. Encuéntrese en la página web: <https://derechouned.com/libro/teoria/3090-dimensiones-basicas-del-derecho>

La normatividad y validez de los actos jurídicos es un requisito esencial para la norma jurídica, pues, es en el carácter de validez en el que encuentra sustento, de ahí que se considere cómo el verdadero derecho.

Ahora bien, la dimensión normativa supone que los derechos humanos tienen un lugar especial dentro del ordenamiento jurídico, ya que al estar reconocidos en la constitución entran a tener una serie de funciones específicas en todo el sistema.

### 2.1.2 La dimensión histórico-fáctica

En esta dimensión se hace referencia a aquellos hechos que han sido normados, por-ello se consideran desde el punto de vista de producción, del seno del grupo social organizado encuadrando conductas sociales.

En principio, la dimensión histórico-fáctica representa la eficacia misma del derecho, es eficaz cuando en el contenido de la norma se plasman los hechos sociales que regulan.

Vista de otra manera, esta dimensión se puede emplear los hechos socialmente relevantes para fijar las líneas que el poder del Estado debe seguir, puesto que necesita actuar legítimamente, de ahí que se exprese en palabras de la profesora María del Carmen *“está dimensión tiene una carga histórica, que es otra forma de referirse a la efectividad del poder”*<sup>4</sup>.

### 2.1.3 Dimensión valorativa

La dimensión valorativa representa la justicia misma perseguida por el derecho, y es que todo hecho socialmente

<sup>4</sup> María del Carmen Barranco Avilés. Dimensiones básicas de los derechos fundamentales. Encuéntrase en el link: <https://derechosfundamentales.org/dimensiones-basicas-de-los-derechos-fundamentales/>

relevante y que esté normado a la vez es valioso para el derecho. De este modo, se sostiene que se presenta como un valor. El derecho es portador de unos valores, especialmente el valor de la justicia; este lo intenta proyectar sobre la realidad fáctica desde una perspectiva jurídica.

Desde esta dimensión, la justicia permite plantear los límites para distinguir entre lo que es moralmente reprochable y lo que no es. El primer punto que hay que determinar es el agente moral, es decir, el ser humano y cuáles son las consecuencias de su conducta en el plano material. Además, cuál es la exigencia qué derecho tiene para él con respecto a sus semejantes.

La justicia viene siendo un valor intrínseco del derecho, y es que el derecho pretende plasmar valores en la sociedad. La justicia es pues, el fundamento que legitima todo el accionar del derecho, puesto que, el derecho injusto no es derecho, carece de validez tanto ética, moral, como material, es decir, carece de legitimidad.

Así las cosas, la conjunción de los tres elementos conduce al análisis que debe hacerse con respecto a los derechos humanos teniendo en cuenta que desde una perspectiva normativa existen, desde un punto fáctico, sirve para determinar qué hecho es objeto de este, y desde una mirada valorativa, determinan el alcance.

De igual modo, el derecho ejerce una interacción dinámica y dialéctica con los tres elementos que lo integran, es importante determinar que el conocimiento que se tenga con respecto a cada uno de los elementos va a supeditar los saberes jurídicos con los cuales se va a presentar una mayor o menor interacción con los medios de protección de los mismos derechos humanos.

## 2.2 Características

En línea con lo previamente establecido, vale indicar que la Corte Constitucional de Colombia ha determinado la dependencia y unidad de los derechos humanos con la protección de la dignidad humana y establece:

“Los derechos humanos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros. Esta interdependencia y unidad de los derechos humanos tiene como fundamento la idea de que para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren una mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social”<sup>5</sup>.

Así mismo, sectores doctrinales clasifican a los derechos con base a esta unidad:

- “Derechos humanos en derechos de libertad, provenientes de la tradición liberal.
- Derechos de participación, que son desarrollo de la filosofía democrática.
- Derechos sociales prestacionales, que corresponden a la influencia de las corrientes de orientación social y socialista”<sup>6</sup>.

Otros los clasifican como derechos de primera generación (civiles y políticos), de segunda generación (económicos, sociales

<sup>5</sup> Sentencia C-251- 97 Corte Constitucional

<sup>6</sup> Sentencia C-251- 97 Corte Constitucional

y culturales) y de tercera generación (colectivos y de medio ambiente).

Así las cosas, en cuanto a los derechos civiles y políticos en palabra del profesor Nikken, son *aquellos que tienen por objeto la tutela de la libertad asegura y la entidad física y moral de la persona así como de su derecho participar en la vida pública*<sup>7</sup>. En este orden de ideas, ese tipo derechos se oponen a que el Estado invada esa esfera personal relativa a la integridad, la libertad y la seguridad del individuo.

La existencia de este tipo derecho radica en el orden jurídico, puesto que, esta íntimamente ligada a la idea de un orden social estable en el que el Estado deberá reconocer y garantizar. Por ello, el Estado es responsable de las infracciones que se den torno a estos, se trata entonces, de derechos que son de carácter exigible y cuyo respeto representa una obligación susceptible de un control jurisdiccional.

Ahora bien, se conciben desde una dimensión individual, y particular, que tiene por propósito evitar la injerencia del Estado en los atributos del ser humano, en consecuencia, son derechos que se ejercen frente y en contra el mismo Estado y que proveen un actuar de dichas prerrogativas, adquiriendo por parte del poder central los medios sencillos y eficaces para defenderse frente al ejercicio del poder público. En este caso, el aparato estatal está obligado tanto a respetarlos como a garantizarlos, implicando que no se puede actuar más allá de la esfera del principio *pro homine*.

<sup>7</sup> Pedro Nikken, El concepto de derechos humanos, p. 21. Encuéntrese en la página web: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/comyddhlic/wp-content/uploads/sites/152/2021/08/1-Nikken-El-Concepto-de-Derechos-Humanos.pdf>

Por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales desde el ámbito de la dignidad humana se refieren a existencia de condiciones de vida y acceso a los bienes, su observancia se relaciona con la conquista de un orden social justo donde lo que impera es una correcta distribución de los bienes que se debe alcanzar, de tal manera, que se satisfagan las condiciones de existencia mínimas vitales y que le permita al individuo un desarrollo estable.

En este orden de ideas, un aspecto relevante de este tipo de derechos radica en la exigibilidad, la cual está condicionada a la existencia de los recursos económicos para su satisfacción.

Por otro lado, de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, se sustrae como característica de los Derechos Humanos, las siguientes:

- **Universales e Inalienables:** El principio de universalidad indica que todos los seres humanos, sin distinción alguna tienen el mismo nivel de protección a gozar de sus derechos, lo que lo vuelve inalienable, es decir están en cabeza de las personas y no pueden suprimirse, salvo determinadas situaciones concretas bajo un procedimiento adecuado.
- **Indivisibles e Interdependientes:** Significa que los derechos en conjunto no pueden disfrutarse plenamente sin que existan los otros, de ahí que se goce por ejemplo de todos los derechos civiles y políticos en ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales, de igual modo la violación de uno de estos derechos puede implicar la violación de muchos otros.
- **Equitativo y no Discriminatorio:** La Declaración Universal de Derechos humanos establece en su artículo 1:

*“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos<sup>8</sup>”*. En cuanto a la ausencia discriminación es la que garantiza esa igualdad y trasciende toda la esfera de la persona y supone que el Estado debe otorgar los instrumentos propios para que este tipo de situaciones no ocurran.

En vista de lo anterior, resulta oportuno establecer que varios autores han presentado una distinción entre la noción de derechos humanos y derechos fundamentales:

“Muchos autores han intentado encontrar la diferencia entre estas dos categorías en su estructura, por lo que asimilan los derechos humanos a los principios en virtud de su generalidad y los derechos fundamentales a las normas jurídicas. Esto trae consigo más confusiones que respuestas, ya que ambos establecen una forma de deber ser y en mi opinión tienen la misma estructura lógica: un supuesto de hecho, una cúpula y una sanción, esto es, derechos y obligaciones”<sup>9</sup>

Compartiendo la postura de Huerta, C., para la suscrita la diferencia radica en la exigibilidad del Derecho, lo cual está íntimamente ligado, con la territorialidad, eficacia y efectividad, tal es así que, los derechos humanos tienen un alcance universal, pues se reconocen a todas las personas en el mundo desde el momento de su nacimiento. Por su parte, los derechos fundamentales se encuentran vinculados a medios de control que garantizan el ejercicio de esas libertades y derechos. Se consideran como derechos subjetivos públicos que facultan al gobernado

<sup>8</sup> Artículo 1, Declaración Universal de Derechos Humanos. Encuéntrase en la página web: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

<sup>9</sup> Carla Huerta, sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. s.f. Encuéntrase en el link: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28772.pdf>



para reclamar una acción u abstención frente al Estado que tiene la obligación correlativa<sup>10</sup>.

Tal es así, que la Corte Constitucional colombiana, ha considerado que la eficacia de los derechos humanos encuentra su desarrollo en dos cualidades la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera se refiere a cumplimiento de los fines de la administración y la segunda, se relaciona con los medios que se eligen para cumplir con esos objetivos. *“Es por ello por lo que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho”*<sup>11</sup>. Ahora bien, el logro de la observancia de los derechos humanos reside en el cumplimiento de los fines del estado asegurando así una óptica de desarrollo individual, pero para ello se necesita de *“una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho”*<sup>12</sup>.

Ahora, al margen de la discusión que representa la distinción antes señalada y con el propósito de abordar el cuestionamiento formulado, es pertinente sostener que la libertad de expresión es un derecho humano, tanto así que está consagrado en la declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 y así mismo en los términos internos del Derecho Colombiano, es un Derecho Fundamental. Por lo que a continuación se establecen una serie de argumentos y desarrollo normativos de este derecho en las redes sociales.

<sup>10</sup> Carla Huerta, sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. s.f. Encuéntrese en el link: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28772.pdf>

<sup>11</sup> Sentencia T-068-98 Corte Constitucional de Colombia

<sup>12</sup> Sentencia T-068-98 Corte Constitucional de Colombia

### 3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES Y SU LIMITACIÓN COMO UN DESAFÍO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Las redes sociales hoy representan un espacio interacción social masiva, lo que conlleva además a contener un alto potencial para vulneración de derechos, entre ellos, un derecho que está íntimamente asociado a las redes sociales es la libertad de expresión. En este mismo sentido, la libertad de expresión ha sido catalogada como un derecho humano, así que se ha regulado a nivel internacional y nacional, ha sido prevista en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros. En Colombia, los tratados de derechos humanos se integran por medio del bloque de constitucionalidad y tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico en virtud del artículo 93 y 94 de la Constitución.

Así mismo, a nivel constitucional el derecho a la libertad de expresión está previsto en su artículo 20, por lo que ha recibido un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

En este sentido y bajo el entendido que la libertad de expresión es uno de ejes de las sociedades democráticas actuales, tal como ha sido previsto en la Carta Democrática Interamericana, al establecer:

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

Ahora, los avances tecnológicos han conllevado a presentar nuevas problemáticas, por lo que se torna oportuno abordar su restricción en su ámbito de opinión en redes sociales a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, quien ha acogido los postulados desarrollados por la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

### 3.1 *Regulación normativa*

En consecuencia, debe indicarse que la expresión de ideas, pensamiento y comunicación de información ha tenido una evolución y protección con el paso del tiempo, por lo que fue incluido dentro de la Declaración de Derechos Humanos, así:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión<sup>13</sup>.

Por su parte, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se estableció en el artículo 13, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión:

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.

(...)

<sup>13</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Encuéntrese en la página web: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Igualmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 19) se señala:

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 públicas.

En ese sentido, se ha entendido que el derecho a libertad de expresión posee tres perspectivas: i) El derecho a expresar ideas, opiniones y emitir información de toda índole; ii) El derecho a acceder, buscar y recibir información; iii) El derecho a difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de expresión<sup>14</sup>.

Por último, se encuentra la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, en la cual se adoptó como principio que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Silvia Chocarro. Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina. Agosto de 2017. Center for International Media Assistance (CIMA).

<sup>15</sup> Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la

De otra parte, a nivel interno colombiano, en la Constitución de 1991, dentro de los derechos catalogados como fundamentales se previó:

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Es decir, del artículo 20 constitucional se desata lo siguiente:

- Libertad de expresar y difundir opiniones
- Informar y recibir información
- Fundar medios masivos de comunicación
- No censura

Por otro lado, y toda vez que, la libertad de expresión en cualquiera de sus ámbitos puede contraponerse con otros derechos, debe indicarse que también existe una protección al receptor de la información, ya que se ciñe a que la información difundida debe obedecer a que esta sea veraz e imparcial. Lo anterior con fundamento en:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

---

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, “*Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>.

Artículo 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

Es decir, la libertad de expresión desde la perspectiva de la información es un derecho de doble vía, tal como lo enunció la Corte Constitucional en sentencia T-512 de 1992:

No puede sacrificarse impunemente la honra de ninguno de los asociados, ni tampoco sustituir a los jueces en el ejercicio de la función de administrar justicia, definiendo quiénes son culpables y quiénes inocentes, so pretexto de la libertad de información.

### 3.2 *Desarrollo jurisprudencial*

Al respecto del desarrollo del derecho a libertad de expresión la Corte Constitucional ha proferido sentencias de tutela, unificación y constitucionalidad marcando derroteros sobre este derecho. Como bien se ha mencionado en líneas atrás, el derecho a la libertad de expresión tanto a nivel internacional como nacional comprende diferentes ámbitos de protección. Por un lado, se encuentra la protección de información y por el otro la difusión de opinión y pensamiento.

Por ende, estando la libertad de opinión enmarcada dentro de la libertad de expresión y en virtud de su consagración como un derecho humano y fundamental, teniendo en cuenta la vigencia de la era digital, donde existe un nuevo medio de interacción como el internet y las redes sociales. De las providencias de la Corte Constitucional, acogiendo criterios de especificidad y temporalidad, frente al primero se estudió exclusivamente las sentencias donde se ve incluido el derecho de opinión en redes sociales, y frente al segundo, luego de efectuada la búsqueda se avizoró que sólo a partir del año 2007 con sentencia T-391

de 2007 la Corte Constitucional se pronunció acerca de la aplicación de la libertad de expresión en redes sociales, por lo que las sentencias objeto de estudio son aquellas proferidas desde el año 2007.

Del análisis efectuado y como se planteó en el escrito “*Análisis Jurisprudencial Del Derecho a Libertad de Expresión en Redes Sociales: Corte Constitucional Colombiana*”<sup>16</sup> en coautoría con Vidal-Lasso, A.D., publicado en la revista *Primera Instancia*, desde la sentencia SU- 056 de 1995 hasta la sentencia T- 361 del 2019, se ha sostenido jurisprudencialmente que el derecho a la libertad de expresión es pilar fundamental como base esencial del Estado Democrático y está comprendido en diferentes ámbitos, entre ellos, la libertad de opinión y la libertad de información, el primero se deriva de un carácter subjetivo, en donde, está involucrado las ideas y el pensamiento y goza protección para todas las personas, por su parte, el segundo, la libertad de información trae consigo un carácter de doble vía y existe un deber de que lo comunicado sea veraz e imparcial; además, está previsto para quien desempeña una profesión de comunicación.

Con la sentencia T 391 de 2007, se estableció el alcance de protección del derecho a la libertad de expresión, así:

- (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso,

<sup>16</sup> Diana Marcela Peña-Cuellar, Astrid Daniela Vidal-Lasso, *Análisis Jurisprudencial Del Derecho a Libertad de Expresión en Redes Sociales: Corte Constitucional Colombiana*. *Revista Primera Instancia* (Julio-Diciembre, 2020). Encuéntrese en la página web: <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2020/09/ANÁLISIS-JURISPRUDENCIAL-DEL-DERECHO-A-LA-LIBERTAD-DE-EXPRESIÓN-EN-REDES-SOCIALES.-CORTE-CONSTITUCIONAL-COLOMBIANA-Diana-Marcela-Peña-Cuellar-y-Astrid-Daniela-Vidal-Lasso.pdf>

artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cubre tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, calificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, calificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

En dicho sentido, se manifestó que la aplicación del derecho en cuestión en medios como el Internet, goza de presunción de prevalencia y las autoridades que pretendan establecer una limitación deben cumplir con los estándares internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tratados internacionales de derechos humanos y seguir tres cargas especiales -



*Carga definitoria, Carga argumentativa, Carga probatoria*- cuya verificación compete al juez constitucional:

- *Carga definitoria*: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación.
- *Carga argumentativa*: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante.
- *Carga probatoria*: Las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una red como el Internet, para limitar el derecho a la libertad de expresión se debe acudir al *test tripartito*<sup>17</sup>, esto es:

<sup>17</sup> Diana Marcela Peña-Cuellar, Astrid Daniela Vidal-Lasso, Análisis Jurisprudencial Del Derecho a Libertad de Expresión en Redes Sociales: Corte Constitucional Colombiana. *Revista Primera Instancia* (Julio-Diciembre,

- Taxatividad/ Legalidad: la limitación del derecho a la libertad de expresión se encuentre contemplada en la ley;
- Prevalencia: la limitación se pretenda garantizar el respeto por los derechos o la reputación de los demás, o la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas;
- Necesidad: sin perjuicio de la presunción de la cobertura de la libertad de expresión, existen expresiones que no se protegen por estar manifiestamente prohibidas en el derecho internacional.

Así mismo, está prohibido las opiniones y discurso que giren o inciten a: i) la pornografía infantil; ii) al genocidio; iii) la propaganda a la guerra; y iv) la apología del odio que constituya incitación a la violencia.

Por otro lado, en sentencia como la T- 179 de 2019, T-155 de 2019, T-1319 de 2001 entre otras, se dejó por sentado que la valoración para limitación del derecho a la libertad de opinión debe ser con base en el contexto y este estándar se convierte en mandato imperativo para el juez constitucional. Los criterios para la valoración del contexto son:

- i. Quién comunica: Es decir, el sujeto que se expresa, verbigracia, sus calidades para determinar si se trata de un mayor de edad, personaje público, persona jurídica o particular, si quien se expresa pertenece a un grupo discriminado o es un sujeto en condición de vulnerabilidad.

---

2020). Encuéntrese en la página web: <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2020/09/ANÁLISIS-JURISPRUDENCIAL-DEL-DERECHO-A-LA-LIBERTAD-DE-EXPRESIÓN-EN-REDES-SOCIALES.-CORTE-CONSTITUCIONAL-COLOMBIANA-Diana-Marcela-Peña-Cuellar-y-Astrid-Daniela-Vidal-Lasso.pdf>

- ii. *De qué o de quién se comunica*: Comprende dos elementos, uno el contenido, el cual debe ser es preciso, detallado, soportado en fuentes o información confiable, o si se trata de afirmaciones generales, indicativas y apreciativas de determinada persona o situación. El segundo, se trata del perfil del sujeto que alega el agravio, los discursos especialmente protegidos y los discursos expresamente prohibidos (...)
- iii. *A quién se comunica*: corresponde identificar quién recibe el mensaje, desde sus cualidades hasta el número de receptores. Con respecto a las cualidades del público receptor, el juez debe analizar si es indeterminado o es una audiencia identificable. También, la incidencia del mensaje sobre sujetos de especial protección como, por ejemplo, un público menor de edad<sup>18</sup>.
- iv. *Cómo se comunica*: el juez debe precisar el tipo de expresión, es decir, si es una forma escrita, oral, gráfica, simbólica, artística, participación en marchas, manifestaciones o distribución de volantes, o si se trata de una expresión de silencio – como forma legítima de expresión -. Junto a esto, debe ser evaluado el impacto del mensaje o su comunicabilidad, es decir, si lo expresado tiene la capacidad de transmitir el contenido que se desea difundir. Con este último punto, el juez estudiará si el mensaje es de fácil interpretación para el público receptor.
- v. *Cuál es el canal o medio por el que se comunica*: el operador judicial deberá evaluar las especificidades del medio o foro a través del que se efectúan las expresiones,

<sup>18</sup> Sentencia T-391 de 2007. En desarrollo del artículo 44 Superior, corresponde evitar la difusión de contenido perjudicial para el bienestar de los menores o para su desarrollo integral.

atendiendo a las particularidades del caso concreto. Para tal fin, cobran importancia, por ejemplo, la capacidad de penetración del medio o foro, y las herramientas que el medio o foro ofrecen al agraviado para reaccionar ante el contenido difundido.

Al respecto del contexto, existen diversos grupos poblaciones a los cuales gozan de una protección constitucional reforzada. En el caso de las mujeres se ampara su derecho a libertad de expresión en redes sociales cuando rechazan o denuncian actos sexistas o acoso en su contra.

Por último, el máximo Tribunal Constitucional, en sentencia T277 de 2015 y Auto 285 de 2018, sostiene que no existe responsabilidad de los intermediarios en Internet por el contenido difundido a través de redes sociales, de hacerlo, implicaría una revisión previa a la publicación de ideas o pensamientos, lo que implicaría la vulneración del derecho a la libertad de expresión; como tampoco, se puede expedir, una orden de creación o expedición de Ley para regular el flujo de información en la red, de hacer concretaría vulneración al derecho constitucional del artículo 20.

## CONCLUSIONES

Desde una concepción democrática, el poder no puede ejercerse de manera lícita al antojo de su titular, sino que debe hacerse bajo la observancia de los derechos individuales y no contra ellos. Entonces, el ejercicio de poder estatal debe sujetarse a reglas que comprendan la protección y garantía de los derechos humanos.

La definición de las dimensiones del ejercicio del poder estatal subordina el ejercicio del poder a los atributos inherentes a la dignidad humana de ahí que configuren el Estado Social de Derecho.

El estado está obligación esencial de velar por la protección de los derechos humanos, a saber, que progresivamente debe legislar debido a dicha protección; ello implica que haya una progresión de las medidas necesarias para hacer efectivos dicho derechos. La obligación de tomar estas medidas reside en la estructura misma del estado colombiano. Al ser un estado social de derecho ello implica que se está en la obligación de realizar procesos encaminados a la edificación de políticas estatales propias que permitan el desarrollo de los individuos dentro del territorio nacional en concordancia con lineamientos internacionales que regulan aspectos de la vida en sociedad. Al respecto la corte ha dicho, *“en general los derechos sociales implican una prestación pública, la cual supone la existencia de unos determinados recursos y la necesidad de poner en marcha las instituciones prestatarias de los servicios, se reconoce la plena efectividad de todos los derechos”<sup>19</sup>*

Es así como, la libertad de expresión se considera un derecho humano y fundamental a la luz de la legislación colombiano, por lo que en su sentido estricto debe ser concebida desde un ámbito subjetivo puesto que deviene de la conciencia de la persona.

Finalmente, la libertad de expresión en el auge actual de las tecnologías ha encontrado una enorme cabida, lo que conlleva a un desafío del Derecho, especialmente frente a sus restricciones. Frente a esto, la Corte Constitucional en sus sentencias ha consagrado que existen limitaciones jurídicas al derecho a libertad de opinión en redes sociales, las cuales son convencionales y constitucionales; i) las convencionales se han integrado en razón al control difuso realizado por la Corte Constitucional y consiste

<sup>19</sup> Sentencia C-251- 97 Corte Constitucional de Colombia

en implementar el test tripartita para restringir el derecho a libertad de expresión establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, y, ii) las constitucionales, se derivan de las providencias del Tribunal Constitucional, debiendo el juez verificar las siguientes cargas: Carga definitoria, Carga argumentativa, Carga probatoria. Por último, se sostiene que no puede existir restricción o control del contenido a publicar en redes sociales, de hacerlo se consideraría censura, por lo que las limitaciones se deben verificar a *posteriori*.

## BIBLIOGRAFÍA

Barranco Avilés, María del Carmen. *Dimensiones básicas de los derechos fundamentales*. Encuéntrese en el link: <https://derechosfundamentales.org/dimensiones-basicas-de-los-derechos-fundamentales/>

Carta Democrática Interamericana, vigésimo octavo período extraordinario de sesiones 11 de septiembre de 2001

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

Chocarro, Silvia. *Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina*. Agosto de 2017. Center for International Media Assistance (CIMA).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948

Declaración Universal de Derechos Humanos. Encuéntrese en la página web: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Derecho UNED: 1.3. *Dimensiones básicas del Derecho: la pluridimensionalidad del fenómeno jurídico*. Encuéntrese en la página web: <https://derechouned.com/libro/teoria/3090-dimensiones-basicas-del-derecho>

Huerta, Carla. *Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos*. s.f. Encuéntrese en el link: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28772.pdf>

Nikken, Pedro. *El concepto de derechos humanos*, p. 21. Encuéntrese en la página web: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/comyddhhlic/wp-content/uploads/sites/152/2021/08/1-Nikken-El-Concepto-de-Derechos-Humanos.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976.

Peña-Cuellar, Diana Marcela y Vidal-Lasso, Astrid Daniela, *Análisis Jurisprudencial Del Derecho a Libertad de Expresión en Redes Sociales: Corte Constitucional Colombiana. Revista Primera Instancia* (Julio-Diciembre, 2020). Encuéntrese en la página web: <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2020/09/ANÁLISIS-JURISPRUDENCIAL-DEL-DERECHO-A-LA-LIBERTAD-DE-EXPRESIÓN-EN-REDES-SOCIALES.-CORTE-CONSTITUCIONAL-COLOMBIANA-Diana-Marcela-Peña-Cuellar-y-Astrid-Daniela-Vidal-Lasso.pdf>

Reale, Miguel. *Teoría Tridimensional del Derecho*, 1997 (México: Editorial Tecnos, 1997).

Usera, Raúl Canosa. *El derecho a la integridad personal*, 2006. (Editorial Lex Nova. Valladolid-España). Pág. 71

Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>

Sentencia T-512 de 1992, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia SU- 056 de 1995, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T- 104 de 1996, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-251 de 1997, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-068 de 1998, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C- 010 de 2000, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C- 505 de 2000, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia SU-1721 de 2000, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia SU-1723 de 2000, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-637 de 2001, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-1319 de 2001, Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-235A de 2002, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia C-650 de 2003, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-391 de 2007, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-277 de 2015, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-145 de 2016, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-063 de 2017, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-244 de 2018, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-243 de 2018, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia A-285 de 2018, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-361 de 2019, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-179 de 2019, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-155 de 2019, Corte Constitucional de Colombia  
Sentencia T-102 de 2019, Corte Constitucional de Colombia



# 9

## POLÍTICAS PÚBLICAS E A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO A ÁGUA E AO SANEAMENTO E A QUESTÃO ENERGÉTICA NO BRASIL

### PUBLIC POLICIES AND THE UNIVERSALIZATION OF ACCESS TO WATER AND SANITATION AND THE ENERGY ISSUE IN BRAZIL

**Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho**

Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA) e do Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas (PPGDir-UFAM). Membro do Grupo de Estudos de Direito de Águas (GEDA/UEA) e do Núcleo de Pesquisa em Direito de Águas (NPDA/UFAM).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1203576344531897> ORCID:  
<https://orcid.org/0000-0001-7170-021>

**Lucyléa Thomé de Paiva**

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental (PPGDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

### RESUMO

Sabe-se que a água é um direito humano e pela sua essencialidade deve ter o seu acesso universalizado a todo ser humano. Apesar de seu status, acesso ainda está longe de acontecer no

Brasil, deixando milhares de brasileiros sem esse serviço básico. Diversos são os fatores que influenciam no déficit desse acesso, dentre eles, abordamos uma das principais barreiras, as políticas públicas que em sua maioria são deficientes e excluem as pessoas mais vulneráveis socioeconomicamente, apontando como uma das possíveis soluções, a redistribuição dos recursos financeiros de modo que haja êxito na universalização desses serviços. O aspecto energético não pode estar dissociado dessa discussão vez que a matriz escolhida pelo Brasil tem na água seu ápice na produção de energia. A metodologia foi a utilização da literatura e da legislação sobre o tema. Conclui-se que água potável, energia e saneamento básico no Brasil são políticas públicas que ficam amplamente a desejar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saneamento; Universalização; Políticas Públicas; Energia.

*Recibido em: 20.02.2022*

*Aceito em: 20.04.2022*

## INTRODUÇÃO

A água é essencial à sobrevivência humana e apresenta-se na seara internacional e nacional como recurso e bem ambiental supremo dentre os demais, tornando-se uma das maiores preocupações do século XXI, pois reflete diretamente na saúde, na qualidade de vida e no bem-estar social.

Reconhecido no ano de 2010 pela ONU como um direito humano, o acesso à água potável reafirma a necessidade de positivamente de medidas protetivas pelos governos dos países signatários, que devem ter como objetivo legítimo em suas políticas públicas a universalização do seu acesso, estabelecendo normas, ações e planos que tratem sobre a sua disponibilidade e qualidade.

Apesar deste reconhecimento como direito humano, foi somente nos últimos dez anos que a água passou a ser uma das questões principais na agenda política nacional (PETRELLA, 2002, p. 15). Ademais, alcançar a universalização do acesso à água potável no Brasil é sinônimo de desafios, principalmente no que se refere a gestão de políticas públicas. Para Petrella (2002), é dever da política estatal garantir o interesse geral da população, sem discriminações por raça, gênero, religião ou renda, entretanto, a realidade mostra que, no Brasil, a universalização desse acesso ainda está distante de acontecer.

De acordo com o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS, 2020) cerca de 35 milhões de brasileiros não tem acesso à água potável. Isso mostra que esse acesso ocorre de maneira deficiente e desigual, atingindo principalmente regiões periféricas dos centros urbanos, pessoas pobres e zonas rurais. Essa desigualdade no acesso gera conflitos pelo uso da água e tem o potencial de impactar significativamente as economias locais e o bem-estar humano.

Na maioria dos casos, o problema não está apenas na forma de distribuição, captação e tratamento da água, mas sim, na ausência de uma gestão efetiva dos recursos públicos e da implementação de políticas públicas que considerem as realidades locais, sobretudo, das populações marginalizadas.

Portanto, é necessário repensar as políticas públicas de universalização do acesso à da água com mecanismos eficazes, considerando, em especial, a equidade e a justiça ambiental, pois esses princípios corroboram para a diminuição dos quadros de vulnerabilidade socioambiental, que hoje representa a maioria em nosso país, e impactam diretamente a saúde, o meio ambiente e a cidadania. Outro ponto abordado foi a questão energética,

por conta dessa ser a matriz utilizada no Brasil para geração de energia.

A metodologia que utilizamos foi o estudo da literatura posta e da legislação acerca do tema.

## 2. A UNIVERSALIZAÇÃO DA ÁGUA

O abastecimento de água e o esgotamento sanitário são componentes do saneamento básico e para fins desta pesquisa, a universalização faz referência ao seu abastecimento.

O acesso à água potável é condição necessária à dignidade da pessoa humana, pois está atrelada à sua sobrevivência e é assegurado por resolução das Nações Unidas desde julho de 2010, devendo ser observado pelos países signatários. No Brasil, esse direito é assegurado pela Política Nacional de Recursos Hídricos.

Apesar do conceito de universalização possuir variáveis técnicas, sociais, políticas e econômicas, a universalização defende o acesso de todos aos bens e serviços produzidos socialmente, alcançando um serviço que necessite, sem barreiras de acessibilidade, discriminação ou preconceito.

Historicamente, nos anos de 1950 e 1960 foram adotados sistemas de proteção social de caráter universal que se desenvolveram face ao estado de bem-estar social. Segundo Draibe, no Brasil, o estado desenvolvimentista ampliou benefícios e serviços por meio da previdência social, entretanto, a concessão desses direitos ocorreu de maneira não universal, pois não atingiu a totalidade da sociedade, mas apenas grupos sociais escolhidos (DRAIBE, 1990).

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a universalização torna-se um princípio de ampla aceitação na

sociedade brasileira. Todavia, é importante esclarecer que não basta aceitar a universalização como um princípio isoladamente, é necessário que ela seja conceituada de maneira articulada junto às noções de equidade e integralidade, onde equidade “pode ser entendida como a superação de diferenças evitáveis, desnecessárias e injustas” (BRASIL, 2019, p. 28), atendendo desigualmente os desiguais e priorizando os mais necessitados na escala da universalização do acesso, enquanto a integralidade pressupõe “o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos serviços de saneamento básico” (BRASIL, 2019, p. 28), que formam o todo numa espécie de diretriz que irá orientar e estruturar programas, políticas e sistemas de acesso à esses serviços.

No Brasil, embora a Constituição não reconheça claramente a universalidade do acesso à água potável como um direito, é possível verificar que ela encontra amparo de forma implícita por meio dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana como forma de garantir um mínimo existencial ao ser humano.

Mesmo indiretamente prevista na Constituição, a universalização foi definida com todo o seu arcabouço técnico por meio da Lei Federal nº 11.445/2007 que estabelece Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, tendo sido alterada em 2020. De acordo com o artigo 3º, inciso III, da Lei Federal nº. 11.445/2007, “universalização é a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico...”. E em seu artigo 2º, inciso I, a referida lei é taxativa ao definir a universalização do acesso como princípio fundamental dos serviços públicos de saneamento básico.

Ademais, a universalização deve ser assegurada legalmente mediante cláusulas e metas de expansão e atendimento que irão depender das características de cada caso, com programas

específicos para universalização desses serviços. Um exemplo se traduz na Lei nº. 9.433/97 que estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos, definindo como objetivo a garantia da disponibilidade de água para as presentes e futuras gerações. Isso implica em políticas e ações de captação de água para o abastecimento das populações, lançamento e tratamento adequado dos esgotos sanitários e o aproveitamento de águas da chuva.

Todavia, é importante destacar que não basta apenas a garantia de universalização do acesso à água, para Heller,

Enxergar o acesso à água e ao esgotamento sanitário sob a lente dos direitos humanos supõe também observar seus princípios fundantes, como o direito à participação, o direito ao acesso à informação, a igualdade e não discriminação, a responsabilidade por parte dos governos e prestadores de serviço e a sustentabilidade. (HELLER, 2016, p. 1)

Isso implica dizer que é necessário que além de tudo haja mudanças na postura do governamental a fim de evitar práticas discriminatórias como a de não resguardar o acesso das pessoas economicamente mais vulneráveis, por exemplo, como o corte do serviço de abastecimento de água por inadimplência.

Em suma, é necessário que as políticas de saneamento, como o acesso à água potável, se fundamentem no sentido de que esses serviços são direitos sociais do cidadão, independente de classe, gênero, etnia ou qualquer outro fator de diferenciação social e, portanto, constituem uma obrigação estatal de garantia do acesso universal a esses serviços essenciais à manutenção da vida em sociedade (HELLER, 2013, p. 30).

### 3. LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO

À água é um bem de primeira necessidade, pois é utilizada cotidianamente no preparo de alimentos, higiene pessoal,

limpeza doméstica dentre outros usos importantes. Diante disso, não dispor de água potável em quantidade e qualidade adequada compromete a saúde e expõe as pessoas a doenças e a limitações pessoais de vida (PONTES; SCHRAMM, 2004, p. 1 - 2).

Conforme Diniz, “ante o grande valor das águas pelo papel que têm na satisfação das necessidades humanas e no progresso de uma nação, impõe-se a existência de normas idôneas para atender a esses reclamos e solucionar os conflitos que, porventura, surgirem” (DINIZ, 2011, p. 224). Nesse contexto, podemos citar legislações correlatas ao saneamento básico e acesso à água potável, como por exemplo, a Lei nº. 8.080/90 do Sistema Único de Saúde (SUS) que promove, protege e recupera a saúde por meio de ações de saneamento básico e vigilância sanitária. Também temos a Lei nº. 9.433/97 que estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos, tendo como objetivo garantir a disponibilidade de água para as gerações futuras, o que implica em ações de conservação da água e tratamento de esgotos. O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, em seu artigo 22, determina que os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada, eficiente, segura e contínua e; combinado com a Lei nº. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, artigo 6º, parágrafo 1º, garante a modicidade nas tarifas dos serviços prestados. Ademais, a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº. 6.938/81, tem como objetivo preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental, implicando na necessidade de intervenções de saneamento básico.

Entretanto, dispor dos serviços de saneamento básico e acesso à água potável, envolvem, além de medidas legislativas, questões políticas e socioeconômicas. Para Borja,

A garantia do acesso universal e de qualidade ao saneamento básico no Brasil ainda é um grande desafio. Como outros serviços públicos essenciais, os déficits denunciam o atraso do País na garantia de direitos básicos como acesso à água e ao destino seguro dos dejetos e resíduos sólidos. (BORJA, 2014, p. 3)

No Brasil, o saneamento, em especial o acesso à água potável, é historicamente deficiente. A questão ganhou destaque em 1999 com a 1ª Conferência Nacional de Saneamento, mesmo assim o Brasil não tinha definição de políticas públicas para os serviços de saneamento básico. Somente em 2007 é que foi promulgada a Lei nº. 11.445 que estabelece as diretrizes e normas gerais de gestão dos serviços de saneamento, trazendo como principal fundamento a universalização desses serviços e como componentes do saneamento básico o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (artigo 2º, incisos III e IV).

Na década de 70, o Brasil contava com o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) que ampliava os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, mas com a sua extinção nos anos 80 o país ficou sem políticas públicas setoriais nesse âmbito. O advento da Lei nº. 11.445/2007 fechou um longo período de indefinição do marco legal e inaugurou uma nova fase na gestão dos serviços públicos de saneamento básico no país (BORJA, 2014, p. 2) que acabou resultando na elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), aprovado pelo Decreto nº. 8.141/2013 e pela Portaria Interministerial nº. 571/2013. O plano possui horizonte de vinte anos (2014 a 2033), devendo ser avaliado anualmente e revisado a cada quatro anos (BRASIL, 2019). Destaca-se que o Plansab é uma das políticas de universalização do acesso ao saneamento e à água mais importante já implementada no Brasil pelo Governo Federal.



Apesar do planejamento e da construção de uma nova agenda política voltada para a promoção da justiça social, a política pública de saneamento no Brasil esbarra na hegemonia de grupos econômicos e políticos que dificultam os avanços para um projeto mais democrático, universalista e inclusivo (BORJA, 2014, p. 12). Isso acontece principalmente pela prática de favorecimentos aos lobistas, adotando vieses mais tecnicistas e burocráticos na implementação de políticas públicas sociais; e isso, consequentemente, fragiliza os movimentos da sociedade que influenciam na conquista de direitos. Esse cenário retrata que no Estado capitalista, as políticas sociais, principalmente em momentos de crise do capital, se condicionam a contestações da sociedade.

O Estado tem o papel de evitar crises sociais que podem ameaçar o sistema e a economia, o que acaba gerando um esforço entre os grupos de capitalistas que passam a influenciar na tomada de decisões estatais que envolvam políticas públicas sociais (MANDEL, 1982). Essas tensões e contradições entre grupos capitalistas hegemônicos e grupos de movimentos sociais se revelaram muito fortes na atuação do Estado brasileiro sobre políticas públicas de um modo geral.

Entre tantos desafios enfrentados no país, também é importante destacar as desigualdades de abastecimento e acesso que atingem principalmente os mais vulneráveis na escala social como uma das maiores dificuldades de implementação da política de universalização do acesso ao saneamento e à água potável. Para Pontes e Schramm,

[...] em sociedades de extremas desigualdades, a opção de prestar o serviço de água por meio de entes privados não coloca em primeiro plano o enfrentamento do problema do acesso universal à água potável. Isso porque, em primeiro lugar, reconhece o usuário apenas como consumidor, e não como cidadão que tem direito ao

atendimento de suas necessidades básicas. Em segundo lugar, não reconhece que as condições de inacessibilidade, ou acesso precário, não são apenas operacionais, de dificuldades eventuais de pagamento, mas, sim, de graves deficiências estruturais, tanto dos sistemas de engenharia quanto do padrão urbano e das moradias. (PONTES; SCHRAMM, 2004, p. 8)

Ou seja, é necessário que haja mudanças na postura do governo, pois práticas como “o corte da ligação de uma moradia ao sistema público de abastecimento, por ausência de pagamento, caracterizam violação ao direito” (Heller, 2016, p. 2), principalmente considerando que mesmo sendo serviço essencial, a Lei n°. 11.445/2007, em seu artigo 40, parágrafo 3º permite a possibilidade de interrupção desses serviços em caso de inadimplência, o que indica um retrocesso político, econômico e social vivido pela população brasileira.

Para tanto, acredita-se que a implantação de políticas públicas que redistribuam os recursos financeiros, tais como fundos, subsídios e subvenções, entre as camadas sociais, sejam essenciais para o êxito na universalização do acesso no Brasil. Entretanto, para que esse êxito aconteça, é necessário definir como foco dessa política o atendimento aos mais pobres e a transparência para um monitoramento que permita verificar a eficácia do mecanismo adotado, sob pena de desperdício do recurso público e implantação de sistemas ineficazes (MOTTA, 2004).

Ademais, os desafios de saneamento básico no Brasil têm relação com a manutenção e ampliação dos atuais recursos de investimento, com a melhoria da capacidade técnica e financeira dos prestadores de serviços; e com a qualificação do gasto público. Em suma, é necessário estruturar uma engenharia financeira que suporte os investimentos necessários que o saneamento básico reclama (SANTOS, 2011).

No campo internacional, um esforço em prol da universalização do acesso ao saneamento e água potável foi proposto pelo ex-secretário geral das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan, em 2010. Esse esforço resultou na Declaração do Milênio das Nações Unidas e tinha como meta, em relação ao saneamento básico, a redução, pela metade, da população global sem acesso aos serviços até 2015. Mesmo com os avanços tecnológicos e com os altíssimos investimentos, o mundo não alcançou as metas dos Objetivos do Milênio (ODM) para acesso ao saneamento e à água potável, pois as ações realizadas foram consideradas apenas como paliativas.

Nesse contexto, segundo a Assembleia Geral do Conselho de Direitos Humanos da ONU, os ODM não causaram um bom efeito aos pobres, migrantes, refugiados, moradores de favelas e minorias étnicas em relação ao acesso ao saneamento básico e à água potável, pois visavam apenas o cumprimento de “metas” por políticas de autopromoção (UN, 2015).

Para Barlow (2015), a instalação de tubulações para o abastecimento de água não significa que haja água limpa saindo dele ou que as pessoas realmente estão recebendo o fornecimento de água. Além disso, tarifas altas demais para pessoas em situação de vulnerabilidade econômica acabam sendo uma barreira no acesso ao serviço, tornando as tubulações instaladas totalmente irrelevantes.

Como dito alhures, a cobrança de tarifas é um dos fatores que dificultam a universalização do acesso, principalmente em países que possuem altos índices de pobreza e marginalização, sendo impreterível, nesses casos, ações governamentais que garantam o acesso à água potável e condições mínimas de higiene às populações.

No fim de 2015 quando a ONU divulgou uma nova agenda que se estendeu a ações governamentais tanto de países em desenvolvimento quanto de países desenvolvidos, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável todas as nações do mundo passaram a ter a metas alcançarem até 2030 (UN, 2015).

É importante destacar que os ODS primam pela equidade e universalidade, devendo ser inclusos nas políticas públicas. Inclusive, dentre os ODS, cabe atentar ao 6º objetivo, que assegura garantir a disponibilidade e o manejo da água e do esgotamento sanitário para todos, isso implica dizer que essa garantia deve se estender inclusive àquela parcela da população mundial que não pode arcar com os possíveis custos desses serviços.

### 3. A QUESTÃO ENERGÉTICA

A existência da sociedade moderna seria impensável sem eletricidade. Ela é um recurso considerado essencial e indispensável para a vida humana, o que faz dela um tema fundamental de investigação e análise. A eletricidade revolucionou os costumes e, configura-se como um dos pré-requisitos do crescimento socio econômico e industrial de um Estado. A viabilidade do crescimento do Brasil está atrelada a uma matriz energética disponível para satisfazer as necessidades de uma população em crescimento e essa matriz é hídrica.

Porém, a geração e a utilização da energia elétrica não são atos pacíficos, isto é, produzir e consumir energia elétrica são permanentes fontes de conflito, já que a produção de energia gera danos ambientais e sociais, e o consumo doméstico enfrenta situações que vão desde a não percepção de que ela é um recurso que deve ser utilizado com moderação ao furto de energia.

O palco das disputas dos consumidores e as concessionárias do serviço público de distribuição de energia normalmente gira em torno do valor da conta de luz, pois há um preço a ser pago pela prestação do serviço e não são todos os que estão dispostos a pagar, ou mesmo não possuem condições financeiras para tal, sendo que alguns recorrem a expedientes ilícitos, conhecidos como “gatos”, termo popular para designar o furto de energia elétrica.

A energia elétrica é uma das formas de energia mais úteis para a humanidade. Ela é amplamente empregada em lares, fazendas e indústrias. A eletricidade fornece luz e produz calor para o funcionamento de refrigeradores, rádios e televisores; ajuda a mover praticamente todos os equipamentos das indústrias, inclusive para a distribuição de água. Onipresente no cotidiano, nossa relação com a eletricidade é tão natural quanto respirar, o que nos faz esquecer que ela não está ao nosso alcance de graça e sem o esforço de diversos atores para que nós tenhamos exatamente essa sensação.

A produção de energia elétrica, qualquer que seja a fonte, tem relação íntima com o meio ambiente. Por menor que seja esta produção, sempre haverá um impacto associado e, desta forma, os preceitos do Art. 225 da Constituição Federal, que estabelece o direito da sociedade dispor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, deveriam sempre ser observados. Uma política tarifária justa, o respeito aos direitos dos usuários e manutenção do serviço adequado é condição essencial para uma correta e adequada prestação de serviços.

O fornecimento de energia elétrica à sociedade, na forma de serviço público, nos termos do Art. 175 da Constituição Federal, é incumbência do Poder Público (Brasil, 2022). O suprimento pode ser feito diretamente, ou indiretamente, sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação.

Mesmo com toda a tecnologia existente, não é tão simples conseguir expandir a rede de energia elétrica e assim como a água potável e o saneamento básico são condições basilares para o desenvolvimento humanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À água é essencial a todo ser biótico, ganhando destaque o seu uso para o consumo humano e a manutenção da vida. Por sua essencialidade, o seu acesso faz parte do pacote de saneamento básico juntamente com o esgotamento sanitário, portanto não há como falar em universalização do acesso à água sem falar em universalização do acesso ao saneamento básico, e sua distribuição no Brasil se dá através da energia gerada pela fonte hídrica.

A água não tem sido distribuída de forma justa e igualitária para a população brasileira e essa desigualdade está estritamente ligada à gestão dos recursos públicos. É necessário incluir os mais vulneráveis, as pessoas de baixa renda e os marginalizados no acesso à água potável.

Mesmo com diversas legislações sobre a gestão e fornecimento da água no Brasil, há um grande déficit de acesso a esse recurso em todo o país, principalmente nas regiões mais distantes dos centros urbanos, afetando de maneira mais agressiva a parcela mais pobre da população.

Ademais, as políticas públicas sociais carecem de uma regulamentação mais realista, pois além de serem ideológicas, são influenciadas por grupos políticos.

Acredita-se que uma mudança na postura do governo brasileiro, primando pelos princípios da equidade e da integralidade, em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável,

serão vitais para que a universalização do acesso aos serviços básicos de saneamento e água logrem êxito. Além disso, a adoção de políticas públicas que redistribuam os recursos financeiros entre municípios que possuem camadas sociais mais marginalizadas beneficiará o mecanismo adotado, tornando-o eficiente.

No Brasil, a matriz energética é a hídrica, que gera muitos problemas, desde a falta de água nos períodos secos para que a hidrelétrica possa gerar energia, como a distribuição da mesma, principalmente nas comunidades mais pobres e, por outro lado, o furto e o custo final ainda são fontes que dificultam a relação entre água, energia e sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARLOW, M. **Água – Futuro Azul**. Como proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta para sempre. São Paulo: M. Books do Brasil, 2015.

BORJA, Patrícia Campos. **Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira**. Saúde Sociedade de São Paulo, v. 23, n.2, p. 432-447, 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 jan. de 2022.

BRASIL, **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm). Acesso em 03 jan. de 2022.

BRASIL, **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm). Acesso em 03 jan. de 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em 03 de janeiro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em 03 jan. de 2022..

BRASIL, **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm). Acesso em 03 jan. de 2022.

BRASIL, **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm). 03 jan. de 2022.

BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Ministério do Desenvolvimento Regional. Documento em revisão submetido à apreciação dos conselhos nacionais de saúde, recursos hídricos e meio ambiente. Brasília, 2019. Disponível em [http://antigo.mdr.gov.br/images/stories/Arquivos-SDRU/ArquivosPDF/Versao\\_Conselhos\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_Alta\\_-\\_Capa\\_Atualizada.pdf](http://antigo.mdr.gov.br/images/stories/Arquivos-SDRU/ArquivosPDF/Versao_Conselhos_Resolu%C3%A7%C3%A3o_Alta_-_Capa_Atualizada.pdf). Acesso em 03 jan. de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 26. ed.. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 4.

DRAIBE, Sônia Miriam. **As políticas sociais brasileiras: diagnóstico e perspectiva**. In Instituto de Planejamento Econômico e Social, IPEA, 1990.

HELLER, L. **O Direito humano ao saneamento básico e os novos desafios** – Artigo de opinião. ASSEMAE postado em 17 de novembro de 2016. Disponível em <http://www.assemae.org.br/artigos/item/1840odireitohumanoaosaneam>. Acesso em 04 Jan. de 2022.

HELLER, L.; CASTRO, J. (Org.) **Política pública e gestão de serviços de saneamento**. Ed. Ampl. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

MANDEL, Ernesto. **O capitalismo tardio**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Questões Regulatórias do Setor de Saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. Disponível em [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5825/1/NT\\_n05\\_Questoes-regulatorias-setor-saneamento\\_Dimac\\_2004-jan.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5825/1/NT_n05_Questoes-regulatorias-setor-saneamento_Dimac_2004-jan.pdf). Acesso em 05 Jan. de 2022.



NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **PNUD Explica transição dos Objetivos do Milênio aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Online. Disponível em <http://brasil.un.org/pt-br/71657-pnud-explica-transicao-dos-objetivos-do-milenio-aos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em 04 Jan. de 2022.

PETRELLA, Riccardo. **O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial**. Petrópolis: Vozes, 2002.

PONTES, Carlos Antonio Alves; SCHRAMM, Fermin Roland. **Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, set-out, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/j/csp/a/Z7TbPS3dZncsdVsSrmVpYzv/abstract/?lang=pt>. Acesso em 06 de Jan. de 2022.

SANTOS, Johnny Ferreira dos. **Investimentos em Saneamento Básico nos Últimos 10 Anos e a Projeção de Investimentos do Plansab**. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2011. Disponível em <https://www.capacidades.gov.br/download/NTc3>. Acesso em 03 Jan. de 2022.

SNIS – SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. **Ministério do Desenvolvimento Regional**. Disponível em [http://snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2020/DIAGNOSTICO\\_TEMATICO\\_VISAO\\_GERAL\\_AE\\_SNIS\\_2021](http://snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2020/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2021). Acesso em 31 Dez. de 2021.