

REVOLUCIÓN DIGITAL Y CONSTITUCIÓN

CÉSAR LANDA ARROYO

REVOLUCIÓN DIGITAL Y
CONSTITUCIÓN

PALESTRA EDITORES

LIMA – 2023

348 L23	Landa Arroyo, César, 1958- Revolución digital y Constitución / César Landa Arroyo; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 189 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D. L. 2023-08441 ISBN: 978-612-325-391-2 1. Derecho informático 2. Tecnología y derecho 3. Informática jurídica 4. Protección de datos 5. Delitos informáticos 6. Aspectos legales
--------------------------	---

REVOLUCIÓN DIGITAL Y CONSTITUCIÓN

César Landa Arroyo

Primera edición, setiembre 2023

© 2023: CÉSAR LANDA ARROYO

© 2023: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S. A. C.

Mz. E, Lt. 15, Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

Setiembre, 2023

Diagramación:

JOHN PAOLO MEJÍA GUEVARA

Cuidado de estilo y edición:

MANUEL RIVAS ECHARRI

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2023-08441

ISBN: 978-612-325-391-2

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
--------------------	----

Capítulo I:

DERECHO FUNDAMENTAL AL INTERNET: TEORÍA Y PRAXIS

I. PRESENTACIÓN	17
II. INTERNET Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	19
1. Contenido esencial del derecho al internet.....	20
1.1. Acceso al internet.....	21
1.2. Libertad del uso del internet	23
1.3. Seguridad del internet.....	26
1.4. Privacidad e internet	27
1.5. Derecho al uso del seudónimo	29
1.6. Derecho al olvido digital.....	31
1.7. Control de la vigilancia electrónica	34
2. Jurisprudencia administrativa sobre internet y derechos fundamentales	36
2.1. Caso Clínica San Felipe	38
2.2. Caso Sentinel Perú S. A.	41
2.3. Caso de los colegios San Felipe, Fanning e Isabel Flores	46
2.4. Caso “El Comercio”	47
2.5. Caso “datosperu.org”	50
2.6. Caso del blog “Defensa de los derechos humanos laborales”	51
2.7. Caso “Google”	54

III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS..... 56

Capítulo II:

CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES,
INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS

I. INTRODUCCIÓN 63

II. CONSTITUCIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL 65

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ALGORITMOS..... 68

1. Debido proceso..... 70

2. Derecho a un recurso efectivo 73

3. Privacidad y datos personales 75

4. Libertad de expresión..... 77

5. Derecho a elecciones libres..... 79

6. Libertad de asociación y reunión..... 82

7. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación 83

8. Derecho al trabajo y acceso a los servicios públicos 85

IV. CONCLUSIONES 87

Capítulo III:

NEUROTECNOLOGÍAS, CONSTITUCIÓN
Y DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN 93

II. NECESIDAD E INTERÉS EN LAS NEUROTECNOLOGÍAS
Y NUEVOS DERECHOS HUMANOS 96

1. Antecedentes: Usos médicos y no médicos de
las neurotecnologías 96

2. Interacción de la neurotecnología y la inteligencia artificial 97

3. Dilemas éticos de las neurotecnologías 99

4. Neurotecnología y derechos humanos 100

CONTENIDO

4.1. Posición en la cual no sería necesaria la creación de los nuevos neuroderechos.....	102
4.2. Neuroderechos.....	103
5. La dignidad humana, los derechos fundamentales y la Constitución	106
5.1. La dignidad humana en el sistema de tratados internacionales y principio constitucional.....	108
5.2. Derechos fundamentales en cuestión.....	110
5.2.1. Derecho la privacidad mental y datos personales	111
5.2.2. Derecho a la identidad y autonomía personal	111
5.2.3. Derecho a la integridad física, mental, emocional, psicológica.....	112
5.2.4. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	112
5.2.5. Derecho a la igualdad	112
5.2.6. Derecho a la propiedad	113
III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES.....	115
1. España: Carta de los Derechos Digitales	115
2. Francia: Código Sanitario francés.....	117
3. Brasil: Proyecto de Ley en tramitación que crea normas de protección para los datos obtenidos del sistema nervioso central a partir de cualquier sistema electrónico, óptico o magnético	118
4. Reforma constitucional en Chile y otras normas	119
IV. CONCLUSIONES	122

Capítulo IV:

ROBOTS, CONSTITUCIÓN Y DEBERES FUNDAMENTALES

I. PRESENTACIÓN	129
II. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LOS ROBOTS.....	130

CONTENIDO

1. Evolución del concepto de persona	132
2. Robots como sujetos de derecho	135
III. DEBERES FUNDAMENTALES DE LOS ROBOTS	139
1. Deberes políticos	139
2. Deberes sociales	141
3. Deberes económicos y ambientales	144
4. Deberes con la naturaleza humana	146
IV. PERSPECTIVAS.....	148

Capítulo V:

REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL

I. PRESENTACIÓN	154
II. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL INTERNET Y LAS REDES SOCIALES	154
1. Constitución e internet.....	155
2. Gobierno digital	158
3. Derecho a la identidad digital	160
III. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO AL INTERNET Y LAS REDES SOCIALES.....	163
1. Jurisprudencia constitucional.....	164
2. Jurisprudencia judicial	165
3. Jurisprudencia administrativa.....	167
IV. DESAFÍOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA SOCIEDAD DIGITAL	169
1. Privacidad y datos personales	169
2. Libertad de expresión e información	172
3. Derecho a elecciones libres.....	175

INTRODUCCIÓN

Desde el mundo antiguo Aristóteles señalaba que donde hay hombres, hay sociedad —*ubi homini, ibi societas*—; pero se podría añadir, como se decía en Roma, donde hay sociedad, hay derecho —*ubi societas, ibi ius*—. Así, modernamente la Constitución es una forma jurídica de gobierno y una forma política de vida democrática, que aparece con la revolución liberal, en su concepción moderna hace más de doscientos años, para proteger los derechos humanos y controlar los excesos de los poderes públicos y privados.

A partir de entonces, en el marco del Estado de derecho el mundo ha ido afrontando los desafíos propios de cada época, como las hambrunas, las enfermedades y las guerras; que, si bien no han sido eliminadas, al menos han podido ser reducidas, combatidas y limitadas, en base al Estado de constitucional, fundado en valores y principios humanistas. Pero, desde hace unas décadas la humanidad enfrenta nuevos desafíos como el calentamiento del planeta debido al cambio climático y la incorporación de las nuevas tecnologías digitales, que vienen transformando la sociedad, el Estado, la economía,

la cultura, etc.; que ha generado una nueva revolución universal vinculada al mundo digital.

Esta revolución digital del futuro ya se encuentra delimitada en el presente con el desarrollo de las nuevas tecnologías, al constituir importantes innovaciones que vienen redefiniendo en el mundo las formas de organización y vida de las personas de las distintas sociedades, los estados, las corporaciones y las comunidades a nivel nacional e internacional; sin importar, orígenes culturales, religiones, sistemas políticos, económicos, jurídicos e ideológicos diferentes. Frente a dicha revolución digital, el derecho no puede estar ausente, más aún en el actual estadio de civilización humana, que se condensa en el Estado constitucional.

Si bien el desarrollo humano a través de la historia se ha realizado, como diría Popper, en base al ensayo error —*trial and error*—, el Estado constitucional no puede estar ajeno a las consecuencias de la revolución digital en materia del desarrollo de las libertades científicas y tecnológicas, en la medida que son creaciones humanas y en tanto tales deben estar sujetas, como recordaba Pedro de Vega, al Estado en la medida que es el único garante del interés general; esto es, para asegurar los derechos y, también, garantizar las responsabilidades y los límites al mercado.

Más aún, si en el marco de la revolución digital, con la globalización no solo económica, sino, también tecnológica, cuatro grandes plataformas digitales como Facebook, Apple, Amazon, Microsoft y Google —FAAMG (De Haro y Martínez-Galiana, 2021)—; por un lado, constituyen en conjunto la tercera economía más grande del planeta después de los Estados Unidos y China; por otro lado, han creado un nuevo espacio público nacional e internacional a través del internet, los algoritmos, la inteligencia artificial, las redes sociales, la robótica y el gobierno digital, a partir de los cuales los Estados ya no son soberanos; porque mediante redes y procesos comunicativos digitalizados han creado una realidad virtual, paralela a la realidad sobre la que operan los Estados.

De modo que, el poder democrático en el cual se asientan los Estados constitucionales se viene trasladando aceleradamente a las grandes corporaciones tecnológicas, a partir de los cuales los derechos fundamentales —no solo digitales— se tutelan o vulneran, con la única garantía de la autorregulación y/o protección empresarial de dichas plataformas; así como, el control del otrora poder público sobre la sociedad se invierte para quedar sometido a la subordinación de los intereses económicos de las corporaciones tecnológicas. Lo cual, no es óbice para que el ciudadano común y corriente pueda servirse de las nuevas tecnologías para expandir sus libertades y derechos, pero siempre pagando el alto precio de su privacidad y la seguridad de sus datos, cuando no de algunas violaciones de sus derechos por parte de terceros.

Por eso, la revolución digital ha creado una nueva realidad virtual; que hace unas décadas se inició como un espacio de acceso libre a la comunicación e información, liberando el conocimiento y potenciando los derechos fundamentales, pero que ha llegado, por el contrario, al dominio social de las plataformas tecnológicas mediante el monopolio de la información y comunicación sobre la sociedad y el Estado; así como, por el descontrol de sus alcances tecnológicos, al punto de que los propios científicos y algunos líderes de las grandes empresas tecnológicas han pedido una moratoria en el desarrollo de la inteligencia artificial, “por los grandes riesgos para la sociedad y la humanidad” (Future of Life Institute, 2023).

Esta revolución digital presenta dos desafíos; tanto para el orden público constitucional e internacional, como para el desarrollo ético de las nuevas tecnologías. En cuanto al primer asunto se presentan dilemas al Estado constitucional, por cuanto:

Primero, la sociedad se está asentando en un principio de legitimidad distinto al democrático, que tenía como objetivo elegir autoridades estatales para controlar los excesos de los poderes, no solo públicos, sino también privados, para proteger los derechos

fundamentales; principios que ahora quedan sometidos a los intereses de las grandes plataformas tecnológicas.

Segundo, se ha creado un espacio público virtual a través de la digitalización de la vida privada y pública con alcance global, regida por las plataformas tecnológicas; frente a lo cual, los Estados incluso de los países más poderosos apenas son capaces de regularlos parcialmente, debido a los grandes *lobbies* con que trabajan en el mundo.

Tercero, la capacidad económica de las grandes plataformas digitales en el planeta se viene incrementando exponencialmente y tiene un correlato en la capacidad para ordenar la vida social, económica, política y cultural; quedando sometida en última instancia a los intereses de estos agentes globales y, en todo caso, a su propia autolimitación (Balaguer, 2023).

En cuanto al segundo asunto, de las cuestiones éticas del desarrollo tecnológico, en el marco de la revolución digital, cabe señalar que todo invento o creación tecnológica tiene potencialmente un riesgo para las personas y los Estados que no puede ser soslayado, por el principio del ensayo/error; sino que es propio del Estado constitucional establecer reglas tanto jurídicas como éticas, para delimitar los derechos, obligaciones y responsabilidades del diseño, producción, comercialización y uso de las creaciones tecnológicas en la sociedad digital, sin desincentivarlas y menos aún obstaculizar el desarrollo de las mismas (Coeckelbergh, 2021).

Con la revolución digital globalizada, en la actual sociedad de masas los riesgos se incrementan exponencialmente por eso es importante delimitarlos a través de principios: 1. Protección de la dignidad humana y a la vida digna, lo cual demanda responsabilidad y solidaridad como corolarios de la dignidad de la persona humana; 2. Inviolabilidad de la vida humana es también esencial como parámetro de no vulneración comisiva u omisiva de la vida; 3. Principio de autonomía que se refleja no solo en el consentimiento informado del registro de datos, sino también en limitar los requerimientos de datos desproporcionados; 4. Principio de integridad para proteger la

identidad personal sobre todo ante el avance de las neurociencias; 5. Principio de igualdad que evite la discriminación directa o indirecta, estructurales e históricas; 6. Principios de prevención y precaución ante peligros evidentes y potenciales, respectivamente, y; 7. Principio de cooperación entre las empresas, el Estado y la sociedad civil (Loureiro, 2014).

Bajo estos parámetros propios de un constitucionalismo abierto al desarrollo humano es que en la presente obra se recogen los trabajos que desde una interpretación constitucional he estado trabajando para procurar que la revolución digital pueda ser encauzada por el constitucionalismo. De aquí que, el primer capítulo aborde la problemática del internet como un derecho fundamental, en la medida que constituye, por un lado, un bien de dominio público, sujeto a regulación, pero, por otro lado, un derecho a ser tutelado, como empieza a protegerse administrativa y judicialmente en la *praxis* del Estado constitucional.

En el segundo capítulo se aborda la problemática del impacto de la inteligencia artificial y los algoritmos en los derechos fundamentales; lo cual lleva a reflexionar sobre la protección de los derechos en la actual revolución digital, mediante su regulación es la mejor garantía para asegurar la tutela de la persona humana y su dignidad. En el tercer capítulo se aborda el impacto de la neurociencia en el desarrollo humano, principalmente aunque no únicamente en la esfera médica, lo cual requiere de medidas normativas basadas en la dignidad e integridad humanas. En el cuarto capítulo se analiza la naturaleza jurídica de los robots y los deberes a los cuales deben estar sujetos, más aún, cuando su inteligencia artificial supera a la inteligencia humana y, asimismo, plantea desafíos éticos sobre los alcances y límites sobre todo de las relaciones de los robots humanoides con los seres humanos vulnerables.

Posteriormente, en el quinto capítulo se aborda la problemática de las redes sociales, aquel nuevo espacio público virtual en el cual los derechos y libertades se potencian, pero también se ven afectados;

situación que la justicia ordinaria y/o constitucional debe ir reparando, en tanto es instancia legitimada para proteger el interés general sobre todo de las personas más vulnerables. Por último, en el sexto capítulo se trata la problemática de la incorporación del Estado en la sociedad digital, mediante el establecimiento del llamado gobierno digital, que tuvo una experiencia crítica durante la emergencia sanitaria a raíz de la pandemia del COVID-19; de lo cual el Estado debe aprender a corregir sus errores en base al principio del desarrollo humano del ensayo/error, pero en el marco de los valores y principios democrático-constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer, F. (2023). *La Constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 23-25.
- Coeckelbergh, M. (2021). *Ética de la inteligencia artificial*. Madrid: Cátedra.
- De Haro, J. y Martínez-Galiana, X. (14 de mayo de 2021). Los 'gigantes' tecnológicos son ya la tercera economía del mundo, *El Economista.es*. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11216956/05/21/Losgigantes-tecnologicos-son-ya-la-tercera-economia-del-mundo.html>.
- Future of Life Institute (22 de marzo de 2023). *Pause giant AI experiments: An open letter*. Disponible en: <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>
- Loureiro, J. (2014). Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). En G. Ferreira, I. Sarlet y A. Zavaglia (coords.), *Direito, inovação e tecnologia*, vol. 1 (pp. 69-82). São Paulo: Saravia.

Lima, 19 de julio de 2023.

CAPÍTULO I

DERECHO FUNDAMENTAL AL INTERNET: TEORÍA Y PRAXIS*

I. PRESENTACIÓN

En el Perú la mitad de la población de 30 millones de habitantes está conectada al Facebook, y, existe alrededor de 31 millones de teléfonos celulares, a través de los cuales millones de personas se conectan al internet. Asimismo, el Perú es el octavo país latinoamericano con mayor cantidad de usuarios en Facebook y el número 24 a nivel mundial.

La interconectividad va creciendo año a año, gracias al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, como el internet, que está modificando no solo el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente los referidos a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, sino que también ha supuesto un replanteamiento del modelo de organización social, cultural y económica del Estado y los ciudadanos.

* Publicado en el *Libro de Homenaje del Área de Derecho Constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (C. Landa, editor). Lima: PUCP - CICAJ, 2019.

Es que el Perú no está ajeno al cambio de los paradigmas mundiales de la economía y la política; acontecido con el rápido proceso de la caída del Muro de Berlín, que fue la expresión del cambio del modelo político y económico universal hasta entonces vigente. Este orden estuvo basado en la tensión entre el capital y el trabajo, que ordenó a los países bajo la órbita de los Estados Unidos con los valores de la libertad y el mercado, de la otrora Unión Soviética, con los valores del trabajo y el Estado.

Dicho cambio fue muy importante, debido a que se cerró el modelo de confrontación de la guerra fría, entre los dos sistemas ideológicos mundiales y se transformó hacia una sociedad global de la comunicación y la tecnología. En ese escenario, el internet es un producto del desarrollo científico al servicio de la sociedad y, por tanto, permiten el acceso a la información, su almacenaje, procesamiento y transmisión de datos, que se viene incrementado exponencialmente en la actual “era digital”¹.

Esta sociedad de la información promovida por los países desarrollados en la era post industrial, constituye una oportunidad estratégica para las sociedades en vías de desarrollo para contribuir a superar su situación de retraso económico y social; así como, para potenciar la protección y desarrollo de los viejos y nuevos derechos fundamentales, a través del internet y las nuevas tecnologías; en la medida que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, dispone el artículo 1 de la Constitución Política (CP).

Así, en el Perú la convergencia de las tecnologías de la informática —equipos y *softwares*—, las telecomunicaciones —televisión y radio— y la comunicación digital —telefonía móvil—, están generando aceleradas transformaciones de índole social, económico

¹ Al respecto, un disco de almacenaje fijo o portátil de un terabyte puede guardar 300 horas de video o 3,6 millones de fotografías digitales estándar. Asimismo, un terabyte puede almacenar el equivalente a mil copias de la Enciclopedia Británica digital.

y política. En esta era digital, el internet se viene convirtiendo en un nuevo “bien de dominio público” del siglo XXI; por cuanto, su acceso alcanza progresivamente a casi todos los ciudadanos interesados o no; pero, también está sirviendo para expandir el control del Estado y las corporaciones sobre la vida privada de las personas.

Por ello, nos interesa analizar el internet, como un nuevo derecho fundamental en sí mismo, a raíz del impacto en todos los ámbitos de la vida humana, particularmente perfilando su naturaleza y contenido esencial a partir de su acceso y uso generalizado; así como, analizando la escasa jurisprudencia administrativa sobre la materia que muestra el control de los excesos de las empresas y también usuarios de las relaciones digitales; todo lo cual pone en evidencia la necesidad de regular los alcances y los límites del internet, en un balance con los derechos fundamentales.

II. INTERNET Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El internet constituye el ícono de la sociedad de la información, en la medida que facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información; jugando un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y, entre estos entre sí. En esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el internet es el fundamento principal para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales.

En el marco del nuevo paradigma de la sociedad de la información y del conocimiento, el internet se convierte en un derecho fundamental (García Mexía, 2004); en la medida que, faculta a todas las personas a través de las nuevas tecnologías, ampliar sus posibilidades de goce y ejercicio de los derechos y libertades clásicos; aunque, directamente potencializa los referidos a la libertad de expresión y el libre acceso a la información (Consejo de la Unión Europea, s. f.).

Más aún, en la medida que los derechos fundamentales son universales, interdependientes e indivisibles, el internet los integra digitalmente y permite que trasciendan más allá de las fronteras de los Estados nacionales; no solo para el goce del mismo, sino también para su defensa y protección. Por ello las Naciones Unidas ha llegado a declarar al internet como un derecho humano (Carballo, 2016); lo cual demanda que los Estados cumplan con sus compromisos internacionales en esta nueva era digital.

En ese entendido, el internet constituye no solo un derecho fundamental para su acceso y uso, sino que también es una garantía institucional de la democracia; en la medida que, se constituye en una necesidad social para acceder y gozar a plenitud los derechos y libertades, reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

1. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL INTERNET

Como todo derecho fundamental el derecho al internet debe contar con un contenido esencial constitucionalmente protegido, que se deriva de la articulación de los derechos referidos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política); a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (artículo 2, inciso 5 de la Constitución Política); a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (artículo 2, inciso 6 de la Constitución Política), y; al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como