

**MEMORIAS DEL XIII  
ENCUENTRO DE  
FACULTADES Y  
ESCUELAS DE DERECHO  
RIFED  
BOLIVIA 2025**

Comité científico de la Red Iberoamericana de Facultades y Escuelas  
de Derecho RIFED

MEMORIAS DEL XIII ENCUENTRO DE LA RED IBEROAMERI-  
CANA DE FACULTADES Y ESCUELAS DE DERECHO (RIFED) -  
BOLIVIA 2025.

1era Edición en español: Fondo Editorial UPDS , 2026.

363 p. ;23 x 15 cm

**Diagramación y Maquetación:** Fabricio Andrés Zeballos Leigue

**Diseño de tapa:** Roly Osinaga Montaña

Derechos Reservados © 2026

**Archivo Digital:** Online

DOI: <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.book>

**MIEMBROS DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA RED  
IBEROAMERICANA DE FACULTADES Y ESCUELAS DE  
DERECHO RIFED 2024-2025**

**Dr. José Antonio Landriel Pedraza**

**Vicerrector académico**

**Universidad Privada Domingo Savio, Bolivia**

**Coordinador de la red (2024–2025)**

**Dr. Ángel Pelayo González-Torre**

**Decano de la Facultad de Derecho**

**Universidad de Cantabria, España**

**Dr. Salvador Tarodo Soria**

**Decano de la Facultad de Derecho**

**Universidad de León, España**

**Dr. Carlos Daza Zaragoza**

**Representante**

**Universidad Nacional Autónoma de México**

**Profa. Cristina Vera Mendoza**

**Representante – Facultad de Derecho**

**Universidad San Gregorio de Portoviejo,**

**Ecuador**

**Prof. Eduardo Briones Hidrovo**

**Coordinador de Carrera de Derecho**

**Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Manabí**



## **CONSEJO EDITORIAL**

Ph.D (c) Marcial Villarroel Siles

**Director de Investigación Sede Central**

MSc. Jenny Quiroga Balderrama

**Coordinadora de Investigación**

**Facultad Ciencias Jurídicas**

MSc. Ing. Gineth Jhoselyn Salo Condori

**Coordinadora de Investigación**

**Facultad de Ingeniería**

Dra. Alejandra Verónica Camacho Gonzales

**Secretaria General-Comité Organizador**



## **COMITÉ DE REVISIÓN Y ARBITRAJE**

Dr. Roberto Celaya Figueroa

**Universidad Incarnate Word Campus Bajío**

Dr. Juan José Azurdía Turcios

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Dra. Yolanda Michelle Morales Gómez

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Dra. Yadira Abigail Ishlaj Conde

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Dra. Mariela Román Barrios

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Dra. Daniel Omar Nieves Lizárraga

**Universidad Autónoma de Sinaloa**

Dr. Ludwing Enrique Ortiz López

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Dra. Teresa Irina Salazar Echeagaray

**Universidad Autónoma de Sinaloa**

Dra. Nancy Carolina Castillo

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

Dr. José Enrique Cortez

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

## **EQUIPO ESTUDIANTIL DE APOYO EDITORIAL**

Fabricio Andrés Zeballos Leigue

**Diagramación y Maquetación**

Lic. Roly Osinaga Montaña

**Diseño de portada**

## PRÓLOGO

Dos siglos y medio de vida republicana pesan sobre Bolivia con una fortaleza que ningún protocolo institucional consigue aligerar. Publicadas en ese año medular, las presentes Memorias asumen la carga de concurrir con una efeméride que interpela al jurista antes de que abra la primera página: la del 6 de agosto de 1825, cuando en la Casa de la Libertad de Sucre —recinto cuya fachada colonial preside la portada de este volumen— se suscribió el acta fundacional de la República.

Asé, elegida como imagen de apertura, esa fachada no cumple una función decorativa; más bien plantea una exigencia. Toda deliberación jurídica que pretenda legitimidad ha de reconocer en ese umbral de piedra su interpelación más severa: ¿qué clase de libertad vertebró el derecho que producimos, y para quiénes lo producimos?

Con franqueza y contundencia, la pregunta recorre, subterránea y persistente, cada uno de los trabajos aquí reunidos —incluido el dato de que la institución anfitriona, la Universidad Privada Domingo Savio, celebra en ese mismo año su veinticinco aniversario de labor académica ininterrumpida en Bolivia.

Organizado por la UPDS entre el 15 y el 19 de junio de 2025, el XIII Encuentro de la Red Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho convocó a centros de educación superior de la mayor parte de los países iberoamericanos, giró en torno a cinco ejes cuya selección no obedeció a eclecticismo temático alguno: Democracia y Estado de derecho, nuevas formas de interpretación penal, derechos de la naturaleza, bases fundacionales del derecho iberoamericano y derecho privado ante las transformaciones tecnológicas responden, cada uno, a una fractura verificable en el ordenamiento jurídico contemporáneo.

Leídos en conjunto, trazan el mapa de las tensiones que la ciencia jurídica de la región deberá afrontar durante las próximas décadas; indagados por separado, cada eje demuestra que la producción académica de calidad exige renunciar tanto a la generalización fácil como a la especialización que desatiende el contexto sistémico en el que opera.

Nacida en 2010 con el impulso de ocho facultades fundadoras, la Red ha recorrido un trayecto que va de la admirable voluntad fundacional a la densidad institucional consolidada. Hoy más de treinta y ocho facultades integran el consorcio académico, y con una geografía itinerante que objetiva la madurez de un proyecto capaz de distribuir la autoridad del saber académico del Derecho entre tradiciones jurídicas de signo diferente sin disolver su cohesión.

Ante esa heterogeneidad de marcos de referencia, cada ponente se vio obligado a fundamentar sus categorías analíticas más allá del consenso local —a someterlas al comparativismo iberoamericano como prueba de resistencia, no como ejercicio de cortesía académica—.

Del primer eje emergen contribuciones cuya base analítica del calendario electoral regional vuelve esencial: Catarina Sarmiento e Castro disecciona las vulnerabilidades que los sistemas algorítmicos introducen en la formación de la voluntad popular; Ángel Pelayo González-Torre problematiza la grieta entre la mentalidad jurídica heredada y las exigencias del sufragio electrónico; Sherline Asdrith Chilán Briones somete a examen de proporcionalidad la prohibición de dispositivos móviles durante el sufragio en Ecuador, mientras que Janaina Muniz da Silva postula el imperativo constitucional de una educación orientada a la consolidación democrática en Brasil.

Configurado en la interpretación penal contemporánea, el segundo eje reúne el estudio de Álvaro Daniel Lujan Zúñiga sobre extorsión digital transnacional —con atención singular a la responsabilidad de las plataformas— y el análisis de Rosana Elizabeth Luggren sobre investigaciones internas bajo la legislación argentina de responsabilidad penal empresarial, donde la tensión entre eficacia corporativa y garantías constitucionales alcanza su nudo dogmático más complejo.

Encaminada por el debate ecológico que atraviesa el constitucionalismo latinoamericano con acucia creciente, la contribución de Ariadne Lucía Salguero Mendoza examina las insuficiencias de la normativa boliviana en materia de incendios forestales —cuya devastación reciente

convierte el análisis en diagnóstico normativo de urgencia—; Yolanda Franco Durán, desde los cimientos fundacionales del ordenamiento iberoamericano, propugna un modelo democrático que trate la diversidad cultural como elemento constitutivo del pacto político originario, no como concesión retórica. Cierra el volumen el eje sobre derecho privado y tecnología, donde el consentimiento digital en entornos inmersivos, la herencia de perfiles digitales monetizados, la responsabilidad por identidades falsas en redes sociales y la gestación subrogada ante la dignidad del nascituro componen un corpus de problemas cuya novedad dogmática no tolera respuestas tomadas de la tradición clásica sin mediación crítica.

Ciertamente, reunir esa pluralidad bajo un mismo sello editorial es un argumento en sí mismo. Ante la fachada de la Casa de la Libertad que preside la portada —piedra que recuerda que todo ordenamiento jurídico nace de una ruptura y de una promesa— la comunidad jurídica iberoamericana renueva, en estas páginas, su compromiso con el derecho como instrumento de justicia: perfectible en cada edición de sus encuentros, exigente en cada página de sus memorias y con la consecuencia y el mandato de ser la Red mas influyente en Derecho de Iberoamérica.

*José A. Landriel Pedraza*



## INDICE DE CONTENIDO

### DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO.....1

Algoritmo, Democracia y vulnerabilidades .....3  
*Catarina Sarmiento e Castro*

Análisis de proporcionalidad: prohibición del uso de dispositivos móviles durante el ejercicio del sufragio en Ecuador ..... 15  
*Sherline Asdrith Chilán Briones*

Conflicto simbólico y Libertad. Un análisis desde la sociología del derecho por la lucha del sentido de la libertad en el contexto de la democracia contemporánea ..... 45  
*Gustavo Eduardo Briones-Hidrovo*

Educação para democracia - Imperativo constitucional ou direito sonogado ..... 65  
*Janaina Muniz da Silva*

Voto electrónico y Democracia. Mentalidad Jurídica y mentalidad tecnológica ..... 81  
*Ángel Pelayo González-Torre*

### NUEVAS FORMAS DE INTERPRETACIÓN PENAL.....111

La Extorsión Digital como delito transnacional: La responsabilidad penal de las plataformas digitales y la automatización delictiva” ..... 113  
*Alvaro Daniel Lujan Zúñiga*

Ética en la investigación jurídica: desafíos y prácticas en la integridad académica ..... 141  
*María Delia Macías Reyes*

Las investigaciones internas en la ley 27.401 y las garantías constitucionales ..... 153  
*Rosana Elizabeth Luggren*

**DERECHOS DE LA NATURALEZA.....171**

Incendios Forestales en Bolivia: Crítica a la normativa desde la perspectiva comparada ..... 173

*Ariadne Lucía Salguero Mendoza*

**DERECHO DE IBERIA Y AMÉRICA.....197**

Hacia una democracia intercultural.....199

*Yolanda Franco Durán*

**DERECHO PRIVADO, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y TENDENCIAS.....217**

Consentimiento digital en espacios inmersivos: desafíos para la protección del consumidor ..... 219

*María Angélica Ferrer-Herrera*

El Futuro del Trabajo es Inclusivo: Tecnología Adaptativa y Transformación Digital ..... 239

*Marcela Lissete Gómez Gómez*

Herencia digital: perfiles monetizados y el reto sucesorio en Derecho de Familia ..... 259

*Felipe Formagio Ribeiro de Souza, Gabrielli de Moura Ruiz, Isabelle de Quintal, Isadora Comuni Salzani, Mayara Ferraz Fonseca*

La “identidad digital” en internet: creación de perfiles falsos en redes sociales ..... 285

*María González García Viñuela*

Innovación en la Enseñanza Jurídica: Uso de IA en Simulaciones de Violencia de Género ..... 315

*Paola Jimena Noya Cabrera*

Gestación subrogada en Ecuador: Origen genético del nasciturus como sujeto de dignidad humana y su tratamiento normativo ..... 337

*Carla Valentina Cela Antón*

1

# Democracia y Estado de Derecho

Perspectivas en la Era Digital







## Algoritmo, Democracia y vulnerabilidades

Algorithm, Democracy and Vulnerabilities

**Catarina Sarmiento e Castro**

Doctorado en Derecho  
Universidad de Coimbra  
Coimbra, Portugal

 <https://orcid.org/0000-0001-6233-1217>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch01>

### Resumen

El artículo analiza de manera crítica cómo la creciente presencia de los algoritmos en los procesos de información pública y participación ciudadana está modificando las bases tradicionales de la democracia. Se expone que la intermediación tecnológica en la circulación de contenidos —especialmente en redes sociales y plataformas digitales— genera asimetrías de poder, pues los algoritmos priorizan la visibilidad y el alcance de ciertos mensajes en función de intereses económicos y políticos, afectando la igualdad informativa y el libre ejercicio de los derechos ciudadanos.

El texto también identifica una serie de vulnerabilidades democráticas asociadas a la automatización de la comunicación: desinformación dirigida, manipulación emocional a gran escala, creación de burbujas ideológicas, opacidad en el tratamiento de datos personales, microsegmentación electoral y discriminación algorítmica. Todo ello puede influir en la formación de la opinión pública y condicionar la toma de decisiones electorales.

Como conclusión, se sostiene que las democracias deben avanzar hacia marcos regulatorios y de transparencia algorítmica, capaces de garantizar el control ciudadano, la ética digital y la protección de derechos fundamentales frente al poder de las plataformas, asegurando así la integridad y legitimidad de los procesos democráticos en la era digital.

## **Palabras clave**

Democracia digital , Algoritmos , Vulnerabilidades tecnológicas , Manipulación informativa , Microsegmentación electoral , Transparencia algorítmica , Derechos digitales , Redes sociales y política.

## **Abstract**

This article critically analyzes how the growing presence of algorithms in public information processes and citizen participation is altering the traditional foundations of democracy. It argues that technological intermediation in the circulation of content—especially on social media and digital platforms—generates power asymmetries, as algorithms prioritize the visibility and reach of certain messages based on economic and political interests, affecting informational equality and the free exercise of citizens' rights.

The text also identifies a series of democratic vulnerabilities associated with the automation of communication: targeted disinformation, large-scale emotional manipulation, the creation of ideological bubbles, opacity in the handling of personal data, electoral micro-segmentation, and algorithmic discrimination. All of these can influence the formation of public opinion and condition electoral decision-making.

In conclusion, it is argued that democracies must move towards regulatory frameworks and algorithmic transparency, capable of guaranteeing citizen control, digital ethics and the protection of fundamental rights against the power of platforms, thus ensuring the integrity and legitimacy of democratic processes in the digital age.

## **Keywords**

Digital democracy, Algorithms, Technological vulnerabilities, Information manipulation, Electoral micro-segmentation, Algorithmic transparency, Digital rights, Social networks and politics.

## INTRODUCCIÓN

Son dos las grandes preguntas que nos provocan esos tiempos de efervescente cohabitación de los algoritmos, en particular, su utilización en el funcionamiento de la inteligencia artificial, con los tradicionales mecanismos de ejercicio de democracia e ciudadanía, en tiempos de plataformaización de la democracia:

**¿Es que los algoritmos están produciendo la vulnerabilidad de la democracia?**

**¿Es que los algoritmos están agravando las vulnerabilidades sociales?**

Esas dos preguntas se asumen de respuesta fundamental, sobre todo cuando lo Observatorio Europeo de Observación de los Medios Digitales, red interdisciplinaria de la UE implementada para luchar contra la desinformación, regularmente nos convoca para un análisis de la realidad: en su reporte mensual de Julio 2025, se concluye que los temas más frecuentemente objeto de desinformación han sido la inmigración, los cambios climáticos y la Ucrania.

En Portugal, la desinformación referente a la narrativa falsa de que los inmigrantes tenían prioridad nel registro à la escuela relativamente a los portugueses, fue la más utilizada, informa el reporte.

### **Algoritmos y democracia**

**¿Es que los algoritmos están produciendo la vulnerabilidad de la democracia?**

Atentaremos en breves notas sobre la primera pregunta:

Lo ejercicio popular de la democracia es eso de hacer escojas - votar significa andarse a decidir entre los diferentes proyectos de un futuro más o menos largo, conocer programas, escucharse diferencias, informarse y ser informado em espacio público.

La **democracia representativa** exige pluralidad, capacidad de

bien informarse sobre los candidatos y sus proyectos, y tiene como piedra esencial la opción libre.

No hay ejercicio pleno de democracia siempre que esta queda polarizada, sin pluralidad – pluralidad de propuestas, pluralidad de candidatas y candidatos, pluralidad de soluciones. Los derechos fundamentales de participación política son garante de la democracia, y su ejercicio pleno convoca la libertad fundamental de expresarse, y el derecho fundamental de recibir ideas, opiniones, pensamientos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 11.º, protege la libertad de expresión y de información, amparando el derecho de una persona a tener opiniones políticas, a recibir y comunicar información política y a compartir ideas políticas.

No hay sufragio libre sin confronto de pensamientos, procurando esclarecer su camino y sus opciones.

No hay ejercicio pleno de democracia sin capacidad de difusión de su mensaje.

La democracia requiere la posibilidad de recibirse esos mensajes libres, objetivas, verdaderas, confiables.

También la **democracia concretizada con la participación** ciudadana en los procesos de decisión pública demanda conocimiento de experiencias, realidades y propuestas distintas, que faciliten la capacidad ciudadana de construcción de soluciones a presentar a los poderes públicos, o de opción, cuando convocadas.

Lo digital lo facilita a todo – la creciente innovación tecnológica facilitó a la difusión y la recepción de mensaje política, reconocido como plataforma de comunicación de cada uno con todos. En algunos espacios geográficos, las plataformas tecnológicas han amparado revoluciones democráticas.

La digitalización simplificó lo ejercicio de derecho de sufragio y

las operaciones de apuramiento de resultados, incrementó su transparencia, la prestación de cuentas, y fortificó la participación política.

En consecuencia, el digital fortaleció la democracia.

Y todavía han sonido alarmes: las herramientas digitales pueden servir la difusión de ideas democráticas, o reforzar sistemas autocráticos. Lo digital, nacido neutral, de todos para todos, para libertar, democratizando – bastará pensarse al efecto transformador de la *Internet* – está, paradójicamente, limitando las libertades fundamentales de pensar y de escoger.

Algunas utilizaciones del algoritmo están conduciendo a la limitación, al empobreciendo el debate, y están propagando desinformación.

Esa limitación es también favorecida por lo exceso de información producida. La saturación informativa está asociada a la capacidad restringida del ser humano de procesarla, y a su búsqueda por la simplificación de la creciente complejidad.

La sociedad, que enfrentaba ya la brecha digital segregadora para aquellos que se quedaban lejos de lo acceso a lo digital, deberá, ahora, resistir a la manipulación, que lo digital también facilitó.

### **La segmentación**

Propalado como medio neutral y de todos, lo camino de lo digital se fue convirtiendo con el uso de mecanismos de recomendación para prescripción de contenidos, asociado a la ultra segmentación de destinatarios. La selección algorítmica de contenidos personalizados transformó la distribución de ideas en un escenario de creciente producción informativa.

Los algoritmos de los motores de búsqueda y, más recientemente, los de las redes sociales abordan a sus usuarios de manera similar a como el marketing trata a sus clientes: los segmentan para ofrecerles aquello que les interesa y, sobre todo, aquello que se busca venderles. En

consecuencia, ni el marketing analógico ni los algoritmos otorgarán visibilidad a vehículos motorizados para el transporte en la nieve a usuarios de plataformas digitales ubicados en el Caribe; en cambio, es mucho más probable que se les ofrezcan tablas de stand up surf. En el ámbito político, los algoritmos no operan de manera distinta.

La asociación de las leyes de la vida política y social, y las leyes de la vida económica, no es reciente. Stuart Mill, en 1859, había buscado la economía para explicar lo que debería ser el desarrollo de la libertad individual, en una sociedad libre e informada, teorizando sobre el *Marketplace* de ideas. Sus teorías rechazaban el control de ideas realizada por un gobierno, defendiendo que cada uno sabría elegir las mejores ideas, después de discutir las libremente, en ambiente neutral.

Sucede que, actualmente, estamos volviendo a tiempos de pérdida de libertad de escoja. Por imposición algorítmica, no se está asistiendo al confronto alargado de ideas, para, en la disputa clarificadora, hacer, cada uno, sus mejores selecciones en plena libertad democrática. Vivemos, por efectos de lo algoritmo, la segmentación de destinatarios, escogidos por sus características, que reciben, en *loop* constante, las ideas más próximas de sus preferencias exteriorizadas, por ejemplo, en redes sociales.

La microsegmentación es basada en *big data*, muchos siendo datos personales, identificando los intereses de los usuarios.

Es esa la lógica del algoritmo de redes sociales – actualmente uno de los más influyentes medios de comunicación política: darnos lo que deseamos oír; darnos lo que corresponde al que esperamos. Si novedad.

**Con eso, están cerrándonos en nuestra convicción o en nuestra percepción:** conociéndonos, nos están alimentando de lo que nos es más próximo, lejano del confronte de ideas.

**Y lo haciendo, el algoritmo cierra lo ciudadano digital al mundo** – lo que es paradójico: de la libertad propiciada pela *Internet*, y de sus características de medio de masas, caminamos para **un no expec-**

**table cierre de mentalidades en grupos**, rechazando la libre discusión aclaradora.

Todavía, sin novedad no existirá discusión crítica, no existirá confronto de ideas, no existirá pluralidad, cerrándose cada ciudadano en su propio círculo, a cada vez más predeterminado, más delimitado, más segmentado.

**Es obvio que lo problema no es solamente** que el algoritmo nos encierra en un círculo de ideas iguales a las que ya serán las nuestras ideas, lo haciendo en virtud de la **micro segmentación**. Además, lo algoritmo no es neutral, siendo opaco.

Eso poder de agruparnos es manipulable, y, hoy, lo poder de la imagen se sobrepone al texto de discusión de ideas. Por veces, un video o imagen, nos captura la atención, transportando-nos al círculo de ideas falsas, o percepciones erróneas, donde el algoritmo va a aprisionarnos. Es conocido lo favorecimiento de lo algoritmo en relación con el *engagement* en las redes sociales - *clicks, likes, emojis, share, favorites* - lo que instiga la polarización, las emociones fuertes, lo extremar de opiniones, y las falsedades para suportarlas.

### **La desinformación**

La situación se agravará si, al conocernos en profundidad —a través de cada clic y de cada elección en distintos ámbitos—, los algoritmos llegan a manipularnos, ofreciéndonos al candidato que desean promover, las ideas que buscan posicionar o incluso informaciones falsas, con el objetivo de construir una “verdad” conveniente para quienes diseñan, controlan y dominan dichos algoritmos.

Para eso, se produce un anuncio político personalizado, dirigido al grupo específico de personas; o se incrementa su circulación y el alcance, en cámara de eco amplificadora, fortaleciendo la visibilidad de sus ideas. En sí misma, la personalización no es negativa y ha existido siempre. Se dirige la información más interesante al destinatario. Todavía, lo

cierre de perspectivas, la grandeza de su alcance, y la desinformación potencialmente asociada, lo cambian todo.

Lo que podría ser un mecanismo algorítmico para ajustar estrategias de campañas - hasta en tiempo real, analizando comentarios y reacciones de los destinatarios frente a medidas e ideas, adaptándose al sentimiento públicamente manifestado - puede resultar transformándose en mecanismo de difusión personalizada de noticias falsas, o manipuladoras, que canibalizan la verdad, sin espacio para otras ideas.

La micro segmentación cerra la gente en sus percepciones, las segrega en grupos *target*, se manifestando como un obstáculo á la igualdad de oportunidades, predisponlo á la manipulación.

Toda la manipulación se extiende con la utilización de mensajes falsas, mas también de *deepfakes*, con video, imagen y audio maliciosamente transformados. Toda esa *AI Slop* amenaza la integridad del discurso político e la confianza en la democracia.

La desinformación es el lado más negativo de lo algoritmo, porque es intencionalmente manipuladora, influenciando engañosamente los destinatarios, desestabiliza el proceso democrático, y alcanza, hace veces, ser antidemocrática.

### **Puntos positivos e algunas soluciones**

Las precedentes preocupaciones no deben hacer olvidar lo **contribuyo positivo** de la Inteligencia Artificial para el desarrollo de un ambiente democrático sano.

Asimismo, los algoritmos están trabajando para el control del *hate speech* e *fakenews*. A pesar de la moderación de *hate speech* haber sido abandonado en algunos casos, lo algoritmo sigue posibilitando el ejercicio del control, concretizando una primera decisión.

Significa eso que el *software* tiene la capacidad de volverse en solución que ocupa lo espacio de la reglamentación y de la decisión ju-

rídica.

Lo mismo resulta importante en la lucha contra ciberataques o tentativas de fraude dirigidos a sistemas informáticos electorales, robusteciendo las garantías de ciberseguridad contra ciberamenazas.

La inteligencia artificial también está impactando la democracia positivamente, optimizando la accesibilidad y participación. La movilización política es mejorada: a través de la disponibilidad de *chatbots* para análisis de programas electorales, por veces muy extensos, por los electores, o para responder a preguntas sobre fechas, ejercicio de voto, locales, también suele ayudar positivamente.

Todavía, segmentación y desinformación siguen preocupando. Enunciamos unas breves notas apuntando algunas soluciones.

Para resistir a la segmentación y desinformación, la Unión Europea aprobó recientemente una **regulación de publicidad política, incluso, la publicidad política en línea**. El Reglamento 2024/900 tiene por objetivo garantizar que la prestación de servicios de publicidad política respete plenamente los derechos fundamentales, asegurando la transparencia, reforzando la lucha contra la desinformación y la resistencia a la interferencia, incluso a la interferencia extranjera. Las normas, incluso las normas de transparencia, deben reglar la publicidad política en plataformas o buscadores, alcanzando todos los servicios y funciones.

También del punto de vista de las estructuras orgánicas, la Unión Europea se está esforzando para garantizar medios para la lucha contra la desinformación, con la creación de lo Observatorio Europeo de Observación de los Medios Digitales, al que hemos hecho referencia nel introducción de esa temática.

En la perspectiva de la protección de la información personal con reflejo en la dinámica política, la regulación europea de protección de datos establece la prohibición de *profilig* basado en categorías de datos sensibles (artículo 22.º, n.º 4, y artículo 9.º, datos políticos como datos

sensibles), y exige consentimiento expreso para publicidad política. Al mismo tiempo, la regla es que los tratamientos de datos personales quedan prohibidos cuando revelen las opiniones políticas (artículo 9.º).

En referencia a inteligencia artificial, lo Reglamento 2024/1689 (inteligencia artificial) establece prohibición de manipulación subliminal del comportamiento electoral al rechazar, en artículo 5.º, n.º 1, a), el uso de «técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas». Debido al riesgo inaceptable que supone su utilización, lo Reglamento prohíbe explícitamente el uso de técnicas subliminares.

En democracia, lo respeto por la transparencia en el uso de la inteligencia artificial, fue inscrito como principio fundamental nel Reglamento europeo. Eso es a cada día más relevante ya que lo espacio de verdad los media tradicionales, libres, independientes, protectores de la veracidad e independientemente regulados, está siendo ocupado por uso no ético de difusión de información en las redes sociales.

El Reglamento califica como de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial utilizados por candidatos para influir en la votación durante los procesos electorales, así como aquellos empleados en la contabilización de los resultados. En este sentido, el punto 8, inciso b), del Anexo III del Reglamento de Inteligencia Artificial considera de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial utilizados para «influir en el resultado de una elección o referéndum, o en el comportamiento de voto de personas físicas en el ejercicio de su derecho al sufragio en elecciones o referéndums».

## Referencias bibliográficas

- Canotilho, J. J. G., & Moreira, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada* (Vol. 1, 4.<sup>a</sup> ed.). Coimbra Editora.
- Castro, C. S. e. (2016). *Direito fundamental à Internet*. CiberLaw by CIJIC, (2). [https://www.researchgate.net/publication/313359981\\_Direito\\_a\\_Internet](https://www.researchgate.net/publication/313359981_Direito_a_Internet)
- Castro, C. S. e. (2017). *Administração Pública.pt* (p. 635). Coimbra.
- CNN. (2025, enero 7). *Meta, censorship and moderation*. <https://edition.cnn.com/2025/01/07/tech/meta-censorship-moderation>
- European Digital Media Observatory. (s.f.). *European Digital Media Observatory*. <https://edmo.eu/>
- European Parliament. (2023). *Artificial intelligence, democracy and elections*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/751478/EPRS\\_BRI\(2023\)751478\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/751478/EPRS_BRI(2023)751478_EN.pdf)
- Gillespie, T. (2010). The politics of “platforms”. *New Media & Society*, 12(3), 347–364.
- González de la Garza, L. M. (2024). El contenido de las llamadas «técnicas subliminares» y las vulnerabilidades de grupo específico de personas en el Reglamento de inteligencia artificial. *En Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea* (pp. 251–ss.). Aranzadi.
- Kinkead, D., & Douglas, D. (2020). The network and the demos: Big data and the epistemic justifications of democracy. *En Big data and democracy* (pp. 119–134). Cambridge University Press.
- LabCom–Universidade da Beira Interior, & Entidade Reguladora para a Comunicação Social. (2025). *Desinformação nas legislativas 2025: Atividade dos partidos nas redes sociais*. [https://labcom.ubi.pt/wp-content/uploads/2025/07/2025\\_RelatorioERC\\_V6.pdf](https://labcom.ubi.pt/wp-content/uploads/2025/07/2025_RelatorioERC_V6.pdf)

- McKay, C., & Trauthig, I. (2025, agosto). *Then and now: How does AI electoral interference compare in 2025?* Centre for International Governance Innovation. <https://www.cigionline.org/articles/then-and-now-how-does-ai-electoral-interference-compare-in-2025/>
- Mill, J. S. (2011). *On liberty*. Cambridge University Press. (Obra original publicada en 1859)
- Moore, M. (2018). *Democracy hacked*. Oneworld.
- Naciones Unidas (UNRIC). (2024, junio). *¿Puede la inteligencia artificial influenciar los procesos electorales?* <https://unric.org/es/peligros-y-beneficios-de-la-inteligencia-artificial-en-procesos-electorales/>
- Naciones Unidas. (2025, enero). *UN says hate speech control is not censorship*. <https://news.un.org/en/story/2025/01/1158886>
- Shaffer, K. (2019). *Data versus democracy: How big data algorithms shape opinions and alter the course of history*. Apress. <https://books.google.pt/books?id=HD2gDwAAQBAJ>
- UNESCO. (2024). *Inteligencia artificial y democracia* (p. 18). [https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef\\_0000389736\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000389736_spa)
- Unión Europea. (2024). *Reglamento de publicidad política* (DOUE 2024/900). Diario Oficial de la Unión Europea. <https://www.boe.es/doue/2024/900/L00001-00044.pdf>
- World Economic Forum. (2025). *Rethinking media literacy: A new ecosystem model for information integrity*. [https://reports.weforum.org/docs/WEF\\_Rethinking\\_Media\\_Literacy\\_2025.pdf](https://reports.weforum.org/docs/WEF_Rethinking_Media_Literacy_2025.pdf)

## **Análisis de proporcionalidad: prohibición del uso de dispositivos móviles durante el ejercicio del sufragio en Ecuador**


Proportionality analysis: prohibition of the use of mobile devices during voting in Ecuador


**Sherline Asdrith Chilán Briones**

Estudiante investigador

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Manabí, Ecuador

 <https://orcid.org/0009-0009-2586-0449>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch02>

### **Resumen**

Se analiza la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral ecuatoriano, que prohíbe el uso de dispositivos móviles eléctricos y/o electrónicos durante el ejercicio del sufragio en los segundos comicios de las Elecciones Generales 2025. El estudio realiza un análisis de la Sentencia 23-21-IN/25 emitida por la Corte Constitucional en respuesta a la acción de inconstitucionalidad, la cual argumenta una colisión entre la libertad de expresión, el voto secreto y la reserva de ley; así como la aplicación del test de proporcionalidad a la resolución previamente mencionada, atendiendo a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La metodología combina una revisión bibliográfica y normativa, así como un análisis comparativo entre la perspectiva del voto mayoritario y el voto salvado de la Corte a través de la triangulación. La estructura del presente trabajo abarca la contextualización, revisión bibliográfica y normativa, para finalmente abordar las conclusiones formuladas. Finalmente, se concluye que la norma impugnada no supera el test de proporcionalidad, pues a pesar de que cuenta con un fin constitucionalmente válido, existen inconsistencias en su configuración y aplicación. Entre estas irregularidades se enuncian: la falta de tipificación de la conducta sancionada, la incorrecta identificación del sujeto objeto de sanción, el marco de acción sobre el cual actúa la norma resulta deficiente, y finalmente el alcance territorial sobrepasa

el nivel geográfico en donde fue identificada la necesidad inicial.

**Palabras clave:** Dispositivos móviles, libertad de expresión, test de proporcionalidad, transparencia electoral, voto secreto.

### **Abstract**

This paper analyzes Resolution PLE-CNE-2-13-3-2025 issued by the Plenary Session of the Ecuadorian National Electoral Council, which prohibits the use of mobile electrical and/or electronic devices during voting in the second round of the 2025 General Elections. The study analyzes Ruling 23-21-IN/25 issued by the Constitutional Court in response to the constitutional challenge, which argues a conflict between freedom of expression, secret voting, and legal reserve, as well as the application of the proportionality test to the aforementioned resolution, taking into account the sub-principles of suitability, necessity, and proportionality. The methodology combines a bibliographic and regulatory review, as well as a comparative analysis between the majority vote perspective and the dissenting vote of the Court through triangulation. The structure of this paper covers contextualization, bibliographic and regulatory review, and finally addresses the conclusions reached. Finally, it is concluded that the contested rule does not pass the proportionality test, since despite having a constitutionally valid purpose, there are inconsistencies in its configuration and application. Among these irregularities are: the lack of classification of the sanctioned conduct, the incorrect identification of the subject of the sanction, the framework of action on which the rule acts is deficient, and finally, the territorial scope exceeds the geographical level where the initial need was identified.

### **Keywords**

Electoral transparency, freedom of expresión, mobile devices, proportionality test, secret ballot.

## INTRODUCCIÓN

El proceso electoral para las Elecciones Generales 2025 en Ecuador se ha caracterizado por ser un período convulso debido a la crisis política y los debates generados en torno a la restricción establecida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral (CNE), quien a través de la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 decidió restringir el uso de dispositivos móviles, eléctricos y/o electrónicos durante el ejercicio del sufragio en la segunda vuelta electoral. Decisión que ha sido objeto de debate debido a que la naturaleza de dicha restricción pone en colisión derechos fundamentales como la libertad de expresión frente al derecho al voto secreto.

Resulta importante resaltar que Ecuador no es el único país que ha desarrollado mecanismos para restringir el uso de dispositivos electrónicos durante el ejercicio del voto con el fin de asegurar la transparencia de los procesos electorales. En España, la ley orgánica 5/1985 establece que el voto es secreto y prohíbe cualquier acto que intente identificar el sentido de este, en México la Ley General en Materia de Delitos Electorales sanciona a quienes soliciten votos y evidencia del sentido de este, ya sea a cambio de contraprestaciones o por medio de intimidaciones o uso de violencia; mientras que en el caso chileno, a través de la Ley 18.700 se establecen fuertes sanciones tanto para candidatos y electores que provean o acepten incentivos económicos a cambio de direccionar el voto o que hayan sido sorprendidos registrando el contenido de su voto.

En el caso ecuatoriano, la restricción sustenta su legitimidad en garantizar la transparencia del proceso electoral al impedir que el electorado registre el resultado de su voto y pueda así responder a intimidaciones o sobornos por parte de organizaciones delictivas que buscan influir en los resultados del proceso. Sin embargo, este objetivo ha sido ampliamente cuestionado, dado que pone en colisión derechos fundamentales que a la vez son pilares fundamentales de los sistemas democráticos: el derecho al voto y la libertad de expresión. Adicionalmente, existen serios cuestionamientos sobre el mecanismo que direcciona esta restricción y

las sanciones que se desprenden de su inobservancia.

Precisamente estos cuestionamientos motivaron que se presente una acción de inconstitucionalidad, la cual fue seleccionada por la Corte Constitucional y resuelta a través de la sentencia 23-25-IN/25, en donde se declaró la constitucionalidad condicionada de la restricción impugnada. Sin embargo, incluso dentro de la misma sentencia existen posturas que discrepan entre sí, por lo que resulta pertinente analizar los hechos y la decisión adoptada por la Corte Constitucional a la luz del test de proporcionalidad.

Para ello, el presente estudio se propone analizar la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral en el marco de la Sentencia 23-25-IN/25 de la Corte Constitucional, respecto a la limitación del uso de dispositivos móviles, eléctricos y/o electrónicos durante la segunda vuelta de las Elecciones Generales 2025.

Para esto, se describen los puntos clave de la sentencia que comprenden al voto mayoritario y el voto salvado, a la vez que se identifican los derechos y principios jurídicos constitucionales implicados en la prohibición mencionada, para finalmente implementar el test de proporcionalidad analizando los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto con la finalidad de determinar si la restricción mencionada constituye un mecanismo que garantice la transparencia electoral y si su aplicación es debidamente proporcional.

## METODOLOGÍA

Se adopta un enfoque analítico y jurídico, pues se orienta a evaluar la constitucionalidad y proporcionalidad de la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral entorno a la prohibición de dispositivos móviles, eléctrico y/o electrónicos, al igual que se analiza la Sentencia 23-21-IN/25 de la Corte Constitucional. Esto se complementa con una revisión bibliográfica de la doctrina relevante en conjunto con la norma contenida en los instrumentos internacionales y en la legislación ecuatoriana.

De esta revisión se desprenden la identificación de los principios y derechos involucrados en la discusión, mismos que serán ponderados mediante la aplicación del test de proporcionalidad, método que actúa como principal estructurante de este trabajo. El cual se desglosa en el análisis de sus subprincipios y nos permite evaluar la idoneidad y necesidad de la medida impugnada, así como la proporcionalidad entre la restricción y los beneficios obtenidos de su aplicación.

Del resultado del análisis tanto de la resolución como de la sentencia en conjunto con los hallazgos de la revisión bibliográfica y normativa se formula un nuevo criterio que, en contraste con la evaluación crítica realizada sobre el voto mayoritario y el voto salvado emitido por la Corte Constitucional, mediante el desarrollo de una triangulación permiten dotar de mayor fiabilidad los resultados obtenidos al finalizar la investigación pues se analizan varias perspectivas sobre el mismo punto de discusión.

## RESULTADOS

La restricción a los derechos fundamentales por mucho tiempo ha sido objeto de riguroso debate dentro de la doctrina. Sin embargo, esta limitación no ha sido tan explorada dentro del campo electoral, específicamente en lo relacionado al derecho fundamental al voto universal, igual, directo, secreto, libre y escrutado públicamente. Para esto, es importante resaltar que los procesos electorales son la piedra angular de todo sistema democrático, por lo que asegurar su transparencia es fundamental. No obstante, las medidas adoptadas en Ecuador en el marco de los últimos comicios para el período 2025-2029, en torno a la prohibición del uso de dispositivos electrónicos que permitan registrar el voto, ha abierto el debate sobre posibles tensiones entre derechos fundamentales y principios constitucionales frente a restricciones estatales.

Frente a ello Aguilar (2015,) menciona que “cualquier limitación a lo que él denomina derechos político-electorales debe ser abordada desde la más estricta cautela puesto que el voto constituye la columna vertebral de los sistemas democráticos”, por lo que su restricción solo puede justificarse bajo circunstancias excepcionales y debidamente fundamentadas. Por tal razón, el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental a la hora de determinar si la restricción al voto universal o a la implementación de requisitos para su ejercicio, se encuentran fundamentadas y son debidamente proporcionales, considerando el mayor beneficio y la menor restricción a la persona. Sin embargo, cabe mencionar que el autor señala que “el test de proporcionalidad no está diseñado para brindar certezas, sino para encaminar al legislador hacia una resolución plausible cuando se encuentre frente a una colisión de derechos fundamentales y restricciones legislativas”.

En el mismo sentido, Comella (2020) asegura que el principio de proporcionalidad como mecanismo para resolver problemas jurídicos contiene cierta deficiencia:

*“pues a pesar de ser una herramienta usada por los jueces para moderar*

*los resultados legislativos, su naturaleza exige de un análisis interpretativo el cual podría encontrarse influido por convicciones morales y políticas. Por lo que es necesaria una teoría sustantiva para analizar qué tan extrema puede ser una medida gubernamental” (p. 21)*

En otras palabras, el principio de proporcionalidad ofrece un marco de acción de carácter general aplicable a múltiples áreas. Por lo que es necesario establecer criterios específicos para la interpretación del derecho al sufragio y restricciones gubernamentales del mismo. En conjunto con esto, también señala que previo a la aplicación del principio de proporcionalidad es necesario determinar en un primer momento la existencia de un verdadero fin legítimo por el cual se justifique la restricción. Pues de no existir, no habría razones para analizar proporcionalidad, y la norma sería inaplicable debido a su naturaleza.

Por su parte, Melian (2024), desde un análisis de la legislación española señala que el delito de cohecho electoral, contemplado en el artículo 146 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral (LOREG), es utilizado como una herramienta para influir en la voluntad general, adulterando los procesos electorales a través de la compra de votos por correo. Tipo delictual que supone una vulneración del derecho fundamental de participación consagrado en el artículo 23 de la Constitución española. Concluyendo que a pesar de que este delito el calificado como cohecho, también poder ser cometido por particulares, no solo autoridades estatales que ostentan el poder. Pero destaca que independiente del carácter de la persona que ejerza la coerción, el común denominador es el deseo de mantener el poder estatal en determinado grupo o partido político. A pesar de que la legislación española no determina una prohibición explícita para registrar el voto a través del uso de dispositivos electrónicos, si establece la necesidad de sancionar a quienes intenten influir en la transparencia de los resultados de un proceso electoral.

De la misma forma, Cavada (2022), nos ofrece una perspectiva

desde la legislación chilena, en donde la Ley N.º 18.700 tipifica conductas de diverso origen como delitos electorales y establece sus respectivas sanciones y multas. En lo relacionado al caso de estudio, el sistema chileno establece una prohibición explícita a la utilización de cualquier procedimiento o medio encaminado a dejar constancia de la preferencia del voto. Y realiza una distinción del mismo delito, en función de quien lo comete. En caso de que el cohecho electoral lo cometa un candidato, la Ley establece que la persona deberá ser sancionada con una multa pecuniaria y la inhabilitación absoluta y perpetua para poder ejercer cargos públicos. Mientras que, si la infracción es cometida por un elector, se presumirá que la persona vende su voto ya sea por una recompensa económica o cualquier otra dádiva y será sancionado igualmente con una multa pecuniaria y reclusión menor en su grado mínimo que varía entre los 61 y 540 días.

En este contexto, Ecuador ha emitido su propia disposición al respecto, la cual presenta características, motivaciones y desafíos particulares, por lo que resulta pertinente su análisis individual como objetivo primordial de esta investigación. Con el objetivo de determinar si la restricción es necesaria al existir un fin constitucionalmente legítimo, si es en efecto idónea para alcanzar ese fin y, si la restricción a los derechos fundamentales es proporcional en razón al beneficio que se pueda obtener de la limitación de ciertos derechos. Lo que lleva a plantearnos el siguiente cuestionamiento: ¿La Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 del Pleno del CNE persigue un objetivo legítimo y por consiguiente supera el test de proporcionalidad respondiendo a los subprincipios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto?

Previo a abordar los hechos que dieron lugar a la problemática planteada, es preciso comprender cómo es concebido el principio de proporcionalidad desde el marco doctrinal y normativo. Para esto, resulta necesario establecer que este principio concibe su legitimidad bajo la premisa de que no existen derechos absolutos, pues cada uno se enfrenta a infinitas posibilidades de ser limitado. De esta forma se establece la ne-

cesidad de mecanismos de interpretación que marquen la racionalidad de estos límites, siendo el principio de proporcionalidad la principal barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los derechos fundamentales, pues consiste en una “técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos fundamentales expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos en la medida de lo posibles” (Carbonell, 2008, p.8).

Por lo que llegado a este punto es preciso abordar los tres subprincipios que componen al principio de proporcionalidad. Siendo estos los subprincipios de necesidad, idoneidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales en su conjunto componen la idea de optimización respecto a las posibilidades tanto fácticas como jurídicas. De esta forma, los subprincipios de idoneidad y necesidad responden a las posibilidades fácticas, buscando evitar restricciones a los derechos fundamentales las cuales puedan afectar a otros principios, intentado encontrar la solución más óptima en la práctica. Por su parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se ocupa de aquello que es jurídicamente posible, es decir, las posibilidades jurídicas.

Frente a ello, el subprincipio de idoneidad busca satisfacer dos elementos clave: que la medida adoptada cuente con un fin constitucionalmente legítimo y que esta sea adecuada para satisfacer ese fin. Es decir, la idoneidad pretende que cualquier medida sea adecuada y efectiva y, que no cause un daño innecesario. En este sentido, si el medio adoptado no solo no logra satisfacer el fin legítimo, sino que además obstaculiza otros principios, entonces a norma debe ser descartada.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad representa un freno al exceso legislativo, pues tiene el objetivo de identificar aquella medida que represente el mínimo impacto negativo sobre los derechos fundamentales, sin tener que sacrificar la eficacia de esta. Por lo que exige que de entre dos posibles medidas igualmente idóneas, se adopte la menos restrictiva con relación a otros derechos o principios implicados.

Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto entra en juego cuando los subprincipios de idoneidad y necesidad no son suficientes para evitar la colisión de principios o derechos. Es decir, busca equilibrar los derechos en conflicto cuando no haya sido posible satisfacerlos plenamente a ambos. Para esto, será preciso considerar que “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexis, 2011). Es por ello que evalúa a través de un análisis de ponderación el grado de afectación y la relevancia de cada uno de los principios o derechos implicados, asegurando que la adopción de la medida sea proporcional desde el análisis de la norma.

Una vez definido cada uno de los elementos a analizar, es preciso contemplar lo establecido en el marco jurídico ecuatoriano con relación a los derechos en colisión dentro del caso analizado. Para esto, nos remitiremos a la Constitución de la República del Ecuador, la cual consagra el derecho al voto, contenido en el artículo 62 el cual expresa que “todas las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente” (p. 31). De la misma forma, la libertad de expresión se encuentra contenido en esta norma, específicamente en su artículo 66 numeral 6 mismo que determina que “toda persona tiene derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones” (p. 32).

Por otra parte, es preciso abordar cómo es contemplado el derecho a la libre expresión dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, el artículo 19 numeral 2 del mencionado instrumento cita lo siguiente:

*“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.”* (p. 7)

Con respecto a esto la Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos mencionado que cualquier restricción al derecho a la libre expresión “deberá estar previamente fijadas por la ley y solo podrán imponerse cuando sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás y para garantizar la protección nacional y el orden público”. De la misma forma, enfatiza que no se permitirán restricciones por motivos que no estén especificados en el artículo 19, y que “las restricciones solamente podrán ser aplicadas para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen”. En el mismo sentido, hace énfasis en que “las restricciones al derecho a la libertad de expresión solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen.” (párr. 22).

Una vez establecidos los derechos constitucionales en colisión, es preciso determinar que el sistema ecuatoriano en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece los métodos y reglas para la interpretación constitucional por lo que determina en su artículo 3 numeral 2 que:

*“Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.”* (p. 3)

Este articulado lo que hace es positivizar lo ya propuesto en la doctrina y volverlo aplicable al sistema ecuatoriano a través de la LOGJCC.

Por su parte, la Corte Constitucional también se pronuncia al respecto del principio de proporcionalidad y expresa a través de la Sentencia N.º 11-18-CN/19 que tan solo la ausencia de una de los elementos con-

templado en la LOGJCC sería suficiente para considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad. En relación al fin constitucionalmente válido, expresa que este “debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos” (p. 23). En cuanto a la restricción de derechos, hace énfasis al declarar que cualquier restricción a derechos debe ser interpretada como un medio para alcanzar la satisfacción del fin constitucionalmente válido. Es decir, si el fin es conseguido a través del medio (restricción) escogido, entonces este será idóneo. En cuanto a la necesidad, refiere que este criterio permite descartar otras medidas que no llegan a ser alternativas viables a pesar de permitir el alcance del fin válido. Finalmente, la Corte Constitucional menciona que es preciso:

*“mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio. Por lo que, si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo humano comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor”.* (p. 25)

Una vez establecidas estas consideraciones previas, se abordan los hechos que dan lugar a la sentencia. El 13 de marzo de 2025 el Pleno CNE decide a través de la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025, prohibir el uso de dispositivos móviles, electrónicos y/o eléctricos durante el ejercicio del sufragio y escrutinio de votos en la segunda vuelta de las Elecciones Generales 2025. Medida que fue adoptada en función del informe Nro. PN-DGI-DAO-DESP-2025-0009- INF presentado por la Policía Nacional del Ecuador, el cual asegura que existen grupos de delincuencia organizada (GDO) operando con el fin de interferir en el proceso electoral en curso. La Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 con respecto al informe cita lo siguiente:

Se ha evidenciado que, en diversos sectores de Guayaquil, como mercados y barrios populares, se ha forzado a ciudadanos y comerciantes a participar en actividades

de campaña.

[Se concluye que] existen denuncias de que individuos y grupos han presionado a ciudadanos para que voten a favor de determinados movimientos políticos, ofreciendo incentivos económicos, como pagos por cada voto. Este tipo de prácticas compromete la integridad del proceso electoral y puede alterar los resultados de las elecciones al influir indebidamente en las decisiones de los votantes. (p.2)

Dichos actos han sido interpretados como una forma en que los grupos de delincuencia organizada (GDO) buscan influir en el rumbo político del país manipulando la voluntad popular. En otras palabras, existen pruebas recogidas por la Policía Nacional que demuestran la existencia de un peligro inminente contra la transparencia de las Elecciones General 2025, por lo que esta institución insta al órgano electoral a tomar medidas urgentes a fin de proteger la voluntad general del electorado.

En consecuencia, la decisión adoptada por el Pleno del CNE busca proteger la transparencia del proceso electoral garantizando el ejercicio del voto libre y secreto, impidiendo que el electorado pueda proporcionar evidencia para responder ante posibles extorsiones. El incumplimiento de la restricción constituirá una infracción electoral, que será sancionada con una multa pecuniaria de entre veintiún a setenta salarios básicos unificados (SBU) y la suspensión de los derechos de participación por un período de entre dos a cuatro años según lo contenido en el artículo 279 de la Ley orgánica electoral, Código de la democracia (LOEOP).

A raíz de esto, surge el debate sobre la constitucionalidad de la disposición, pues se cuestiona si constituye una posible limitación de derechos y principios. Por lo que se presenta una acción de inconstitucionalidad donde se argumenta que la restricción impuesta vulnera el derecho al sufragio y a la libre expresión, al igual que la inexistencia de competencias por parte del CNE para poder emitir requisitos adicionales para

ejercer el derecho al voto, incumpliendo así el principio de reserva de ley.

En razón a esto, la Corte inicia su análisis aclarando que la acción de inconstitucionalidad presentada únicamente busca impugnar la primera frase del artículo 1 de la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025, alegando que esta medida vulnera el principio de reserva de ley pues el órgano emisor carece de competencias para incorporar requisitos adicionales al ejercicio del derecho al sufragio, al tiempo que vulnera el derecho a la libertad y al principio de no restricción de derechos. Por lo que la Corte únicamente se remitirá a resolver sobre este campo de acción, formulando los siguientes problemas jurídicos:

a. ¿La primera frase del artículo 1 de la resolución PLE-CNE-2-13-3-2025, es contraria a los artículos 11 número 3, 132 número 1, 133 números 2 y 4 (principio de reserva de ley), ya que el CNE habría establecido un nuevo requisito para ejercer el derecho a sufragar mediante una resolución, para lo cual no tendría competencia, porque tal regulación debería constar en la ley?

b. ¿La primera frase del artículo 1 de la resolución PLE-CNE-2-13-3-2025, es contraria al artículo 66 número 29 letra d de la Constitución (derecho a la libertad), en concordancia con el artículo constitucional 11 número 4 (principio de no restricción de los derechos), porque se establecería una restricción al elector a la libertad del sufragio y de comunicar su voto? (Sentencia 23-25-IN/24, 2025)

En función de esto, la Corte resuelve que la norma impugnada no es contraria a los artículos citados por el accionante, por lo que resuelve declarar su constitucionalidad condicionada, argumentando que la norma impugnada únicamente establece una “medida de carácter operativo” destinada a restringir el uso de dispositivos móviles durante el ejercicio del sufragio, disposición que no constituye un requisito adicional para ejercer este derecho. De la misma forma, tampoco crea una vulneración a la libertad de expresión pues considerando que el ámbito que abarca la norma consiste únicamente el momento del sufragio, una vez el elec-

tor se encuentre fuera del recinto electoral podrá comunicar su elección como considere pertinente.

Adicional a esto, explica que, dentro del campo abarcado por el derecho al sufragio libre y secreto, no se desprende un derecho a fotografiar o grabar la papeleta electoral para su posterior difusión. Por el contrario, considera que este acto pone en riesgo la transparencia del proceso electoral, exponiendo a los electores a posibles terceros que busquen influir en su elección. En el mismo sentido, menciona que la difusión masiva de las preferencias individuales de los electores antes del término de la jornada electoral podría perturbar la decisión de aquellos que aún no han ejercido el sufragio, resultando en una forma de propagando electoral y yendo en contra de lo establecido en el artículo 207 numeral 5 de la LOEOP.

Por otra parte, de la revisión del voto salvado emitido por la Jueza Alejandra Cárdenas Reyes, se ha determinado que coincide con la decisión de la Corte en que la prohibición no regula el contenido del derecho al sufragio, ni representa una limitación para que el elector exprese sus preferencias políticas. Mientras que el punto de disidencia reside en que, a criterio de Cárdenas, el voto mayoritario omite pronunciarse sobre las consecuencias de inobservar la prohibición, así como de si la conducta restringida es o no objeto de sanción y si ello representa una transgresión al principio de reserva de ley (párr.7).

De ello se desprenden las siguientes afirmaciones: En primer lugar, la norma impugnada vulnera el principio constitucional de reserva de ley. Segundo, la sanción que correspondería ante el incumplimiento de esta nueva conducta es desproporcional. Tercero, el análisis de la infracción electoral del artículo 207 numeral 5 de la LOEOP nada tiene que ver con la prohibición contenida en la norma impugnada. (párr.9)

En su análisis, concuerda y no cuestiona las competencias constitucionales del Consejo Nacional Electoral para garantizar la transparencia del proceso electoral. Sin embargo, esta atribución no abarca el poder

desarrollar infracciones sujetas a sanción. Por lo que, a pesar de que el LOEOP en su Art. 279.12 establece como infracción grave la inobservancia a las resoluciones del CNE, aquello no implica que este órgano tenga la facultad de crear infracciones pues ellos es competencia privativa de la Asamblea Nacional. Es decir, la creación de la norma impugnada no entra en esas competencias pues esta es de carácter sancionador, no operativo como argumenta el voto mayoritario. (párr.17)

Señala que la norma impugnada debe estar establecida en la ley, tipificarse de manera cuidadosa y atender a una sanción adecuada. Sin embargo, considera que la relación propuesta por el voto mayoritario en donde se insinúa una similitud entre la norma impugnada y el Art 207.5 de la LOEOP que refiere al silencio electoral no guardan relación alguna.

Finalmente, establece como mecanismos alternativos a la sanción establecida, la implementación de protocolos de acción rápida y accesible para presentar denuncias de este tipo. Finalmente, concluye que la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 es inconstitucional porque al crear una nueva obligación o conducta vulnera la reserva de ley, cuya inobservancia, además, genera una sanción legal desproporcionada. (párr.34)

## DISCUSIÓN

De lo anterior se desprende la aplicación del primer test de proporcionalidad siguiendo la línea argumentativa que desarrolla la decisión mayoritaria de la Corte Constitucional, partiendo del siguiente cuestionamiento: ¿la medida restrictiva adoptada por el Pleno del Consejo Nacional Electoral es compatible con el marco normativo expuesto en la acción de inconstitucionalidad, en función del principio de reserva de ley, derecho a la libertad y no restricción de derechos?

En cuanto al componente de idoneidad, la norma impugnada cuenta con un fin legítimo pues busca proteger al electorado contra toda forma de coacción que busque revelar su voto, tal como lo establece la Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos en su párrafo 20. En concordancia con esto, el informe presentado por la policía nacional evidencia la existencia de una potencial amenaza contra la integridad del proceso electoral. Por lo que el prohibir el uso de los dispositivos mencionados en la Resolución, impediría que los electores tomen evidencias sobre el resultado de su papeleta, restringiendo así, el mecanismo por el cual terceros podrían constatar que el electorado ha caído en la amenaza.

En cuanto al criterio de necesidad, la Corte resuelve que la norma impugnada es meramente operativa, pues no busca restringir el ejercicio del derecho al sufragio a través de la imposición de un requisito adicional. Encajando con la competencia de organizar, dirigir, vigilar y garantizar de manera transparente los procesos electorales, tal como la Constitución en su Art. 219.1 otorga al Consejo Nacional Electoral. Al no existir una restricción al derecho al sufragio, consecuentemente no habría vulneración al derecho a la libre expresión. Por cuanto una vez concluido el ejercicio del sufragio, el elector es libre de compartir su tendencia política a través de los medios que considere necesarios, siempre que no constituya un acto de proselitismo político.

En cuanto a lo correspondiente a la proporcionalidad en senti-

do estricto, una vez analizado los puntos anteriores y concluido que la norma impugnada es necesaria e idónea, pues cumple en fin legítimo sin representar una restricción innecesaria al derecho al voto y a la libre expresión, se concluye que la Resolución emitida por el Pleno del CNE es proporcional bajo el marco argumentativo presentado por la Corte Constitucional en su decisión mayoritaria.

Aunque para este estudio se aplica el test de proporcionalidad a los argumentos contenidos en el voto mayoritario de la Sentencia constitucional de la Corte Constitucional, es preciso aclarar que bajo este marco no es necesario un control de constitucionalidad, pues de su argumentación se desprende que no existe una vulneración a derechos constitucionales. Por el contrario, la norma impugnada constituye una protección reforzada a los derechos invocados en la acción de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, del análisis de los argumentos presentados por Cárdenas en el voto salvado de la sentencia 23-21-IN/25, se concluye que la norma impugnada persigue una finalidad constitucionalmente válida al identificar que la sanción busca prohibir que se tomen fotografías de las papeletas con la finalidad de proteger el derecho voto secreto y libre, consagrado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 62. Estableciendo la idoneidad de un mecanismo de control que impida que los grupos de delincuencia organizada influyan en las decisiones de los electores y por ende en el rumbo político del país.

Sin embargo, de los argumentos desarrollados por Cárdenas se determina que la proporcionalidad se corta en el análisis de necesidad. Pues considera que, a pesar de existir un fin legítimo, existen medidas menos lesivas para poder proteger los derechos amenazados. Entre estas opciones propone el desarrollo de protocolos de acción rápida para la recepción de denuncias. Medida que en contraste con la prohibición de fotografiar el voto el voto, representa una opción menos restrictiva a derechos, pues permite salvaguardar la transparencia del proceso electoral

sin sacrificar los derechos y la integridad de los electores.

A pesar de lo anterior, Cárdenas establece una desproporcionalidad pues la sanción resulta muy gravosa en contraste con el fin perseguido. Considera que la multa pecuniaria de veintiún a setenta SBU y la destitución y/o suspensión de derechos de participación desde dos hasta cuatro años, resulta excesiva en contraste con la falta cometida. Por otra parte, argumenta que, si el objetivo es garantizar el secreto del voto y la transparencia del proceso electoral evitando coacciones, lo adecuado sería sancionar a quien coaccione y no a la víctima de coacción.

Como nuevo elemento, y de lo analizado dentro de la sentencia de la Corte Constitucional a través de la revisión del voto mayoritario y del voto salvado, se ha encontrado que existen aspectos que aún no han sido abordados dentro de ambas argumentaciones, por lo que se plantea una tercera postura con relación a la resolución y sentencia objeto de análisis a la luz del test de proporcionalidad.

En primer lugar, es preciso mencionar que esta disposición fue adoptada en un contexto de disturbios e inestabilidad política, donde el problema subyacente es la crisis de criminalidad y desconfianza de los ciudadanos hacia las instituciones estatales debido a la percepción de inactividad y carencia de respuestas efectivas por parte de estas. Por lo que la nueva disposición ha sido interpretada como un mecanismo por el cual los órganos estatales intentan retener el control. Sin embargo, en el proceso vulneran la integridad de los electores.

En este sentido, previo a analizar la proporcionalidad de la norma impugnada, es preciso determinar la naturaleza de la Resolución. Como bien se menciona dentro del voto mayoritario de la Corte, esta norma es presentada como una “medida operativa”, la cual consiste en una serie de acciones lógicas que permiten llevar a cabo un proceso. En este sentido, una norma operativa no puede ser sancionatoria. Por lo que no es posible considerar que la norma impugnada es de carácter operativo, pues se adentra en el campo de los derechos constitucionales e identifica

una conducta infractora objeto de sanción. Atribución que resulta incompatible con la facultad organizativa otorgada al CNE en el artículo 219 numeral 1 de la CRE y en artículo 25 numeral 1 de la LOEOP:

[Podrá] Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones (...)

Sin embargo, esta atribución consiste en “poder crear normas de carácter operativo que permitan desarrollar o complementa las leyes existen, sin alterar su contenido fundamental” (Oyarte, 2016). Es decir, el CNE no cuenta con facultad legislativa para poder crear leyes que configuren una conducta infractora, mucho menos que estas sean promulgadas a través de actos resolutorios y no por medio de leyes orgánicas, resultando en la vulneración al principio de reserva de ley.

Por otra parte, el voto mayoritario busca respaldar su argumento alegando que la conducta infractora ya se encuentra normada por lo que no existiría una vulneración a la reserva de ley. Para esto, pareciera que la Corte insinuara una relación entre la prohibición del uso de dispositivos durante el ejercicio del sufragio y el silencio electoral, infracción electoral contenido en el artículo 207 numeral 5 de la LOEOP. Con respecto a esto, es necesario aclarar que el artículo mencionado se encuentra dirigido a regular la publicidad electoral masiva de cualquier tipo, ya sea por parte de las instituciones públicas o los medios de comunicación. La característica particular de esta infracción es su objetivo, que busca persuadir la decisión de los electores previo al sufragio, por lo que su prohibición permite tener un espacio temporal en el cual el elector pueda meditar su voto libre de las influencias externas previo a los comicios.

Por el contrario, la conducta restringida por la norma impugnada parte del supuesto de que el elector busca registrar su voto para responder a una extorsión, lo que consistiría en un acto privado, diferente a la pu-

blicidad electoral contenido en el 207 de la LOEOP. Y, aunque se pudiese argumentar que la difusión de los resultados individuales de cada elector de forma masiva podría influir en aquellos que aún no ejercen el sufragio, recordemos que la resolución del CNE únicamente actúa sobre el uso de dispositivos empleados para registrar el resultado de la papeleta, más no sanciona la difusión de esta información a través de otros mecanismos.

Por el contrario, el 207 de la LOEOP sí sanciona la difusión de información, pero no hace alusión a la utilización de dispositivos durante el ejercicio del sufragio. Por lo que no existiría una relación directa entre lo sancionado por la LOEOP y lo establecido por el CNE en su resolución. Por lo que se concluye que ambas normas no comparten la misma conducta sancionable, contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional en su voto mayoritario.

Una vez analizados los puntos anteriores, abordaremos el análisis de proporcionalidad bajo los argumentos desarrollados por la autora. En primer lugar, se determina que el fin es constitucionalmente válido, en cuanto la norma impugnada persigue la protección del derecho al voto libre y secreto, elemento fundamental para garantizar la transparencia del proceso electoral en cuestión.

Lo anterior encuentra su justificación en que la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 62 establece las características del derecho al voto, en donde menciona que este será “universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente” (Art 62, p.31). De lo que se rescata la característica de secreto, entendido desde la óptica de que ningún ciudadano puede ser obligado a revelar cual ha sido su decisión en las urnas. Por lo que la identificación de una amenaza a la transparencia electoral a través de una limitación al ejercicio del voto libre y secreto constituye una situación en la que el Estado debe hacer frente y tomar acciones. Por lo que el Pleno del CNE invoca las atribuciones otorgadas en la Constitución y la ley para poder dirimir sobre todas las etapas de los procesos electorales y neutralizar la conducta infractora.

Se considera que el criterio de necesidad no se satisface debido a que existía una medida menos gravosa para proteger el bien jurídico reclamado, debido a que la norma impugnada cuenta con un alcance territorial a nivel nacional. Sin embargo, el informe policial que motivo la resolución determina que la conducta que compromete la transparencia del proceso electoral se circunscribe dentro del marco territorial de la ciudad de Guayaquil; por lo cual la medida pudo ser aplicada únicamente en esta circunscripción. Por lo que resulta pertinente cuestionar si esta conducta es replicable a todo el territorio ecuatoriano justificando la resolución de carácter nacional o si únicamente corresponde a lo descrito en el informe. Remitiéndose a lo señalado por la policía nacional, no existen evidencias que respalden la primera opción.

Por otra parte, la Corte Constitucional en su interpretación determinó que el ámbito de aplicación de la norma impugnada abarcaría únicamente el momento del ejercicio del sufragio hasta que la papeleta sea depositada en la urna electoral. Marco que resulta deficiente considerando que también se encuentra implicada la integridad de los electores. Pues siguiendo los argumentos de la Policía Nacional y del CNE, se presupone la existencia de un tercero que extorsiona al elector, mismo que podría estar relacionado a un GDO.

Siendo que, la resolución restringe la actividad dentro de la JRV impidiendo que el elector puede recoger evidencia del resultado de su voto y que así no pueda responder ante este tercero. Pero deja en indefensión a los ciudadanos víctimas de la crisis de violencia en el territorio nacional. Acción que ignora el deber constitucional del Estado de: “garantizar la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas (...)” (CRE, 2008, Art. 393,)

En este sentido, si se comprueba que existe una relación de subordinación entre quien ejerce la coacción y el elector, podemos inferir que el elector se encuentra en una situación de vulnerabilidad en donde

el control para tomar decisiones no está en su poder, convirtiéndolo en una víctima. Es decir, si el elector resulta ser la víctima de una conducta antijurídica tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 185 en relación a la extorsión, resulta irracional e ineficiente sancionar a la víctima de extorsión cuya integridad y la de su círculo inmediato peligra, en lugar de al tercero que comete un delito de carácter mayor. En este sentido, la medida impugnada no representa una protección electoral, pues establece una regulación que sanciona al ciudadano, quien no solo se enfrenta a una amenaza que atenta contra su integridad personal, pues también debe responder a una sanción que muy probablemente afecte su estabilidad económica y sus derechos de participación.

A pesar de que la aplicación de este test de proporcionalidad se traba en el subcriterio de necesidad, se analizará el subcriterio de proporcionalidad. Desde el cual, esta autora coincide con los argumentos del voto salvado de la sentencia 23-21-IN/25 dado que se observa una desproporcionalidad en la sanción impuesta. Pues se observa que la multa pecuniaria impuesta versa entre los veintiún y setenta SBU, monto que resulta excesivo en contraste con la gravedad de la conducta infractora. En comparación, otras infracciones electorales como el porte de armas o el asistir en estado de ebriedad a las JRV, resultan conductas más graves que tienen sanciones pecuniarias de entre once y veinte SBU y el 50% de un SBU respectivamente, siendo estas menos lesivas. Es así que, la sanción pecuniaria establecida por el CNE Resultando en un daño económico significativo para los electores, considerando que un ciudadano ecuatoriano promedio percibe un ingreso menor a dos SBU.

Por otra parte, no se observa un balance entre el beneficio de limitar el derecho a la libre expresión frente a la protección del derecho al voto libre y secreto. En primer lugar, porque contrario a lo argumentado tanto por el voto mayoritario como por el voto salvado, la restricción contenida en la resolución constituye una vulneración a este derecho. Pues dentro de la sentencia, la Corte delimita que los electores no podrán registrar el resultado de su propia papeleta, dejando abierta la posibilidad

de que esta sea registrada por un tercero o por los medios de comunicación si el elector así lo desea. Además, expresa que una vez fuera de la JRV el elector podrá difundir su elección siguiendo el mecanismo que mejor considere, siempre que no incurra en la conducta infractora.

Con esto, se determina la existencia de un criterio discriminador que condiciona el ejercicio del derecho a la libre expresión. Pues el elector no cuenta con la libertad de ejercer este derecho por sí mismo, sino mediante la intervención de terceros. Por lo que la decisión no será del todo una elección libre, sino más bien condicionada a las posibilidades permitidas.

Esta restricción es desproporcionada pues no solo resulta ineficiente para alcanzar el fin constitucionalmente válido, sino que, además aumenta la desconfianza de los electores hacia las institucionales estatales, pues la restricción podría ser interpretada como un límite al control ciudadano contra posibles irregularidades, contradiciendo la publicidad de los actos electorales, y la consolidación de un proceso electoral transparente.

De la aplicación de estos tres análisis de proporcionalidad se desprende que:

**Tabla 1***Triangulación del test de proporcionalidad*

<b>Subcriterios del test de proporcionalidad</b>	<b>Corte Constitucional: Voto mayoritario</b>	<b>Corte Constitucional: Voto salvado</b>	<b>Criterio de la autora</b>
<b>Idoneidad</b>	La norma impugnada es idónea porque busca garantizar la integridad y transparencia del proceso electoral en curso a través de la protección del voto libre y secreto.	La medida adoptada por el CNE si persigue un fin constitucionalmente válido al estar destinada a procurar la integridad del voto libre y secreto, así como la transparencia electoral.	El fin es constitucionalmente válido, sin embargo, el CNE no cuenta con facultad para crear nuevas infracciones, mucho menos por medio de actos resolutorios.
<b>Necesidad</b>	La medida resulta necesaria pues el impedir que se fotografe el voto evita que se pueda responder a extorsiones. Y al ser una medida operativa no genera restricción a derechos.	No se observa una limitación a derechos, sin embargo, la medida no es necesaria pues se propone mecanismos más eficientes como el desarrollo de mecanismos de acción rápida para la recepción de denuncias por coacción.	La medida carece de necesidad pues la norma sobrepasa la circunscripción en donde fue identificada la amenaza, restringiendo derechos innecesariamente, al igual que no limita el cometimiento de extorsiones.
<b>Proporcionalidad en sentido estricto</b>	Se concluye la constitucionalidad condicionada de la norma impugnada siempre que no sea interpretada como un requisito adicional para el ejercicio del sufragio.	La restricción es desproporcional pues propone una sanción excesiva en función de la falta cometida.	Se concluye que la restricción a derechos no es equiparable al beneficio obtenido, por lo que la norma impugnada debió ser declarada desproporcional e inconstitucional.

*Nota.* La tabla presenta la triangulación del test de proporcionalidad a partir de tres perspectivas: el voto mayoritario de la Corte Constitucional, el voto salvado y el análisis de la autora.

Con base a estos criterios se determina que las tres posturas coinciden en que la norma impugnada es necesaria en función de la situación subyacente. Sin embargo, la disidencia surge entorno a los criterios de ido-

neidad; mientras que el voto mayoritario de la Corte declaran la idoneidad y por ende la constitucionalidad de la restricción, el voto salvado en conjunto al criterio de la autora consideran que se debieron analizar los elementos a mayor profundidad, resolviendo que la norma carece de los últimos dos criterios, resultando en la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

## **Conclusiones**

Una vez analizada la prohibición contenida en la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025 del Pleno del CNE y los argumentos presentados por la Corte Constitucional a través del voto mayoritario y del voto salvado a través de la Sentencia 23-21-IN/25, se concluye a través de la aplicación del test de proporcionalidad que la disposición contenida en la mencionada resolución carece de constitucionalidad, pues posee errores en cuanto a su configuración y aplicación. Además, se corrobora que la norma impugnada no representa un requisito adicional para el ejercicio del sufragio, sin embargo, este argumento carece de suficiencia para concluir que no se ha vulnerado el principio de reserva de ley, contrario a lo argumentado por el voto mayoritario.

Al analizar las atribuciones del Consejo Nacional Electoral se determina que estas son de carácter organizativo, logístico y operativo, mas no de carácter sancionador; revelando que este órgano actuó fuera de sus competencias al crear una nueva conducta infractora no establecida previamente en la ley, vulnerando el principio de reserva de ley. De la misma forma, del análisis de la norma impugnada en contraste con el silencio electoral, se desprende que la conducta sancionada por el CNE no es subsumible al artículo 207 de la LOEOP, pues ambas disposiciones sancionan conductas diferentes.

En cuanto al análisis de proporcionalidad de este se desprende que, el garantizar la transparencia de los procesos electorales mediante la protección del derecho al voto libre y secreto es un fin constitucionalmente válido. Sin embargo, la forma en que se ejecutó la protección a este derecho no es la medida más idónea ni proporcional. En primer

lugar, porque la norma impugnada actúa sobre una circunscripción superior al margen territorial en el cual la Policía Nacional identificó la amenaza, ocasionando una restricción innecesaria al derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos en todo el territorio ecuatoriano sin una razón de peso suficiente.

De la misma forma, se puntualiza que la norma impugnada únicamente actúa sobre el momento del sufragio, siendo este alcance deficiente pues no provee mecanismos que protejan al elector frente a un tercero que se presume pertenece a un grupo de delincuencia organizada. En el mismo sentido, se identifica que la norma impugnada no debería sancionar a la potencial víctima de extorción en lugar de al individuo que atenta contra la transparencia electoral mediante coacción. Así mismo, la sanción impuesta daña la estabilidad económica del elector, pues se excede en contraste a la gravedad de la conducta cometida, no siendo equiparable el beneficio alcanzado frente a la limitación de derechos

En contraposición, una medida menos lesiva pudo ser el emitir una resolución a nivel provincial o, en su defecto, identificar las provincias con mayor índice de violencia en el territorio y ampliar el alcance de la restricción a estas zonas. Esto en conjunto con el desarrollo de una línea telefónica directa que recepte únicamente denuncias de este tipo, misma que proporcione asesoramiento a las víctimas y mecanismos de acción. De la misma forma, el despliegue en territorio de personal de fiscalía a fin de poder receptar denuncias de este tipo de forma más eficiente. En este sentido, también resulta pertinente el desarrollo de un programa de seguimiento y protección especialmente dirigido a las víctimas de extorción una vez concluido el proceso electoral. Así como la rectificación dentro de la norma impugnada del sujeto que será objeto de la sanción establecida por el CNE y al tratarse de un delito de tipo penal, activar el proceso correspondiente según lo establece el Código Orgánico Integral Penal.

Una vez determinado que la Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025

carece de constitucionalidad surgen otras de las grandes preocupaciones jurídicas. En primer lugar, existe preocupación con respecto al elemento que motivó la resolución del CNE, pues se ha encontrado una falta de evidencia empírica dentro del informe de la Policía Nacional, poniendo en entredicho la existencia de una conducta generalizada a todo el territorio ecuatoriano que directamente atente contra la transparencia del proceso electoral en cuestión, justificando la necesidad de una restricción a nivel nacional. Por lo que la norma impugnada estaría fundamenta en supuestos teóricos más no en hechos verificables.

En segundo lugar, pesar de que no se analiza a través del test de proporcionalidad, se ha encontrado que la restricción adoptada mediante la resolución del CNE no tiene un margen de temporalidad que lo limite a la Segunda Vuelta Electoral de las Elecciones Generales 2025, quedando abierta la posibilidad de aplicar lo contenido en ella a procesos electorales futuros.

Finalmente, del análisis de los argumentos mediante la implementación del test de proporcionalidad y de su triangulación, se desprende una incógnita en torno a la verdadera eficiencia de este método de control constitucional como un mecanismo que pueda brindar certezas al legislador y ayudarlo a dirimir situaciones donde estén en colisión principios y derechos, más aún cuando no existe una base jurídica desarrollada que regule el campo en cuestión, tal como el caso del sistema ecuatoriano en cuanto a materia electoral se refiere.

## Referencias bibliográficas

Aguilar, A. (2015). *Implementación de la proporcionalidad en el Tribunal Constitucional en materia electoral en México*.

Alexis, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*.

Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. CNDH. [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Var\\_24.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Var_24.pdf)

Cavada, P. (2022). *Delitos electorales en la Ley N° 18.700*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Comella, V. (2020). *Más allá del principio de proporcionalidad*. Revista Derecho del Estado.

Fiscalía Especializada en Delitos Electorales. (2020). *Ley general en materia de delitos electorales*. México.

Jefatura del Estado. (1985). *Ley Orgánica 5/1985, de régimen electoral general*. *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-11672-consolidado.pdf>

Melián, I. (2024). Análisis judicial en España de la adulteración del voto por correo como delito electoral y la consecuente vulneración del derecho fundamental de participación. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/87687>

Oyarte, R. (2016). *Derecho constitucional (2.ª ed.)*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

## Documentos Legales (Sentencias y Reglamentos):

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia N.º 11-18-CN/19 (Matrimonio igualitario)*. <https://esacc.corteconstitucional>.

gob.ec/storage/api/v1/10\_DWL\_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidH-JhbWl0ZTIwMjMiLCJ1dWlkIjoieMjc0YTAyODYtZGIwZi00N-zl4LWI5YWYtNTNmNTU5OGJhZmQ5LnBkZiJ9

Corte Constitucional del Ecuador. (2025, abril 2). *Sentencia N.º 23-25-IN/25*. [https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlGE6J3RyYW1pdGUnLCB-1dWlkOidhZTRhNGViYS03ZjlkLTQxZmItYjFmYS02OTRIN-GU3MDE1NTEucGRmJ30=](https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlGE6J3RyYW1pdGUnLCB-1dWlkOidhZTRhNGViYS03ZjlkLTQxZmItYjFmYS02OTRIN-GU3MDE1NTEucGRmJ30=)

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf)

Consejo Nacional Electoral (Ecuador). (2025, marzo 13). *Resolución PLE-CNE-2-13-3-2025: Prohibición del uso de dispositivos móviles, eléctricos y/o electrónicos durante el sufragio*.

# **Conflicto simbólico y Libertad. Un análisis desde la sociología del derecho por la lucha del sentido de la libertad en el contexto de la democracia contemporánea**


Symbolic Conflict and Freedom: An Analysis from the Sociology of Law on the Struggle for the Meaning of Freedom in the Context of Contemporary Democracy


**Gustavo Eduardo Briones-Hidrovo**

Docente Investigador

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Manabí, Ecuador

 <https://orcid.org/0000-0001-6979-031X>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch03>

## **Resumen**

Abordar la idea y el concepto de libertad como un núcleo fundamental de nuestros sistemas políticos y jurídicos es necesario no solo para caracterizarlos en la modernidad, sino también para identificar las particularidades del conflicto simbólico de la libertad. Estas luchas por el sentido de la libertad sostienen y construyen el funcionamiento y los fines de las instituciones democráticas en los Estados constitucionales, así como las realidades con sus marcos interpretativos, que se reflejarán en el comportamiento de ciudadanos o agentes en las distintas escalas de las relaciones, como la de gobernantes y gobernados. La libertad, entonces, es tanto un sustantivo performativo, como un principio moderno que se encarna en el individuo y libre albedrío. Pero es tan especial la libertad, que llega ser una especie de divinidad o mito presente en el mundo de lo social, el derecho y la política. Este trabajo tiene como objetivos definir el significado de la Libertad, caracterizar el conflicto simbólico existente en el Estado Democrático y analizar la Libertad en sus dimensiones positiva y negativa. Para el efecto, se usa el método cualitativo de la sociología del derecho, con perspectiva inductiva. De esta manera, se plantea una investigación interdisciplinaria que permita entender la complejidad conceptual de la libertad como un principio en disputa al constituirse como capital simbólico, como poder.

## **Palabras claves**

Democracia, poder, libertad, Estado, ideología, derechos

## **Abstract**

Addressing the idea and concept of freedom as a fundamental core of our political and legal systems is necessary not only to characterize them in modernity, but also to identify the particularities of the symbolic conflict of freedom. These struggles for the meaning of freedom sustain and construct the functioning and purposes of democratic institutions in constitutional states, as well as the realities with their interpretive frameworks, which will be reflected in the behavior of citizens or agents at different levels of relationships, such as that of rulers and ruled. Freedom, then, is both a performative noun and a modern principle embodied in the individual and free will. But freedom is so special that it becomes a kind of divinity or myth present in the world of society, law, and politics. This work aims to define the meaning of freedom, characterize the symbolic conflict existing in the democratic state, and analyze freedom in its positive and negative dimensions. To this end, the qualitative method of the sociology of law is used, with an inductive perspective. In this way, an interdisciplinary investigation is proposed that allows us to understand the conceptual complexity of freedom as a principle in dispute when it is constituted as symbolic capital, as power.

## **Keywords**

Democracy, power, freedom, state, ideology, rights

## **¿Qué es la libertad?**

El siguiente desarrollo teórico retoma y profundiza planteamientos abordados previamente por el autor en trabajos anteriores sobre la noción de libertad y su dimensión simbólica en contextos democráticos (Briones-Hidrovo, 2018).

La libertad en sí misma es todo un discurso pues posee capital lingüístico, entendido esto como un sustantivo autónomo que se describe

como acción, un verbo performativo que posee una “marca argumentativa” (Charaudeau, 2021, p. 43), que transforma la realidad al evocarlo. Se constituye como capital simbólico, como poder.

Es tan particular la libertad que no hay sinónimo posible, algo que pareciera propio de los campos de las relaciones de poder lingüístico y de las relaciones de poder político-jurídico e incluso de fuerza. Es parte de lo que Bourdieu explica como lucha político-cognitiva (Bourdieu, 2024, p. 339) que implican consecuencias políticas dentro de los campos de disputa en los Estado democráticos.

La libertad tiene sus propios vocablos refinados, sus formas de legitimidad, sus maneras, sus procesos, sus rituales, de tal forma que produce una eficacia mágica que es particular de ciertos rituales, pues infiere según los contextos a una especie de personaje o espíritu, cuando ciertos hablantes, locutores o ciudadanos legitimados en un sistema democrático, llegan a producir desde el discurso el hecho fundante (Benveniste, 2004).

Las palabras no están dotadas de poder por sí misma, cobran vida con el movimiento de los sujetos al constituir instrumentos eufemísticos, mágicos, que determinan el efecto del discurso. Uno de los ejemplos más antiguos son las palabras que forman parte de los mitos, como discursos sagrados que tienen un modo de comunicación específico (LéviStrauss, 1999). Otro ejemplo son las palabras con fuerza de ley y efecto performativo, es decir, producen el hecho (Ej.: las sentencias de los jueces).

Por lo general, las palabras eufemísticas, míticas y mágicas, se relacionan con el mito (Bourdieu, 1985), componentes ineludibles del discurso político y jurídico, que a su vez es la forma de discurso y contenido que disputa el poder institucionalizado, sobre todo el poder del Estado. Es el mundo de la política y lo jurídico como campos donde se libra “una guerra simbólica” que finalmente tiene el propósito de lograr unas condiciones de dominación en una democracia (Bourdieu, 2014).

El concepto de libertad es una creación cultural ligada a la creencia de que determinados individuos, diferentes de otros, tienen origen divino metafísico y que tal condición establece un estatuto superior que acredita privilegios. Jenofonte, el “viejo oligarca” (S.V. a.C.) al criticar o analizar la “democracia” de Atenas, dejó sentada la existencia jurídica de la libertad de los ciudadanos atenienses por ser helenos y no bárbaros (BrionesHidrovo, 2025). También Aristóteles señaló que el grupo social étnico de los helenos era noble por origen divino, distintos de los Bárbaros (Guerra, 2007). Esto significa que en su momento originario la libertad individual se legitimó a partir del criterio de que determinado grupo noble y singular era de origen superior, devenido de una dimensión metafísica. Nuevamente recaemos en los griegos, quienes desarrollan con su especificidad, los “derechos naturales a la vida” (Jaeger, 2008, p. 131) ligados a una concepción de lo metafísico, individual libre con límites.

La libertad no era un derecho producto de un pacto social, como ocurrirá ya en épocas más tardías, ni del libre albedrío, si no de fuerzas sobrehumanas que otorgan dones a unos hombres estableciendo diferencia con respecto a otros. La creación de la idea de libertad es un constructo cultural propio de un momento específico de tipo teocrático, muy distinto del momento moderno y laicista propio del siglo XVIII. La palabra e idea de libertad nace atada a cuatro características: origen divino-pueblo elegido (helenos), individuo portador de libertad, privilegio económico y desigualdad socio - política.

Jenofonte y Aristóteles eran filósofos; construyeron unos discursos argumentativos sobre el ejercicio de la libertad política, como privilegio de helenos libres. Bourdieu señala que ciertos campos integrados por individuos parlantes dotados de capital simbólico eligen palabras mágicas propias para eufemismos. La condición de filósofo en la antigüedad, en el contexto del Estado ateniense, estaba ligada a un espacio jerarquizado. La filosofía y los filósofos griegos clásicos fundaron, sin lugar a duda, un “capital lingüístico” (Jaeger, 2008, p. 31) que transfirió en el tiempo, a los que formaban parte del campo de la filosofía y sus instituciones,

un capital simbólico dominante, dentro de una desigual distribución de ese saber. Ese capital lingüístico, del que forma parte la palabra “libertad” y todas sus connotaciones, tenía sus propios vocablos refinados, su legitimidad, sus maneras, sus rituales, de forma que produjo desde su momento fundamente una “eficacia mágica”. Existía un elemento superior a la libertad política del semidios heleno, que aún en su condición de ciudadano deliberante, locuaz y persuasivo, no portaba una libertad ilimitada, sino que se situaba en una gradiente dentro de una escala de subordinación a algo superior, la polis – ciudad - Estado, lugar donde se abrazan “todas las esferas de la vida espiritual y humana” (Jaeger, 2008, p. 84) griega. Esta polis, en el caso de la versión de la cultura Jonia (Atenas), constituye un Estado jurídico (Jaeger, 2008), que sustenta la comunidad política, la que a su vez mantiene el orden para cumplir los roles económicos en el contexto del dinámico mundo del mar Mediterráneo. En Grecia, la polis es un cuerpo que está por encima de los goces y derechos de los individuos (Briones-Hidrovo, 2025). Entonces, cualquier idea de libertad originaria está relacionada y determinada, aún limitada, por la polis. No podía haber polis sin comunidad política; y no podía haber comunidad política sin libertad, pero esa libertad era limitada. La libertad del hombre griego consiste en el hecho de sentirse subordinado como miembro de la totalidad de la polis y sus leyes. El hombre libre ciudadano no lo es del todo, porque está subordinado a la polis, tanto como forma de Estado, tanto como cultura política y religiosa, que la considera un cuerpo superior, cuya razón de ser es la política. En un punto tanto la polis como la política son expresiones de potestades otorgadas por la dimensión metafísica. Esa polis es un Estado comparable a los Estados modernos en algún punto.

En el balance general y en la hondura del pensamiento griego, la “libertad” es, como se dijo, “elección de vida” (Aristóteles, 2006) solo posible para el que no es esclavo y educado (dominio del lenguaje), pero dentro de unos límites impuestos por el orden divino y terrenal - político y en el marco de las leyes de la naturaleza. Para ser propiamente libre era

necesario el dominio de sí mismo y de la dimensión pasional. El hombre libre, además de no ser esclavo, debía tener, pues, educación, autodominio, estatuto espiritual y un libre albedrío absolutamente limitado por el orden divino y la naturaleza.

El ejercicio de la política según los ideales griegos, exige un estado superior del espíritu y de las capacidades de comprender el mundo: En el occidente antiguo, singularmente en Grecia, en un momento dado, el individuo no se concibe como un ente autónomo con vida biológica y subjetiva absolutamente independiente, dígame libre, sino en la medida en que alcanza un nivel de “objetivación espiritual”, que significa el descubrimiento de las leyes propias interiores, contrapuestas al mundo exterior. Además, esa objetivación espiritual, aunque libre, no se desentiende del entorno circundante (Jaeger, 2008), no se desvincula de la naturaleza y de la sociedad humana.

Nos sirve esta primera definición de libertad para entender que originalmente la libertad no está ligada meramente a la realización del cuerpo, al yo, al ego o al placer material, pero sí a la posibilidad de decir o expresar la dimensión espiritual, que no será posible sino a través de la “educación” y formación al alcance de una elite. En síntesis, no se es libre si no se tiene una educación y formación, para la “objetivación espiritual”, en relación con la sociedad y la naturaleza. Es pues, podríamos decir, una libertad individual (no individualista) contrapesada e interior. En esta primera etapa lo que subyace es la idea de la naturaleza como “verdadera norma de conducta” (Jaeger, 2008, p. 121). Si bien se es libre en una dimensión espiritual, no se anhela la emancipación de la naturaleza ni del conjunto social. El individuo se subordina, por anhelo espiritual propio, al menos dentro del ámbito del deber ser.

Es Petrarca el que finalmente llega a decir con mayor claridad que “entre toda la creación, solo el hombre puede decirse que tiene capacidad de gobernar su propio destino” (Quentin Skinner, 1993, p. 120). Todas las libertades, incluso en los albores de la Modernidad ilustrada,

siguen siendo en términos prácticos, positivos, imaginarios e ideológicos, una libertad limitada. La única libertad que es ilimitada es la libertad de conciencia, conectada con tres dimensiones: la libertad de palabra como libertad política; la libertad de credo y libertad de pensamiento en sí.

Para Hannah Arendt, la dimensión interior o del libre albedrío se une a la dimensión del hacer en el mundo exterior. La idea de libertad está relacionada con la voluntad de poder y de acción: “solo cuando él quiere y el puedo coinciden se concreta la libertad” (Arendt, 2019), es decir cuando hay una decisión interior, una acción y una posibilidad en el entorno. El nuevo pensamiento que establece la idea de que la libertad es una posibilidad en el mundo interior, una acción política o mundana en el mundo exterior, significa en el fondo la despoltización de la idea de libertad, pensada originalmente por los griegos, dentro y solo en la polis helena. La baja Edad media, dio origen a esta ruptura del pensamiento, que concibió la libertad como un “fenómeno del pensamiento” que permitía realizarse fuera del mundo; y al mismo tiempo la otra idea de libertad como libre albedrío, carente, según Arendt, de “base en la experiencia política” (Arendt, 2019, p. 247). “El libre albedrío y la libertad se convirtieron en sinónimos y la presencia de la libertad se experimentó en la soledad total, “donde ningún hombre puede evitar la acalorada discusión en que cada uno está empeñado consigo mismo” (p. 249).

La dimensión interior o del libre albedrío se une no obstante a la dimensión del hacer en el mundo exterior. La idea de libertad está relacionada con la voluntad de poder y de acción: “solo cuando él quiere y el puedo coinciden se concreta la libertad”, es decir cuando hay una decisión interior, una acción y una posibilidad en el entorno ex, es decir cuando hay una decisión La idea de libertad, ya no es considerada como palabra dicha libremente para objetivos políticos, si no como acción, movimiento, como producto de la relación de los sentidos subjetivos y los que se activan en relación con el mundo exterior. Hay dos clases de causalidad para el “agente libre”: la motivación interior y la que gobierna el mundo exterior (Arendt, 2019).

Una ruptura fundamental, de giro contundente, es el pensamiento profundamente moderno, en el que la libertad ya deja de ser un campo de la política, para situarse en dos dimensiones más amplias: la de movimiento y la de pensamiento subjetivo. Incluso, ya en el siglo XVIII se comenzó a pensar la libertad política en la medida de que hubiera seguridad (Arendt, 2019).

Arendt (2019), señala que la razón de la política es la libertad, como causa de que los hombres vivan juntos en una organización política. La política sólo es posible en el espacio público, donde se articulan los miembros de la comunidad. La acción y la política, entre todas las capacidades y posibilidades de la vida humana, son las únicas cosas en las que no podemos siquiera pensar sin asumir al menos que la libertad existe (Arendt, 2019, p. 231), aunque dentro del campo político hay otros problemas como el de la justicia, el poder o la igualdad.

En otra mirada, la misma Arendt, termina por sostener que la soberanía es la antítesis de la libertad, o al menos esas dos acciones - dimensiones no pueden coexistir. Añade que parece ser que la libertad es un don exclusivamente humano, que se “desarrolla por completo sólo cuando la acción ha creado su propio espacio mundano, en el que puede salir de su escondite, por decirlo así, y hacer su aparición” (Arendt, 2019, p. 266). El hombre es en la medida en que “es un ser actuante” (p. 267). “Los hombres son los que los realizan, hombres que, por haber recibido el doble don de la libertad y de la acción, pueden configurar una realidad propia” (p. 269). De una u otra manera, persiste - se ve en Arendt- la idea de la libertad como un don; lo que es don, deviene de una naturaleza excepcional o divina.

Podemos decir que la libertad está en el mundo de las ideas, de lo cognitivo, de la libertad de pensamiento, pero aquello sería incompleto por decirlo menos. La libertad necesita ser exteriorizada, manifestada, pues se expresa como movimiento creando, modificando e interpelando la realidad; como la política y jurídica por parte del ciudadano o ciu-

dadana. Aun así, la libertad tiene una dimensión como preexistente a la condición política del hombre, “que al poseerlo” o incorporarse a su naturaleza, lo dota una condición especial. Bobbio deslinda la libertad como valor o deber ser, de la libertad como un evento descriptivo es decir como algo que se puede describir: “Una reflexión sobre la libertad [...] sólo tiene sentido si se apoya en un significado descriptivo bien determinado o bien delimitado del término” (Bovero, en Bobbio, 2009, p. 43). Desarrolla progresivamente en distintos momentos el análisis de la libertad y establece, finalmente, la libertad positiva y la libertad negativa. La libertad positiva es la libertad liberal que permite mediante la autonomía la agencia libre del individuo; y la libertad negativa, es la libertad consagrada, generalmente por la ley. En esa línea, una libertad democrática se produce en el sentido de ser libre, pero no fuera de la ley:

*Hay dos formas principales de entender el término “libertad” en el lenguaje político, de las que ya me he ocupado en otra ocasión. “Libertad” significa o bien la facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien ¿poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual “ser libre” significa gozar de una esfera de acción más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual “ser libre” no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo (Bobbio, 2009, p.113).*

La diferencia entre la teoría liberal y la democrática, es que en el primer caso la libertad ensancha la autodeterminación individual, restringiendo el poder colectivo; y en el caso de la teoría democrática, es el poder o autodeterminación colectivos la que prevalece, sobre la libertad, digamos, individual. Aunque el liberalismo camina en casos históricos a

la democracia formal (voto universal, mayorías, sistema representativo), no lo hace en el sentido de buscar una “democracia sustancial” (Bobbio, 2009, p. 295). La teoría liberal considera a la libertad con relación al individuo y la teoría democrática en función de la colectividad o voluntad común.

Entonces, es el condicionante individuo en contraposición con lo social, lo que polariza los dos conceptos. La diferencia sustancial entre liberalismo y democracia, concebido por Bobbio como dos opuestos relativos, estriba en el peso que tiene la igualdad en la democracia y la libertad en el liberalismo. El liberalismo político tiende a presuponer una definición negativa de libertad: generalmente se alega que si se favorece la libertad individual se deberían poner fuertes limitaciones a las actividades del Estado. Toda la tradición del pensamiento liberal trata de oponer el Estado a la libertad. En otro caso, se establece que el Estado es el que puede garantizar la libertad (Bobbio, 2014).

Al abordar la libertad como valor, Bobbio señala que la doctrina liberal reivindicó las libertades civiles como valor universal, cuando son en realidad valores de clase propios de la ideología individualista (Bobbio, 2014), que como hemos visto se conecta con la idea del libre albedrío y de la libertad interior y exterior desde la esfera total del individuo, de algún modo contrario a la sociedad. Caso distinto, en el caso de la tradición del pensamiento que va desde Rousseau hasta Hegel, el problema propone la adecuación del individuo a la voluntad colectiva y que el Estado garantice la libertad que no es posible en estado de naturaleza. O sea, se debe eliminar el estado de naturaleza libre o libertad natural que es “violencia de los instintos naturales”, para pasar al estado de libertad civil (Bobbio, 2009).

### **El conflicto simbólico y la libertad**

La disputa por el capital simbólico alrededor de la libertad es una constante por tratarse de una dimensión fundamental del sistema global “tardocapitalista”. El “tardocapitalismo”, sistema reticular o capitalismo

mundial integrado” (Sierra, 2011), es una condición posterior al capitalismo clásico que no tiene énfasis en los bienes materiales, sino en las relaciones, redes y bienes inmateriales (Briones-Hidrovo, 2025). En este contexto las instituciones y estructuras dentro del sistema democrático, funcionan como una red que controla y regula al mismo tiempo la información, la ley, los sujetos, mercancía, energía y capitales, e intenta modelar los sentidos y marcos de referencia. Es así que la idea del orden y su ejecución, por medio de la norma jurídica, el Estado o los sistemas como el democrático, generan una cultura del comportamiento correcto que comienza con una estructura ideológica. Un ejemplo lo encontramos en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en el Artículo 61 que hace referencia a la participación, en donde la libertad política del sujeto (ciudadano y ciudadana) se configura con los siguientes derechos:

Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

1. Elegir y ser elegidos.
2. Participar en los asuntos de interés público.
3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.
4. Ser consultados.
5. Fiscalizar los actos del poder público.
6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.
7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.
8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafilarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable.

Existen varias formas de entender la ideología, sin embargo, como definición amplia cercana al término de cultura, manifiesta que es “el proceso material general de producción de ideas, creencias y valores de la vida social” (Eagleton, 2019). Sin embargo, una definición algo más específica que caracteriza la ideología dentro de los juegos del poder en lo jurídico y político, habla de la promoción y legitimación de intereses sectoriales donde las ideologías dominantes contribuyen a formación y unificación social para beneficio de los gobernantes o detentadores del poder político (Eagleton, 2019). En el marco de una nueva concepción de clases sociales, Bourdieu (2014) define la existencia de dos tipos de propiedades o capitales en el espacio social: el material y el simbólico; este último determinado por la “distinción” y el “valor de rareza” (p. 216) establecida por el sentido que tiene de ello la sociedad, estableciendo la diferencia entre dominantes y dominados, que en conjunto demanda la interpretación de los signos y símbolos.

La libertad con su sentido en disputa, por su valor de rareza, busca un posicionamiento preferente por su condición polisémica para generar a su vez condiciones preferentes de poder, sentidos sociales e imaginarios sobre la ideología liberal dentro de los estados de derecho y sus democracias. Sin embargo, para Norberto Bobbio la libertad en un Estado republicano y democrático [...] sólo tiene sentido si se apoya en un significado descriptivo bien determinado o delimitado del término” (Bovero, en Bobbio, 2009, p. 43), lo cual se logra, entre otras formas, al posicionar o impregnar un marco interpretativo en el cuerpo social, que derive en una normalización cultural y en la positivización en la ley. El preámbulo de la CRE se establece el posicionamiento ideológico de la libertad alrededor del pueblo soberano que se dota de un autogobierno y se libera contra toda forma de dominación y colonialismo incorporando el reconocimiento de la dimensión plurinacional, intercultural. Pero también de justicia, social, democrático, unitario, laico en el Estado Constitucional de Derechos (CRE, 2008). La constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico es producto de la modernidad, y al

respecto Nicos Poulantzas expresa que el poder moderno que no se funda en la violencia física organizada, sino más bien, en lo que denomina una manipulación ideológica-simbólica que se encarga en aparatos, el Estado y la ley. Algo que Bourdieu denominará violencia simbólica como interiorización de la represión (Poulantzas, 1979).

Para Bourdieu el objetivo del capital simbólico en conflicto por dotar de sentido a la libertad dentro del “tardocapitalista”, es dominar los marcos de referencia que usa la sociedad para relacionarse e interpretar el mundo. Esto significa establecer el sentido de lo correcto e incorrecto, lo permitido y lo prohibido, el bien y mal, lo normal y anormal, dentro de los juegos del poder de la democracia que permite establecer la relación entre gobernantes y gobernados.

Es así, que el habitus de los agentes está dotado de esquemas de percepción y apreciación, que es reflejo de su posición con respecto a la propiedad material y el capital simbólico que posee (Bourdieu, 2014). Determina teóricamente una clase social poderosa, que domina sobre otra, en medio de una relación de fuerza en los campos como espacios sociales estructurados y estructurantes compuestos por instituciones, agentes y prácticas. Los campos están concebidos como espacios multidimensionales donde lo simbólico tiene una importante función reproductora, administran y orientan la energía social y son capaces de construir aspiraciones e imaginarios colectivos democráticos. Es el caso de la libertad como un principio, valor e idea rectora de realidades humanas y “divinas”.

La “libertad” como palabra de poder y como relación, es medular para la construcción de discursos lingüísticos simbólicos y sus prácticas del orden en los sistemas democráticos, que han intentado legitimar tres cosas: Primero los límites del movimiento de individuos en el marco de las relaciones sociales, políticas, jurídicas y económicas (relaciones sociales de producción); segundo la expresión de palabras dentro de relaciones de poder donde actúa el Estado y los individuos; sistema de

gobernantes y gobernados. Y por último, legitimar la condición divina (Grigorieff, 1998), política, excepcional y superior de los homínidos (*homo sapiens*) considerados humanos a imagen y semejanza de dioses. La teoría de la libertad no sólo otorga derechos a los individuos, sino que insiste en que hay deberes correlativos vinculados a esos derechos dentro de las democracias para que los sujetos políticos ciudadanos y ciudadanas, alcancen fines en común (Briones Hidrovo, 2024). Pues, la libertad a partir de la modernidad es transversal no solo en los sistemas normativos, políticos y culturales; sino como característica inherente a lo humano transformándolo en un ser mítico para la búsqueda constante de la supervivencia por medio de la ideología, la organización y orden.

De ahí que la complejidad del conflicto simbólico, como la lucha por definir la libertad en los campos donde se disputa el capital lingüístico, es también la lucha por tener una posición preferente y legitimada de ser quien o quienes pueden elaborar el discurso de la libertad. Lo cual permite jugar como detentador de poder (Loewestein, 2018) en un sistema democrático y ejercer la violencia simbólica desde el Estado, las leyes, la ideología y demás aparatos o dispositivos de coerción.

Pero también definir la libertad al tener esta dimensión “divina” o de mito, puede vaciar de lo real los fenómenos sociales, dentro de un Estado-Nación. Barthes bajo la definición del “vaciar de lo real”, habla de ocultar estructuras o relaciones de poder hacia la sociedad por parte de un grupo, lo cual determina como fetiche. Que a su vez es sinónimo de mito y ese mito es a su vez la ideología (Barthes, 2009).

A través del fetiche que despliega la ideología y el mito, se produce condiciones de poder y marcos interpretativos (Bourdieu, 2012) para los juegos de la democracia. Entonces, la ideología como mito busca ser legitimado, como un marco de interpretación de todo incluyendo los símbolos con sus sentidos de distinción que conforman el capital simbólico en la democracia que tiene una lucha central por quien define, “evoca” o hasta personifica la libertad.

## Conclusión

La libertad como una idea, concepto, principio político-jurídico o mito es central para la construcción de sociedades democráticas contemporáneas, en donde su definición y apropiación caracterizará las realidades sociales al disputar el poder político por medio de la legitimidad y procesos legales.

El ciudadano y ciudadana se encuentra inmerso en una crisis de la cultura jurídica a la que el jurista Ramiro Ávila, describe como inquisitiva formalista y se reproduce por medio de la universidad (Ávila, 2012). Pero también, hay una crisis de la Nación y del sujeto político, que constituyen una comunidad imaginada y articulada con una historia común para la conveniencia. Crisis que desdibuja la dimensión del humano como sujeto simbólico moral y cívico.

Si bien la libertad se encarna en el sujeto con su dimensión cognitiva y en su acción exterior, la positivización jurídica de la misma no logra una exclusiva “apropiación” de la misma por su particularidad polisémica, ilimitada y “preexistente” de la condición política del humano. Lo cual la mantiene en una constante lucha simbólica que permita alcanzar el poder político en los juegos de las democracias contemporáneas, al ser un fin o condición legítima a donde llegar para evitar su contrapeso su negativo, el autoritarismo. Esto es algo que en los discursos y acciones políticas vemos, por ejemplo, en momentos de las elecciones.

Es así, que la libertad se mueve y se relaciona dentro de los distintos campos con sus capitales, en donde se disputan los distintos tipos de capital, como el económico, académico, social, lingüístico, político, jurídico, cultural (Bourdieu, 2008). En la CRE en su artículo 66, que refiere a los derechos de libertad, en donde se establecen varios derechos de carácter natural como a la igualdad material, libertad de opinión y expresar, tomar decisiones libres, desarrollar actividades económicas, participar en la vida cultural de la comunidad, el derecho al honor y buen nombre, al trabajo, a la propiedad, filiación o pensamiento político, entre

otros (CRE, art. 66). Que muestran la dimensión de lo que configura, entre otras cosas, la seguridad jurídica en el mundo legal y que no está exenta a las dinámicas mercado y en disputa en los distintos campos. De ahí que el Estado y la sociedad civil deben generar las condiciones de justicia e igualdad en donde los derechos y la dignidad humana no estén dentro de las lógicas de mercado.

La presencia de una libertad liberal y una libertad democrática, conviven como una constante tensión, que busca por un lado la autorrealización del individuo libre y por el otro, una libertad que se desarrolla dentro de un conjunto de reglas e instituciones (Bobbio, 2014). Por las particularidades del estado republicano y democrático, ambas libertades están inmersas dentro del conflicto simbólico al disputar el capital lingüístico de la libertad y que se puede concretar, por ejemplo, dentro de un proyecto de campaña o proyecto político. Pero también en todos los niveles de lo social al ser parte de la cultura (con su centro en occidente), entendida esta por Gramsci como “una construcción histórica, colectiva y dinámica, profundamente vinculada al poder y a las estructuras sociales” (Gramsci, 1998).

En lo terrenal, la libertad como principio político y jurídico en constante movimiento dentro de las democracias contemporáneas, merece la utopía de una cultura participativa y deliberativa ciudadana como sujeto político sobre la república, como ciudadanía consciente y comprometida más allá de lo instrumental jurídico que nos mueva al intentar alcanzarla.

El derecho por medio de la ley, como instrumento, y con sus estructuras o aparatos, es limitado para definir o regular el poder (Foucault 2013), y, por ende, limitado para entender y garantizar la libertad. Pero por supuesto, lo jurídico es necesario, más aún el tipo de realidad que construyó la humanidad con la modernidad hasta hoy. De ahí que, el saber complejo merece el dialogo plural de saberes, campos, disciplinas, discursos, colectivos, etc. Para que la libertad aun como polisemia, sea

todo menos deshumanizadora.

### Referencias bibliográficas

- Arendt, H. (2019). *Entre el pasado y el futuro: Ocho ejercicios sobre la reflexión política* (J. M. Álvarez Flórez, Trad.). Austral.
- Aristóteles. (2006). *Ética a Nicómaco* (J. M. Sánchez Fernández, Trad.). Editorial Gredos. (Obra original ca. 350 a. C.)
- Ávila Santamaría, R. F. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Barthes, R. (2009). *Mitologías* (H. Schmucler, Trad.). Siglo XXI de España Editores.
- Benveniste, É. (2004). *Problemas de lingüística general* (Vols. I–II, J. Almela, Trad.). Siglo XXI Editores.
- Bobbio, N. (2018). *Liberalismo y democracia* (J. F. Fernández Santillán, Trad.). Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1989)
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Bobbio, N. (2014). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bourdieu, P. (1985). *¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*. Ediciones Akal.
- Bourdieu, P. (2008). *El sentido práctico* (A. Dilon & P. Tovillas, Trad.). Siglo XXI de España Editores.
- Bourdieu, P. (2012). *La distinción: Criterios y bases sociales del gusto* (M. del Carmen Ruiz de Elvira, Trad.). Taurus.
- Bourdieu, P. (2014). *La estrategia de la reproducción social*. Siglo XXI Editores.

- Bourdieu, P. (2024). *Curso de sociología general 3 y 4: El mundo social como objeto de luchas* (H. Pons, Trad.). Siglo XXI Editores.
- Briones-Hidrovo, G. E. (2018). *Nociones de libertad de expresión en disputa: La opinión pública publicada en la prensa ecuatoriana. Question, 1(59), e080*. <https://doi.org/10.24215/16696581e080>
- Briones-Hidrovo, G. E. (2024). *La libertad de expresión desde una perspectiva constitucionalista y democrática. Derecho y Ciencias Sociales, (31), e122*.
- Briones-Hidrovo, G. E. (2025). *La libertad de expresión en conflicto: El discurso de los periódicos ecuatorianos El Universo y El Telégrafo (2009–2013)* [Tesis doctoral, Universidad Nacional de La Plata, Argentina].
- Charaudeau, P. (2021). *Discurso político: Las máscaras del poder*. Prometeo Libros.
- Eagleton, T. (2019). *Ideología* (J. Vigil, Trad.). Ediciones Paidós.
- Foucault, M. (2013). *El poder, una bestia magnífica*. Siglo XXI Editores.
- Gramsci, A., Hoare, Q., & Nowell-Smith, G. (1998). *Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci*. Lawrence & Wishart.
- Grigorieff, V. (1998). *Mitologías occidentales: Un viaje fascinante a través de los mitos bíblicos, griegos, romanos, cristianos, célticos, germánicos y eslavos*. Robin Book.
- Guzmán Guerra, A. (Ed. & Trad.). (2007). *Constituciones políticas griegas: Aristóteles, el Viejo Oligarca, Jenofonte*. Alianza Editorial.
- Jaeger, W. (2008). *Paideia: Los ideales de la cultura griega*. Fondo de Cultura Económica.
- Lévi-Strauss, C. (1999). *Antropología estructural: Mito, sociedad,*

*humanidades*. Siglo XXI Editores.

Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitarte, Trad.). Ariel.

Poulantzas, N. (1979). *Estado, poder y socialismo* (F. Claudín, Trad.). Siglo XXI de España Editores.

Sierra, F. (2011). Consumo cultural y poder mediático. En L. A. Albornoz (Ed.), *Poder, medios, cultura: Una mirada crítica desde la economía política de la comunicación* (pp. xx–xx). Paidós.

Skinner, Q. (1993). *Los fundamentos del pensamiento político moderno I: El Renacimiento*. Fondo de Cultura Económica.

### **Normativas**

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* (Registro Oficial No. 449). [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_2008.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_2008.pdf)



## **Educação para democracia - Imperativo constitucional ou direito sonogado**


Education for democracy - Constitutional imperative or denied right


**Janaina Muniz da Silva**

Doctorado en Derecho

Universidad Federal de Bahía (UFBA)

Salvador, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-6649-0151>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch04>

### **Resumo**

O discurso sobre a importância de uma Educação capaz de capacitar o indivíduo em formação para o exercício pleno de sua cidadania vem sendo recogitado ao longo dos últimos anos, especialmente desde que as tensões político-sociais colocaram em evidência, no Brasil, a vulnerabilidade do cidadão- eleitor e seu pouco domínio no lidar com um “saber político” que durante anos esteve legado ao seletto grupo dos que acendiam às universidades e às altas carreiras do funcionalismo público. Baseando-se, contudo, na premissa de que se estende a TODOS a garantia exarada do art. 205 da Constituição Federal - segundo o qual, é dever do Estado promover uma educação capaz de garantir o desenvolvimento da pessoa, capacitá-la para o trabalho e possibilitar-lhe o exercício pleno da sua cidadania - o projeto que lastreia o presente artigo tem como objetivo compreender a extensão, a aplicabilidade, e os avanços cunhados em prol da efetivação deste mandamento constitucional, na medida que o alcance de tais fins tem se mostrado um importante marcador da efetividade de um Direito essencial à preservação da tão ameaçada tessitura do Estado Democrático.

### **Palavras-chave**

Educação , Cidadania , Constituição Federal (art. 205) , Desenvolvimento pessoal , Saber político , Estado Democrático , Políticas educacionais , Participação cidadã , Efetividade constitucional.

## **Abstract**

The discourse on the importance of an education capable of empowering individuals to fully exercise their citizenship, has been revived in recent years, especially since political and social tensions in Brazil highlighted the vulnerability of the citizen-voter and their limited mastery of a “political knowledge” that for years was the preserve of the select group of those who ascended to universities and high-ranking civil servants. However, it is based on the premise that the guarantee enshrined in art. 205 of the Federal Constitution - according to which, it is the State’s duty to promote an education capable of guaranteeing the development of the individual, qualifying them for work and enabling them to fully exercise their citizenship - the project that underpins this article aims to understand the scope, applicability, and advances made in favor of the implementation of this constitutional mandate, insofar as the achievement of such ends has proven to be an important marker of the effectiveness of a Right essential to the preservation of the much-threatened fabric of the Democratic State.

## **Keywords**

Education, Citizenship, Federal Constitution (art. 205), Personal development, Political knowledge, Democratic State, Educational policies, City participation, Constitutional effectiveness.

## INTRODUÇÃO

A Carta Constitucional brasileira, de 1988, ao informar os objetivos fundamentais da Educação e proclamar que “A Educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e seu preparo para o exercício da cidadania”. (CF 88 art. 205), dá sinais de que a agenda estabelecida com a Nova Ordem Constitucional estaria a abarcar, dentre outros compromissos, o dever legal de garantir ao educando, cidadão em perspectiva, a reunião de condições mínimas à sua existência digna - ali traduzidas (em apertada síntese), na oferta das ferramentas necessárias ao seu desenvolvimento como pessoa, ao desenvolvimento de suas habilidades para o exercício de atividade laboral (e provisão de sua própria subsistência), e à afirmação do seu pertencimento e participação nas escolhas e na vida da comunidade.

Neste entendimento, uma precisa delimitação de tais objetivos, das concepções ideológicas que os lastreia e, sobretudo, dos seus pressupostos e intenções, tem se mostrado cada vez mais relevante ao debate sobre a proteção constitucional do Direito à Educação no Brasil, na medida em que o alcance de tais fins tem se mostrado um importante marcador da efetividade de um Direito essencial à preservação da tão ameaçada tessitura do Estado Democrático.

### **A proteção jurídica do direito à educação para cidadania**

A Literatura Especializada e também os Documentos Oficiais produzidos desde a redemocratização (aí abarcados desde a Lei de Diretrizes e Bases de 1996 - até os diplomas estaduais, parâmetros curriculares e a própria Base Nacional Comum Curricular), denotam que dentre os objetivos da Educação do Brasil articulados no Texto Magno, o que mais abstratamente está colocado nas diretrizes educacionais em vigor é aquele que concerne à capacitação do educando para o exercício da cidadania.

Isto porque, apesar de no Brasil a Escola estar, desde a segunda metade do século XX, sistematicamente calçada em uma pedagogia que prioriza o desenvolvimento das capacidades humanas no interregno do processo educativo; de o plexo de saberes aqui estabelecidos como prioritários seguir à risca a tradição científica da Idade Moderna; e de o nosso processo formativo nacional buscar, sistematicamente, formar pessoas para atenderem as demandas do sistema produtivo, quando o assunto é a capacitação do indivíduo para o exercício da cidadania, esta mesma Escola não parece estar sendo exitosa na reunião dos elementos necessários para garantir ao seu destinatário o acesso aos saberes considerados fundamentais ao alcance de tal feito, na medida que a legislação especial – e as diretrizes que nela se respaldam - não têm se mostrado capazes de favorecer a oferta de uma Educação Básica alinhada com as demandas do Estado Democrático.

Estudo realizado durante os anos de 2011-2013 e 2017-2018, ao confrontarem o arcabouço legislativo e as diretrizes curriculares brasileiras com a de países sul-americanos, especialmente aqueles do Cone-Sul, constatou - para nosso desapontamento -, que na contramão dos demais Estados investigados, o Brasil foi o que menos avançou, desde a redemocratização, na conformação de um espaço curricular onde as questões que dizem respeito à sua atuação e prática cidadã fossem contempladas ou mesmo discutidas.

A partir de um minucioso exame do arcabouço normativo-educacional brasileiro, mormente no que toca a Educação Básica, constatou-se um predomínio quase absoluto de diretrizes que priorizavam a oferta do conteúdo técnico-científico entabulado pelas disciplinas tradicionais (como Português, Matemática, Biologia, Geografia, História) e a preparação do educando para os exames de acesso ao nível superior, (igualmente forjada para melhor qualificá-lo a atender a dominante demanda do Mercado de Trabalho), em detrimento do tratamento de temas como Democracia, Participação social, Direitos fundamentais, Organização do Estado, Divisão de Poderes... Que há muito já vinha sendo considerados

pelas matrizes curriculares de países estrangeiros, como era o caso da Argentina - então objeto do citado estudo - e de diversos países da União Europeia, integrados desde o ano 2000 ao projeto “Cidadãos para a Europa”.

Observa-se, por conseguinte, na esteira destes levantamentos, que saberes essenciais à afirmação e exercício pleno da cidadania num contexto democrático, tais como o conhecimento da história política do país, da estrutura das instituições democráticas, da organização política do Estado, das etapas do processo eleitoral, dos direitos e garantias Constitucionais; dos direitos básicos das crianças, dos adolescentes, dos trabalhadores, dos idosos, das pessoas com deficiência... Dentre tantos outros essenciais, permanecem fora das salas de aula brasileiras porque não integrantes do currículo obrigatório. E na expectativa de que sejam abordados de forma “transversal e integradora”, permanecem confinados na tábula dos “conteúdos transversais” enquanto milhares de cidadãos continuavam sendo privados, ano após ano, de saberes que dizem respeito à sua condição e existência na sociedade em que vivem.

Pode-se constatar, diante disto, que diferentemente do que já vem ocorrendo nos países europeus e no nosso vizinho mais próximo, diplomas como a Constituição Federal - que organiza o Estado, define suas instituições, proclama as diretrizes que regulam a vida social, política e as relações públicas e privadas da comunidade - mas também outros igualmente relevantes como a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da pessoa com deficiência, o Estatuto da Igualdade Racial - posto que informadores de obrigações e consagradores de direitos individuais e coletivos -, jamais estiveram efetivamente presentes em nossas escolas e não por acaso permanecem desconhecidos pela maior parte dos cidadãos a que foram destinados.

Tal constatação, por óbvio, não só nos confronta com o grave prejuízo que o enorme contingente de cidadãos historicamente atravessado por um longo processo de sonegação de direitos vem experimentando

ao continuar sendo privado do exercício pleno de uma enorme gama de direitos em virtude de desconhecê-los, mas também nos alerta para os efeitos deletérios que a ignorância destes atores acerca dos preceitos da Norma Fundamental; das estruturas do Estado que lhes rege a vida; das instituições que lhes dirige os atos; dos fundamentos dos Poderes da República; e dos direitos e garantias individuais e coletivos, podem causar. Sem contar os profundos danos que a alienação às conquistas históricas tão fundamentais ao Estado Democrático pode ocasionar a uma sociedade ainda tão carente da efetivação de direitos que o Estado Legislador, até então, não logrou materializar.

É indiscutível que em um país que se organizou a partir de um sistema de exploração exaustiva de riquezas. Que se estabeleceu a partir de uma economia de agricultura e extrativismo de exportação. Que formou sua riqueza a partir da exploração da mão de obra de mais da metade da população ocupante do seu território, trazida cativa para ser submetida a trabalhos forçados em regime de escravidão e tortura. Que “emplacou” um projeto de República “às escuras” sem a genuína participação popular; e que intercalou regimes autoritários com “intervalos de democracia” em contextos de participação política limitada e condicionada, o processo de redemocratização e implemento de uma Nova Ordem constitucional também haveria de ser recortado por uma série de atropelos.

Não obstante, na contramão de todas as rupturas precedentes, não temos dúvidas que a promulgação da CF 88 com a afirmação do regime democrático, dos objetivos e princípios da República e de todos os direitos e garantias que o texto constitucional passou a entabular foi o grande marco político determinante do fim do império do autoritarismo e instauração de um novo tempo de liberdades, garantias e direitos fundamentais.

Por estas e outras razões, a preservação das garantias constitucionais e a efetivação das suas disposições tem se mostrado essencial não

apenas à preservação dos interesses individuais e coletivos, mas também à sobrevivência e integridade do próprio Estado de Direito - mormente na atual conjuntura, em que o mundo assiste uma forte ofensiva das forças políticas antagonicas estabelecendo governos antidemocráticos e atraindo adeptos em todas as partes do globo, especialmente em democracias como a brasileira, jovem na sua afirmação e construída sobre contradições históricas que a torna um alvo ainda mais sensível a estas ofensivas.

### **Os desafios à defesa da democracia em tempos de ameaça à constituição e ao estado de direito no brasil e o que isto comunica para a américa latina**

Não podemos ignorar que os movimentos que assistimos nos últimos tempos - mormente nos últimos dez anos, em que grupos radicais organizaram-se fortemente em torno de pautas antidemocráticas, propagadoras de ideologias e práticas atentatórias aos preceitos constitucionais -, arrebanharam milhões de adeptos em todas as regiões do país. O desprezo às garantias constitucionais e à proteção dos Direitos Humanos; a ofensiva às instituições da República, à independência dos Poderes, ao processo político democrático; e, principalmente, a maciça e veloz adesão a estas ideias entre os mais diferentes setores da sociedade, inclusive nos segmentos altamente escolarizados, deu-nos sinais claros não apenas do precário letramento político da nossa população, mas também da temerária compreensão de grande parte dela acerca da relevância e sentido da Ordem Constitucional Democrática, seus valores e instituições.

Ataques promovidos e propagados nos últimos anos através das redes sociais e dos veículos de imprensa escrita, falada, e televisionada, tanto por integrantes da sociedade civil quanto por membros das forças armadas e quadros da classe política; apologias explícitas a regimes violadores de direitos, atentatórios à dignidade da pessoa humana e ofensivos às liberdades fundamentais; ataques terroristas como aqueles assistidos com perplexidade, por todo o mundo entre outubro de 2022 e janeiro de 2023, além de outros movimentos e levantes antidemocráticos,

dão-nos ainda maior noção da urgência de um projeto efetivo de capacitação do indivíduo em formação para o exercício de uma cidadania que, ao mesmo tempo que lastreada pelos valores do Estado Democrático, esteja igualmente comprometida com a preservação e salvaguarda de seus postulados.

Por estas e outras razões, convencidos de que uma democracia ainda tão infante quanto a nossa necessita de uma população politicamente letrada e igualmente engajada com o projeto democrático para garantir a proteção e salvaguarda de seus direitos e também das instituições contra as constantes ameaças de retrocessos a que possa ser expostas, é que temos insistido nesse debate que já estende por mais de 15 anos e quem se desdobrando em diversas pesquisas e artigos sobre o tema.

Mas se outrora nossa preocupação era a ignorância do cidadão acerca dos seus direitos e alienação do sujeito político que participava do processo político eleitoral alheio às estruturas que ele próprio, através do seu voto, estava ajudando a montar, hoje nossa preocupação precisa ir muito além disso.

Isso porque, se em 2010 os dados mais alarmantes sobre a questão eram aqueles que davam conta de que mais da metade da população não compreendia os papéis dos parlamentares que elegia, não sabendo sequer diferenciar suas funções, hoje, a ignorância deste eleitor acerca das estruturas do Estado, somada à sua vulnerabilidade aos projetos de desmonte e cerceamento de direitos que têm atraído cada vez mais adeptos no país, é o que justifica a emergência do enfrentamento desta problemática.

Naturalmente, após longos anos de debruçamento sobre a matéria, estamos convencidos que a estratégia mais eficaz ao enfrentamento dos prejuízos decorrentes da ausência de letramento político-jurídico da população passa pela Educação desse sujeito em formação. Mas não por uma Educação autoritária e endoutrinadora - como já se tentou no Brasil em contextos de regime militar com as disciplinas Organização Social e

Política do Brasil (OSPB) e Educação Moral e Cívica (EMS). Mas uma Educação forjada “na” e “para” a democracia. Educação esta, que na melhor exegese da nossa Magna Carta, já se encontra proclamada como direito de todos, mais precisa ter, o quanto antes, sua materialidade discutida e seus objetivos efetivados.

Evidente que a defesa de um projeto de Educação para Cidadania alinhado com os preceitos democráticos, tal como se deduz das disposições constitucionais invocadas, passa pela compreensão deste conceito, pela delimitação da extensão e limites da prescrição normativa, e demanda, irremediavelmente, por uma exegese mais programática do postulado constitucional que informa a capacitação para o exercício da cidadania como uma das finalidades precípua da Educação no Brasil (art. 205, C.F.).

Mas neste percurso, a Educação para Cidadania não pode ser tomada como uma política isolada, mas como parte de uma proposta tri-dimensional de Educação que pretenda, ao mesmo tempo em que garantir o desenvolvimento do educando e sua capacitação para o mundo do trabalho, emancipá-lo enquanto sujeito e garantir-lhe o acesso aos instrumentos necessários a uma atuação crítica, interventiva e propositiva na vida da comunidade; a uma participação ativa nas escolhas políticas do Estado; e ao exercício do seu papel enquanto sujeito de direito, que conhece a essencialidade dos direitos e obrigações que estão incorporados ao seu patrimônio jurídico, e que esteja imbuído em atuar em prol da defesa e preservação das conquistas do Estado Democrático.

Necessário, ademais, considerar, que a grande questão que tensiona este debate não se restringe às transformações vividas pelo Estado nem aos múltiplos papéis que passou a exercer ao longo da história da civilização ocidental; mas à capacidade de os seus tutelados acompanharem o ritmo dessas transformações e, sobretudo, de compreenderem os novos papéis que, em mesma medida, são instados a assumir numa conjuntura de Estado Democrático de Direito que frequentemente cria

novas instituições, reconhece novos direitos, e impõe novas obrigações aos seus tutelados.

Afinal, o desconhecimento, por este atores (potenciais destinatários da ação estatal), das responsabilidades do Estado, dos papéis para os quais fora legalmente investido e dos mecanismos de funcionamento das suas engrenagens, inevitavelmente compromete uma atuação crítica deste sujeito na arena pública, impossibilitando que a sua cidadania seja plenamente realizada.

É o que sustentava o saudoso jurista Dalmo de Abreu Dallari quando afirmava que era “necessário o conhecimento das instituições, pois quem vive numa sociedade sem consciência de como ela está organizada e do papel que nela representa não é mais do que um autômato, sem inteligência e sem vontade.” (2028, p.06). E também a filósofa Marie Gaille ao defender que “o conhecimento das leis, dos direitos e dos deveres da cidadania, pressupõe um longo processo de socialização e de escolarização que, se não se efetiva, automaticamente, lhes estará sendo negado um dos direitos essenciais da cidadania” (1998, p.98).

### **Considerações finais**

Conforme vimos, o discurso sobre a importância de uma Educação capaz de capacitar o indivíduo em formação para o exercício pleno de sua cidadania vem sendo recogitado ao longo dos últimos anos, especialmente desde que as tensões político-sociais colocaram em evidência, no Brasil, a vulnerabilidade do cidadão-eleitor e seu pouco domínio no lidar com um “saber político” que durante anos esteve legado ao seletor grupo dos que acendiam às universidades e às altas carreiras do funcionalismo público.

Baseando-se, contudo, na premissa de que se estende a TODOS a garantia exarada do art. 205 da Constituição Federal - segundo o qual, é dever do Estado promover uma educação capaz de garantir o desenvolvimento da pessoa, capacitá-la para o trabalho e possibilitar-lhe o exercício

pleno da sua cidadania - o projeto que lastreia o presente artigo sagra-se com o objetivo de compreender a extensão, a aplicabilidade, e os avanços cunhados em prol da efetivação deste mandamento constitucional, especialmente a partir da análise do avanço das pesquisas na área e das iniciativas que vêm sendo empreendidas, neste sentido, pelo Poder Público e por setores estratégicos da Sociedade Civil organizada.

Estudos relacionados ao tema, desenvolvidos ao longo dos últimos anos, já davam sinais que, na contramão do aperfeiçoamento da legislação dos países desenvolvidos em prol da materialização deste direito, no Brasil, os projetos apresentados às casas legislativas com o intuito de viabilizar a inclusão de novos componentes no currículo da Educação Básica, não galgaram, sequer, serem submetidos a votação bicameral. Paralelamente ao insucesso de tais propostas no âmbito legislativo, contudo, setores da sociedade civil e pesquisadores da área do Direito e da Educação, que se apresentariam como uma segunda via à promoção do reconhecimento e afirmação do papel da escola na formação do cidadão em perspectiva, tampouco lograram promover mudanças significativas nesse campo. E a compreensão dos avanços e retrocessos que vinham sendo vislumbrados nestes segmentos projetaram-se como peças chaves para identificação das tensões e pontos de melhoria que se impunham à formação do cidadão no Brasil.

Na esteira destas conclusões e buscando responder a estas perguntas, é que o trabalho intitulado ‘Educação para a cidadania no Brasil: imperativo constitucional ou direito sonogado? Da exegese do art. 205 da constituição a uma proposta de reorientação da legislação e política educacional brasileira à luz da experiência portuguesa’ foi construído com o escopo de fomentar o debate ao redor destas questões, num trabalho investigativo que combinou as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental na revisão de literatura e levantamento dos dados, e aplicou o método dedutivo na catalogação das informações, descrição das variáveis, e análise dos resultados.

Seus resultados, demonstram que as dificuldades na aprovação dos projetos de lei na direção de uma oferta ampla de educação para a cidadania; o número ainda tímido de pesquisas sobre o tema; e as raras iniciativas no âmbito das organizações sociais, revelam que a Educação para a Cidadania no Brasil, embora seja um mandamento constitucional, ainda não logrou ser uma prioridade na agenda do Estado Legislador, da comunidade científica, e da sociedade civil organizada.

À vista de tudo isto, outro não tem sido o nosso entendimento, senão o de que o debate em torno destas estruturas se impõe como inadiável. Afinal, se a afirmação do Estado de Direito, que por anos demarcou um decisivo “marco civilizatório” na comunidade de sujeitos, não tem sido suficiente para blindá-la - mesmo dos ataques endógenos - seu reconhecimento formal, dissociado de uma adesão coletiva e calçada no real engajamento de seus destinatários para com este projeto, não nos parece suficiente para garantir uma efetiva realização de seus postulados.

Portanto, entendendo que os pressupostos da “Educação” no Brasil precisam estar alinhados com os valores democráticos; que a manutenção do currículo tradicional além de não favorecer este alinhamento, representa um obstáculo ao acesso do educando a saberes fundamentais ao exercício pleno de sua cidadania; que a apropriação deste saberes passa, inevitavelmente, pela escola; e constatando que a normativa educacional estabelecida no país é quem, ao fim e ao cabo, fornece as principais balizas do que será ou não priorizado no processo educativo - definindo, em linhas gerais, o que será ou não ensinado ao educando, cidadão em perspectiva -, nossas digressões, na esteira da melhor exegese do texto constitucional - mas sem alimentar qualquer pretensão de esgotar aqui este debate -, se aliam às reflexões que vêm sendo tecidas sobre o tema convocando as Comunidades Jurídica e Acadêmica a discutirem o papel político da escola e a promoverem uma revisão propositiva da normativa em vigor em prol de articulá-la a um projeto emancipatório que lastreie e robusteça as bases de sustentação da tão fundamental – mas reiteradamente ameaçada – tessitura do Estado Democrático de Direito.

## Referências bibliográficas

- Apple, M. (1982). *Ideologia e currículo*. Brasiliense.
- Arendt, H. (2008). [Título del artículo]. *Trabalho & Educação*, 17(2).
- Barroso, L. R. (2000). *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira* (4.<sup>a</sup> ed.). Renovar.
- Brasil. (2018). *Base nacional comum curricular*. Ministério da Educação. [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/wpcontent/uploads/2018/12/BNCC\\_19dez2018\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/wpcontent/uploads/2018/12/BNCC_19dez2018_site.pdf)
- Brasil. (2011). *Constituição da República Federativa do Brasil* (S. J. Miranda, Coord.; 17.<sup>a</sup> ed.). Rideel.
- Brasil. (s.f.). *Lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei n.º 9.394/96)*.
- Carvalho, J. M. de. (2011). *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. Civilização Brasileira.
- Comparato, F. K. (2005, octubre 23). *A República e a democracia em questão*. *Folha de São Paulo*, p. AJ.
- Da Silva, J. M. (2013). *A educação e a construção da cidadania na escola pública: Uma análise da legislação educacional do Brasil e da Argentina e da contribuição de suas diretrizes para o fortalecimento da cidadania democrática no eixo do Mercosul* [Disertación de maestría, Universidade Católica do Salvador].
- Direito à educação para cidadania no Brasil: Avanços e retrocessos na busca pela efetivação de um direito constitucional sonogado. (s.f.). <https://portal.estacio.br/media/4681056/anais-xi-semin%C3%A1rio-de-pesquisa.pdf>
- Dagnino, E. (s.f.). *Sociedade civil, participação e cidadania: De que es-*

*tamos falando?*

- Dewey, J. (2002). *A escola e a sociedade e a criança e o currículo* (P. Faria, M. J. Alvarez, & I. Sá, Trans.). Relógio D'Água.
- Estevão, C. (2004). *Democracia, participação e cidadania*.
- Eurydice – Comissão Europeia de Educação. (2005). *Educação para cidadania nas escolas da Europa: Relatório de Portugal*. Comissão Europeia.
- Finnegan, F. (2007). *O direito à educação na Argentina*. Flape.
- Freire, P. (1959). *Educação e atualidade brasileira* [Tese, Escola de Belas Artes de Pernambuco].
- Freire, P. (2005). *Pedagogia do oprimido* (25.ª ed.). Paz e Terra. (Obra original publicada em 1970)
- Gaille, M. (1998). *Le citoyen*. Flammarion.
- Henriques, M. (2000). *Educação para a cidadania* (3.ª ed.). Plátano.
- Hesse, K. (1991). *A força normativa da Constituição* (G. F. Mendes, Trad.). Sergio Antonio Fabris.
- Honneth, A. (2001). *Democracia como cooperação reflexiva: John Dewey e a teoria democrática hoje*. En *Political Theory*, 26. Editora Universidade de Brasília. (Trabajo original publicado em 1998)
- Joaquim, N. (2009). *Direito educacional brasileiro: História, teoria e prática*. Livre Expressão.
- Mészáros, I. (2015). *Educação para além do capital* (I. Tavares, Trad.; 7.ª ed.). Boitempo.
- Rosa, B. D. C. (2007). *Educação para a cidadania: Uma exigência constitucional* [Disertación de maestría, Universidade Federal do Ceará].

Santos, B. de S. (2002). *Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa*. Civilização Brasileira.

Sarlet, I. W. (2018). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado.


Schujman, G., & Siede, I. (2007). *Ciudadanía para armar: Aportes para la formación ética y política*. Aique.




**Voto electrónico y Democracia**  
**Mentalidad Jurídica y mentalidad tecnológica**  
Electronic Voting and Democracy  
Legal Approach and Technological approach.

**Ángel Pelayo González-Torre**

Doctor en Derecho  
Universidad de Cantabria  
Santander, España

 <https://orcid.org/0000-0002-6254-9651>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch05>

### **Resumen**

El artículo se plantea la viabilidad del voto electrónico ante las dificultades para cumplir los requisitos constitucionales. Se opone la mentalidad jurídica a la tecnológica y en especial se refiere al carácter público del procedimiento y a la confianza en la integridad del voto y en el escrutinio. El artículo se pronuncia en favor de un uso del voto electrónico meramente subsidiario respecto del voto presencial, usándolo para resolver deficiencias puntuales.

### **Palabras Clave**

Voto electrónico , Sistema electoral , Principio de publicidad de las elecciones , Confianza en el proceso democrático.

### **Abstract**

This article raises the feasibility of electronic voting, given the difficulties in meeting constitutional requirements. It contrasts the legal approach with the technological approach, and specifically addresses the public nature of the procedure and the need for confidence in the integrity of the vote and the counting of votes. The article advocates using electronic voting as a mere subsidiary to in-person voting, using it to address specific deficiencies.

## **Keywords**

Electronic voting, Electoral system, Principle of publicity of election, Confidence in the democratic process.

## **INTRODUCCIÓN**

### **El auge del voto electrónico**

Bajo el apelativo de voto electrónico se incluyen un conjunto de prácticas realizadas por ordenador, que abarca tanto modos de emitir el voto como medios electrónicos de contarlos. Aunque el voto electrónico puede ser usado en multitud de procesos electorales, tanto en organismos públicos como privados, nosotros nos centraremos en este trabajo en su uso en procesos políticos electorales, ya que estos tienen, como veremos, unas características muy especiales que han de verse reflejadas en las notas que debe cumplir el procedimiento electoral.

El voto electrónico, en sus distintas modalidades, tiene una ya larga historia, y su implementación se justifica por una serie de ventajas que ofrecería frente al voto presencial clásico, entre ellas se han citado: favorecer la participación, agilizar el desarrollo de la votación y el cómputo de los votos, evitar errores de computo o fraudes, ahorrar grandes cantidades de papel y de personal en la organización de las mesas electorales, e incluso evitar las posibles presiones en el caso de la votación presencial.

Hay que decir que estas ventajas dependen del tipo de voto electrónico a que nos refiramos, por eso será importante señalar, como haremos en unos momentos, las distintas modalidades de voto electrónico, distinguiendo fundamentalmente entre el voto remoto y el que se realiza en aparatos electrónicos en el local electoral.

Desde la segunda mitad del siglo pasado la práctica del voto electrónico se ha ido desarrollando en distintos procesos electorales y en diversos países del mundo, pero en la actualidad se encuentra sometida a un fuerte cuestionamiento. Especialmente en Europa, pero en general

en todo el mundo, como consecuencia de las dudas sobre la transparencia del procedimiento. En el entorno europeo fue determinante una sentencia del Tribunal Constitucional alemán del año 2009, que puso de manifiesto las dificultades de hacer compatible el voto electrónico con los requisitos que debe reunir el voto en un sistema democrático constitucional como el alemán.

Como veremos con cierto detalle la sentencia se apoya en principios constitucionales esenciales relativos al voto democrático, como su carácter libre y secreto, o principios relativos al proceso de elección, como los principios de publicidad de la elección, sobre todo durante el escrutinio, y de oficialidad, en la medida en que ha de ser un organismo público el encargado de controlar los pasos esenciales del proceso.

Los argumentos del Tribunal Constitucional alemán están bastante elaborados, y explicitan la existencia de un modelo o paradigma de voto democrático que por sus exigencias formales no se aviene con facilidad con el voto electrónico. Las especiales exigencias del modelo son consecuencia de algo de lo que el constitucional alemán es muy consciente: nos encontramos ante un proceso, el proceso electoral, que es, en cuanto mecanismo de manifestación de la soberanía y acto fundante de la legitimidad del gobierno, el proceso democrático más importante. Y de ahí que este proceso deba de estar rodeado de muy especiales requisitos.

Este cuestionamiento del voto electrónico choca con un proceso de expansión que venía experimentando en las últimas décadas. Más allá de los detalles, y desde un punto de vista estructural, creo que puede decirse que el auge del voto electrónico tiene que ver, por un lado, con la actual expansión de la mentalidad tecnológica, dotada de su propia racionalidad, de sus propios principios, preocupaciones y objetivos. Y también de sus propias fantasías. La mentalidad tecnológica es una mentalidad profesional típica, práctica y muy operativa, pero que puede llegar a chocar con la naturaleza de la mentalidad jurídica, habitante de otro paradigma. Y es en este choque entre una y otra mentalidad donde, en

mi opinión, cabe ubicar estructuralmente el planteamiento de la cuestión que nos ocupa.

Cabe constatar aquí como factor determinante el cada vez mayor protagonismo del mundo tecnológico en la configuración del modelo social contemporáneo. Este dato es especialmente sensible para los juristas, ya que los juristas han sido tradicionalmente quienes han configurado el modelo social. Este es el papel que hemos ejercido en la historia, y muy especialmente a partir del siglo XIX, con los procesos codificadores primero, y luego con los procesos constitucionales. La misión principal del derecho es precisamente esa, configurar el modelo social de relación entre los ciudadanos, y entre estos y las instituciones estatales que el derecho diseña. Y lo hace con sus principios y sus formas propias, es decir, con una mentalidad jurídica. El contractualismo clásico es el marco utilizado en este empeño. Ahora, sin embargo, este protagonismo configurador de los modelos de las relaciones sociales está en buena medida en manos de los tecnólogos, que encarnan las líneas más novedosas de desarrollo de las formas de relación social, respecto de las que el derecho va, con lastimosa frecuencia, a remolque.

Esta prevalencia del modelo tecnológico, como vanguardia y guía del desarrollo social, llama, en el campo que nos ocupa, al desarrollo del voto electrónico, hasta el punto de plantearse incluso la inevitabilidad de su implementación en un contexto de creciente digitalización de la sociedad. Según esto el voto digital es el futuro, y acabará imponiéndose antes o después. Y esta es la posición de muchos autores. Sin embargo, es en este punto donde el derecho tiene algo que decir, ya que esta implementación no puede realizarse fácilmente eludiendo el discurso sobre las garantías de los procedimientos que esgrimen los juristas. Punto este en el que nos encontramos.

Por otro lado, creo que hay que considerar otro factor relevante que está actuando en este contexto, y es que, aparte del auge tecnológico, como tendencia estructural nos encontramos con la expansión de una

mentalidad privatista y mercantilista, que está haciendo que en este debate se configuren como actores importantes las empresas que ofrecen este tipo de servicios de organización electoral electrónica. Como ejemplo decir qué si se acude a una búsqueda sobre el tema del voto electrónico en internet, rápidamente aparece la publicidad de las empresas privadas que prestan sus servicios organizando estos procedimientos, ya que cada vez más se considera este como un nicho interesante de negocio. Y sólo hay que pensar en el volumen de negocio que puede suponer la gestión de los aparatos y programas informáticos para los procesos políticos electorales. A partir de su propia publicidad, las empresas intervienen en el debate con su panoplia de argumentos en favor de la implementación de tales procedimientos, con una lógica en ocasiones alejada de los principios públicos que rigen el derecho electoral. Por este tipo de razones es importante que en los artículos y publicaciones que debaten sobre el tema se hagan constar los posibles conflictos de intereses de los autores.

El factor de la participación de empresas privadas en el proceso electoral plantea además otra cuestión de fondo, en relación con lo que se denomina el principio de la oficialidad de la elección, que considera que han de ser organismos públicos los que controlen los procesos electorales. La intervención en el proceso electoral por parte de empresas privadas que aportan las máquinas o los programas, es una cuestión problemática, pendiente de hasta dónde puede llegar la supervisión pública en el caso de la gestión privada de los procesos electorales. Las dificultades técnicas y los derechos de propiedad de los programas entran aquí en juego con un papel importante.

Por otro lado, y si se contempla con perspectiva el panorama político, el auge del voto digital puede enmarcarse también dentro de una tendencia histórica más amplia que propone la aplicación de las nuevas tecnologías a los sistemas políticos democráticos con la idea de perfeccionarlos. Este proceso se aprecia desde los años sesenta del siglo pasado, en medio de la preocupación por la crisis de la democracia representativa, las disfunciones de los sistemas electorales, la partidocracia, etc.

Es entonces cuando aparece la idea de que los nuevos medios tecnológicos que se empezaban a desarrollar, y especialmente las nuevas técnicas de la información y comunicación, podían suponer una auténtica revolución democrática, revitalizando y perfeccionando las democracias, y aumentando los cauces de participación en el sentido más amplio. Surgen entonces conceptos llamados a revitalizar los sistemas políticos democráticos, como teledemocracia o ciberciudadanía .

En España, Perez Luño definió la teledemocracia como la proyección de las nuevas tecnologías a los procesos de participación política de las sociedades democráticas, sosteniendo que dinamizan y flexibilizan los cauces de participación política. También contribuirían, mediante las nuevas formas de ejercicio de los derechos, a promover los valores cívicos y al reforzamiento del tejido participativo en las sociedades democráticas. El autor escribió: “La ciberciudadanía y la teledemocracia constituyen un nuevo horizonte de los valores y de los derechos”. En este proceso tienen un importante papel las nuevas tecnologías a la hora de recoger la voluntad de los ciudadanos, y se destacaba que ya cabe un computador en cada domicilio, que permite que cada ciudadano exprese su punto de vista mediante una votación electrónica para tantas decisiones como sea necesario, en lo que podría llegar a funcionar como un referéndum/instantáneo permanente.

Sin duda hubo un momento en el que prosperó a nivel teórico y de fantasía social, la utopía de una democracia más libre, más participativa, más informada y abierta gracias al uso masivo de la tecnología. El modelo reuniría algunos de los requisitos clásicos más exigentes del pensamiento político, desde la comunidad ideal de diálogo gracias a las nuevas redes de información, comunicación e interacción social, hasta la democracia directa, gracias a los mecanismos de votación electrónica.

Sin embargo, ya muchos de los defensores iniciales de los nuevos medios digitales advertían de los peligros que a la vez acarrea la tecnologización, en un ejercicio de imaginación que ha acabado por

aproximarse más a la realidad. Por ejemplo, el propio Pérez Luño apuntó distintos riesgos del auge tecnológico y su aplicación política. Para empezar, en cuanto a la configuración de una comunidad democrática de información y comunicación, prevenía del uso con las nuevas tecnologías de mensajes subliminales para manipular a los destinatarios; o que el razonamiento político cívico basado en la información objetiva y la reflexión ilustrada quede suplantado por decisiones apresuradas y viscerales, contaminadas por informaciones fragmentarias y carentes de imparcialidad.

Igualmente, en relación con la participación política y la posibilidad de un “referéndum instantáneo”, manifestaba su opinión en el sentido de que él no era partidario de un sistema de democracia directa, ya que este modelo, aunque es cierto que aporta participación, cojea desde la perspectiva de la deliberación, que está mejor encarnada por la democracia representativa, y tiene además el peligro del populismo y el cesarismo. Apuntó también otro tipo de riesgos de la excesiva participación: como la erosión de los grupos intermedios, es decir, partidos, sindicatos, asociaciones, movimientos cívicos, etc., que refuerzan la cohesión social; el desplazamiento hacia una mercantilización de la esfera política, donde las corporaciones sustituirían al Estado en el ejercicio de la autoridad; o la posibilidad de que el sistema teledemocrático pudiera ser vulnerado por determinadas formas de criminalidad informática.

Creo que es difícil encontrar una previsión tan anticipada, exhaustiva y acertada como la del profesor Pérez Luño sobre los riesgos de la tecnologización política, y considero que el panorama, décadas después de las primeras propuestas, no es hoy en día muy halagüeño, ya que muchos de los riesgos apuntados parecen haberse materializado. Por ejemplo, la comunidad de internet como espacio ideal de diálogo ha acabado en una realidad muy distinta, y en el mundo de las redes sociales impera la polarización y el emotivismo, cuando no las noticias falsas y el radicalismo. Igualmente, la idea de usar las tecnologías para lograr una participación inmediata de los ciudadanos en los asuntos públicos ha

dejado de tener el mismo atractivo, tanto por las objeciones clásicas que se formulan frente a la democracia directa, como por cuestiones más técnicas que son las que se comentaran en relación con el voto electrónico. En resumen, la fantasía utópica de la ciberciudadanía y la teledemocracia no parece haber dado resultado, y mostrará sus problemas también a la hora de plantear el voto electrónico como la panacea de la participación política.

### **El voto electrónico. Modalidades y funcionamiento.**

Como adelantamos, existen diversas modalidades de voto electrónico y, de hecho, cuando se habla de voto electrónico se hace referencia a una pluralidad de procedimientos sensiblemente distintos entre sí. Intentaré agruparlos en dos clases, para poner de manifiesto las dos modalidades más dispares, que a su vez ubican los términos de nuestro debate en campos distintos, ya que los medios técnicos y las ventajas y riesgos que presentan son muy diversos para cada una de ellas.

Tendríamos primero lo que algunos autores denominan el voto on line o voto remoto, en referencia al voto a distancia desde un dispositivo electrónico, y por otro el voto electrónico en el local electoral, en referencia a dispositivos electrónicos ubicados en el mismo local electoral, que registran y cuentan los votos, con algún tipo de resguardo o sin él.

En cuanto a este último el más citado es el sistema llamado DRE (direct recording electronic), en el que la máquina lo hace todo, recepción, almacenamiento, registro, cómputo total y transmisión de datos. El registro se realiza directamente en la memoria del dispositivo con lo que este proceso permitiría incluso “independizar del papel” la elección.

Cuando se usa este sistema de votación, se vota en una máquina, ubicada en el centro electoral, que recoge el voto y lo computa. Las máquinas de votar electrónicas graban los votos, los procesan mediante programas de computación y registran los datos de votación en la memoria de computación. Los votos se van contando mientras se van emitiendo, y

los resultados se imprimen al cierre de la votación.

Las ventajas de este sistema radican en que no se gasta el papel, no se imprime más que lo necesario, pueden permitir también el voto en varios idiomas y permiten que el conteo sea inmediato. Como es obvio, este procedimiento no incide en principio en la participación, ya que la asistencia al local electoral es requisito necesario para votar.

Si en un principio la máquina funcionaba sin resguardo alguno, las dudas sobre la fiabilidad del sistema y la opacidad con la que actúa la máquina, así como algunos errores producidos en diversos procesos, han llevado a implementar distintos sistemas tendentes a que el elector pueda tener constancia de que el voto que la máquina registra es el suyo, e incluso que él mismo pueda disponer de un resguardo en papel, o que al menos exista un resguardo que pueda usarse para comprobar la corrección del voto y su recuento.

Precisamente en este contexto se formuló el llamado “Método Mercuri”, en alusión a su creadora, que propone que la máquina imprima una papeleta en papel que el votante pueda ver antes de que el voto sea integrado en el sistema. La máquina no entrega comprobante al elector, pero este ve el impreso con su voto, que se deposita también en papel y de manera automática en una urna por si procede un recuento alternativo al electrónico .

En el caso de que se emita un comprobante para el elector, existe la prevención de no entregar al elector resguardo en papel con el contenido de su voto, que surge para evitar posibles compras de votos para las que el resguardo funcionaría como una especie de comprobante.

Pero la cuestión que se plantea cuando se genera un recibo y se imprime y se mete también en una urna es qué ventajas aporta entonces este sistema de voto, si se duplica con el voto en papel y se puede alargar con un posible segundo recuento manual, que podría generar además incertidumbre en el caso de que no coincidan los resultados. La posibilidad

de que esta medida aumente la complejidad del proceso disuade en buena parte de su implementación.

De hecho, la opción con resguardo no es la preferida por las empresas suministradoras, que argumentan que esta opción no libera papel, no evita tener que custodiar papeletas y pueden plantear problemas de que un segundo recuento no se corresponda con el anterior. Prefieren los sistemas en los que el registro se realiza en la memoria del ordenador, que trabaja con los datos de su memoria.

En cuanto a los problemas técnicos, uno de los principales problemas con que se encuentra el voto electrónico es el del anonimato del elector. Según parece, evitar la trazabilidad del voto puede no ser fácil en una máquina que registra la persona y su voto. Esta trazabilidad si es evitada en el caso del voto presencial en una urna, donde no es posible seguir la identidad entre votante y voto.

Además, el control del procedimiento exige que el código fuente deba estar disponible públicamente para la inspección y algunos autores piden que se publique el software de las máquinas bajo una licencia de software libre, lo que puede chocar con los intereses de las empresas.

El caso del voto on line o voto remoto es sensiblemente distinto al caso del voto con computadoras en el local electoral. El voto remoto cuenta con la ventaja de favorecer la participación, permite votar desde localizaciones distintas al colegio electoral, acaso con aparatos electrónicos portátiles y no oficiales, pero como veremos plantea aún más dudas que el voto digital en el colegio electoral. Entre otras las relativas al control de los dispositivos de votación o la identificación de los electores, o que el voto sea ejercido al margen de presiones, lo que es más difícil de controlar en entornos privados.

Una buena descripción de estos problemas es expuesta por Sanchez Navarro, que no duda en señalar que los problemas del voto remoto vienen precisamente de no poder aplicar a este sistema los mecanismos

de voto presencial, y destacar esto es muy importante. El autor se refiere a que con el nuevo procedimiento se opera una especie de “privatización de la democracia”, en referencia que implican alejarse “del marco público que actualmente rodea todo el proceso electoral.... Se está abriendo la puerta a la posibilidad de emitir el sufragio en un marco o entorno estrictamente privado, utilizando medios (ordenadores, locales) de propiedad privada. Y, sobre todo, ello implicaría hacer prácticamente imposible cualquier tipo de publicidad.... Y por tanto la imposibilidad de cualquier intervención efectiva en garantía del secreto de voto y, con él, de la libertad personal a la hora de emitirlo”. Para este autor “fuera de los colegios electorales, alejados de la supervisión de los miembros de las mesas o comisiones electorales, de los interventores y apoderados de las diversas candidaturas, de los eventuales observadores electorales... En definitiva, fuera y lejos de cualquier tipo de entorno <controlado> o <supervisado>, las garantías públicas que configuran el procedimiento electoral ordinario resultan prácticamente inoperantes”.

En una línea que luego desarrollaremos más ampliamente, relativa a la importancia del acto de concurrencia pública de los electores en los colegios electorales, el autor se refiere también a los factores psicológicos y sociológicos vinculados a la importancia que hay que conceder al hecho de ejercer el derecho de voto en un espacio público.

No obstante, este sistema de voto remoto se sigue en algún país concreto, como Estonia, donde coexiste con el voto presencial. Allí la votación electrónica remota comienza el lunes de la semana electoral a las 9 de la mañana y finaliza el sábado por la noche a las 8, siendo el voto presencial el domingo. Para votar por internet se necesita lo siguiente: una computadora conectada a Internet y un documento de identidad, ya sea un documento de identidad móvil o un documento de identidad digital con certificados y códigos PIN válidos. Para votar electrónicamente, es necesario descargar la aplicación para votantes en el ordenador. Esta verifica automáticamente la elegibilidad del votante y le muestra la lista correcta de candidatos. Tras elegir, la aplicación cifra su voto. El votante

confirma su voto con su firma digital y la aplicación lo reenvía al servidor de recolección de votos. Al mismo tiempo, el servicio de registro independiente proporciona a cada voto una marca de tiempo que permite verificar posteriormente que todos los votos se han enviado al servidor de recolección de votos. El votante puede comprobar si su voto ha sido enviado y recibido correctamente mediante una aplicación independiente en su dispositivo inteligente.

### **La sentencia del TC alemán. La lógica del derecho.**

Nos hemos referido a la contraposición entre tecnólogos y juristas a la hora de abordar cuestiones y procedimientos de organización social. De ahí importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del año 2009 (relativa a las 16<sup>o</sup> elecciones al Bundestag alemán), en la medida en que expone la perspectiva con que la mentalidad jurídica aborda el proceso electoral. Esta sentencia va a introducir en el debate los factores propiamente jurídicos que a nivel constitucional han de ser los determinantes en la discusión .

Adelantamos que en nuestra opinión los procedimientos electrónicos de voto no pueden ser vistos como un fin en sí mismos, ni como un proceso inexorable derivado de la revolución digital, sino como un recurso más para favorecer el ejercicio de los derechos electorales, eso es todo. Y que debe hacerlo con las estrictas garantías que se exigen constitucionalmente en un sistema democrático.

En el caso de la sentencia alemana, esta trae causa de la implementación de aparatos electorales en los lugares de votación, en este caso de máquinas sin registro en papel. Se trataba de aparatos que recogen el voto y reemplazan el recuento manual por lo operado por la máquina. Los aparatos son instalados por las instituciones locales encargadas de la operativa electoral. En este caso sólo se hizo así en algunos estados alemanes, que fue donde se presentaron los recursos contra el proceso.

Los aparatos, que eran aparatos electrónicos guiados por ordena-

dor, recogen el voto y lo contabilizan. Estos aparatos habían sido autorizados previamente por el Ministerio del interior.

No es un sistema de voto remoto, y por lo tanto, no afecta a la posible participación, sino especialmente al ejercicio del voto y al recuento. Lo que a su vez plantea lo limitado de las ventajas que ofrece la alternativa, ya no en clave de aumento de participación, sino especialmente en términos de rapidez del cómputo; lo que adelanta la objeción de sí, esencialmente por tener los resultados un poco antes, vale la pena arriesgar la transparencia del proceso. Era pues un mecanismo de voto electrónico en el local electoral sin resguardo alguno.

Los recurrentes van a cuestionar que el sistema garantice tanto la confidencialidad del voto, como que no se modifique el sentido del voto de los electores, o que se cuente el voto adecuadamente. Insistiendo en que no hay un control efectivo por parte del público, ya que el proceso de asignación del voto y el cómputo del mismo se realiza dentro del aparato.

Es cierto que los aparatos electorales son revisados por la autoridad pública con antelación, pero los controles anteriores no son considerados como suficientes, y se cree técnicamente posible una manipulación de los aparatos antes de comenzar la votación, o incluso una intervención torticera durante el proceso.

Finalmente, se cuestiona también por parte de los recurrentes el principio de oficialidad de la elección, al ser una empresa privada la responsable de los ordenadores. Y este problema se agudiza si se pretenden alegar derechos de propiedad intelectual para no hacer públicos datos técnicos del funcionamiento interno de los aparatos electorales por parte de la empresa.

El ministerio del Interior alemán, que había examinado y autorizado los aparatos, defenderá su implementación, y alegará por un lado las revisiones de las máquinas que se han llevado a cabo. También sostendrá la conveniencia de admitir limitaciones al principio de publicidad, fren-

te a la necesidad de obtener una representación popular con capacidad operativa en poco tiempo. Incluso dirá que, al estar descentralizada la determinación de los resultados, un posible fraude a lo sumo afectaría al respectivo circuito electoral.

Y en cuanto a la participación de empresas privadas, defiende que también se produce en los procesos electorales tradicionales, por ejemplo, en el voto por correo cuando se usan servicios de correos privados.

Finalmente, resalta que no se han presentado indicios de alteración de los resultados que justifiquen la demanda.

En su fallo el Tribunal Constitucional alemán va a motivar su decisión contraria al uso de este procedimiento, y va a hacerlo sobre todo en base al principio constitucional de la publicidad de la elección, principio que entiende aplicable a todo el proceso electoral, y especialmente a la determinación del resultado.

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución alemana, en relación con el artículo 20, párrafo 1 y párrafo 2, el Constitucional alemán entiende que todos los pasos esenciales de la elección han de estar sujetos al control público, en la medida en que otros intereses constitucionales no justifiquen una excepción.

El principio constitucional de publicidad de la elección se vincula en la sentencia a la transparencia y controlabilidad del proceso (110), y ordena que los pasos esenciales de la elección estén sujetos a revisión pública, mientras otros intereses constitucionales no justifiquen la excepción (111). Esta interpretación del principio de publicidad aparece vinculada al tema que va a resultar esencial en la argumentación, y que es el tema de la confianza: Un proceso electoral en el que los electores no comprenden, de manera clara y confiable, si su voto se registra de manera no adulterada, o no comprenden cómo es incluido su voto en la determinación del resultado electoral, o cómo se cuentan y ordenan la totalidad de los

votos, excluye del control público elementos procedimentales centrales de la elección, y no cumple los requisitos del derecho constitucional alemán (112).

Esta confianza en el proceso y en el resultado es imprescindible para el Tribunal Constitucional, desde el momento en que de lo que se trata es de legitimar el acto fundante básico de la legitimidad del gobierno: “Sólo si el pueblo electoral se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia, es decir, que la elección se realice ante los ojos del público.... Se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento acorde a la voluntad del elector, necesaria para el funcionamiento de la democracia y de la legitimidad democrática de las decisiones electorales” (108).

El tribunal explicita que en caso del uso de aparatos electorales “debe poder revisarse los pasos esenciales del proceso y determinación del resultado de manera confiable y sin conocimientos técnicos especiales” (118). Esta referencia a la carencia de conocimientos técnicos especiales es importante ya que hace el requisito más exigente, al poner en el punto de mira a un ciudadano normal que debe ser capaz de entender y confiar en el proceso. El estándar del ciudadano común no puede ser sustituido por otro, como podría ser el de los expertos, ya que todos los ciudadanos están en el origen de la soberanía y todos van a estar sujetos al poder del Estado.

Me detengo para destacar que el tema de la confianza del público en el proceso va a convertirse, después de la sentencia alemana, en una de las cuestiones claves en las discusiones sobre el voto electrónico. Incluso en el principal obstáculo para su implementación, aunque algunos autores posteriores se empeñen en obviarlo.

Nótese que de lo que se trata es de excluir la sombra de la duda sobre los procesos electorales, rechazando procedimientos que no sean tan transparentes como el que más, como el voto personal en urna transparente, con recuento de los votos abierto al público.

Incluso más allá de la posibilidad de alterar el resultado, lo que se podrá producir o no, se trata de evitar las dudas en torno a que el resultado pueda ser alterado, al tratarse de un procedimiento que el ciudadano corriente no puede entender ni controlar, que no puede “ver con sus propios ojos”. Esta prevención adquiere aún mayor importancia en un contexto político estructural de crisis de la democracia y de creciente desconfianza y expansión de los cuestionamientos, los bulos y las noticias falsas. Por eso resulta de una importancia vital. Y aquí es donde se ha de insistir en el requisito de la publicidad para mantener la confianza en el sistema.

Por otro lado, la sentencia contesta también a las argumentaciones de la fiscalía, favorable al uso de las máquinas electorales, y que argumentaba que conformar la representación popular con capacidad operativa en poco tiempo era una prioridad, o que consideraba como bienes jurídicamente protegibles, frente a las potestades públicas del control de procedimiento, la protección de los datos privados o el secreto empresarial de los negocios. La sentencia por un lado descarta que la celeridad en la proclamación de resultados sea una razón para disminuir las garantías del proceso (130), y por otro insiste en el requisito del carácter oficial de la elección, como resguardo del protagonismo del Estado en el funcionamiento del proceso, planteando reservas frente a las competencias de los agentes privados.

Es curioso que los análisis de la sentencia alemana en ocasiones se centran en las cuestiones tecnológicas, y desatienden su principal aportación que es, naturalmente, la interpretación constitucional de los requisitos del procedimiento, con especial énfasis como vemos en el tema de la publicidad y la confiabilidad. Realmente lo que hace la sentencia es reubicar el debate, de manera que ya no son cuestiones técnicas las que conducen al fallo, sino cuestiones de sentido en relación con los principios de la democracia, es decir, las garantías, especialmente pensadas en relación con el principio de publicidad vinculado a la transparencia del proceso y la confianza en su desarrollo. Y también el principio de

la oficialidad de la elección.

Realmente la aproximación tecnológica que hay en la sentencia es muy escasa, como no podía ser de otra manera, ya que la ratio decidendi es netamente jurídica, y sin duda el tribunal hace muy bien en no entrar en excesivas consideraciones técnicas.

Es cierto que en la sentencia hay una referencia técnica, en la medida en que se establece que sólo bajo estrictas condiciones el uso de aparatos electorales es confiable (117) y esta cita ha sido utilizada por los partidarios del voto electrónico para defender que hay posibilidades de hacerlo compatible con las exigencias jurídicas. Pero también es cierto que la sentencia sostiene a la vez que “no es necesario aquí una decisión acerca de si existe alguna otra posibilidad técnica que permita una confianza en la corrección del proceso” (122).

El hecho de que la sentencia deje esa puerta abierta es, como decimos, la espita que aprovechan los partidarios del voto electrónico para interpretarla en el sentido de que esos medios son viables bajo ciertas condiciones según el alto tribunal. No obstante, a partir de la descripción que se hace en la sentencia de los principios de oficialidad y publicidad de la elección parece difícil encontrar un sistema de voto electrónico que cumpla con esos requisitos sin reduplicar el voto electrónico con un sistema de voto en papel. Especialmente el requisito de que una persona normal, sin especiales conocimientos técnicos, sea capaz de comprender el proceso y auditar de alguna manera la corrección de su funcionamiento, incluido el recuento. No se adivina cómo se puede hacer esto “a los ojos del público” sólo con medios electrónicos.

Analizando la sentencia, creo que puede decirse que, con su razonamiento, el principio de publicidad transita al principio de confianza, confianza en el funcionamiento correcto y transparente del proceso electoral. Una confianza que es difícil que se despliegue en un proceso electrónico de la manera en que lo hace en el sistema tradicional del voto presencial, en el que se realizan, a los ojos del público, los principales

pasos del procedimiento, especialmente la identificación del elector, el ejercicio del derecho y el escrutinio del resultado. El uso de máquinas electrónicas no deja de verse como una caja negra, de funcionamiento opaco a los ojos del público, y esta opacidad contrasta con el alto nivel de transparencia y publicidad que exige el sistema democrático y que en mayor medida aporta el voto presencial.

De hecho, a la luz de las exigencias constitucionales, se han destacado las ventajas del sistema de voto tradicional, que es el que el Tribunal Constitucional alemán tiene en mente como referencia, y que se organiza en torno al voto con papel y presencial en urna de cristal. Ventajas a las que nos interesa dedicar ahora la atención.

### **El voto presencial clásico. Sus ventajas.**

Ya adelanto que estas ventajas del voto tradicional han llevado a afirmar, en el marco del debate sobre el voto electrónico, que el voto electrónico es una especie de solución “en busca de problemas”, por ser el sistema de voto tradicional bastante fiable en términos generales, y por responder bastante bien a las exigencias constitucionales.

Veamos por ejemplo el caso de España. En nuestro país la participación política está recogida en el artículo 23 de la Constitución, que establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos, en elecciones periódicas por sufragio universal. De acuerdo con la Constitución el sufragio es universal, libre, igual, directo y secreto en las elecciones al Congreso de los diputados (art. 68) y al Senado (art. 69). Todo ello en línea con el artículo 21 de la Declaración universal de derechos humanos y el artículo 25 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que consagran el sufragio universal e igual y el voto secreto, explicitando el segundo que se trata de garantizar la libre expresión de la voluntad de los electores.

En España las elecciones generales están reguladas – y ello es

prueba de la trascendencia del tema objeto de regulación - por una ley Orgánica, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), que establece un sistema que puede servir como ejemplo. Como se ha dicho para el caso de España “hay que tener en cuenta que con el actual sistema de votación con papeletas cualquier persona, hasta la más ignorante, puede entender el proceso y forjarse la convicción de que ha sido limpio. Si hay algo transparente y a prueba de dudas en nuestro sistema político es el sistema de votación: las Mesas Electorales están formadas por ciudadanos elegidos por sorteo, y con presencia de los interventores de los partidos políticos; estas Mesas electorales controlan el derecho a votar de los electores; estos pueden confeccionar su voto en la cabina de votación y votan en un sobre cerrado que depositan en una urna transparente; la urna está todo el día bajo custodia de la Mesa y cuando concluye la votación se pasa, sin interrupción, al escrutinio; este es público; cuando termina el escrutinio se levanta acta que se entrega en mano al Juez competente y se da copia a los interventores de los partidos y al representante de la Administración; a los pocos días la Junta Electoral competente realiza el escrutinio definitivo”.

Entre las ventajas del voto tradicional está la comparecencia personal del elector, esencial a efectos de una identificación aceptable, probablemente la más exacta, sin perjuicio de posibles errores muy excepcionales. Este requisito puede ser cubierto en elecciones electrónicas en el local electoral, si se pide que se identifique el elector ante la mesa antes de votar electrónicamente, pero no de la misma manera, por ejemplo, en el supuesto del voto remoto.

También es una ventaja de este sistema la separación del acto del voto del acto de recuento, que excluye de manera muy determinante la posible relación del voto con el votante. Este puede ser un problema en el caso del voto electrónico, como hemos visto, cuando la misma máquina identifica al elector, recibe el voto y lo computa. Dentro del local electoral el voto puede ejercerse en una cabina, para garantizar el secreto de la opción elegida. Las papeletas también puede llevarlas el elector de casa

ya medidas en el correspondiente sobre electoral, con lo que igualmente se garantiza el secreto de la elección.

Y de manera muy destacada, en el caso del voto tradicional, el escrutinio es un acto claramente público y transparente, con presencia de interventores y de cualquier ciudadano que quiera asistir. En España el artículo 95 de la LOREG establece expresamente que el escrutinio es público, que el presidente de la mesa extrae uno a uno los votos y que lee su contenido en voz alta, y luego expone las papeletas a los vocales, interventores y apoderados, y que si algún notario, representante de una lista o miembro de una candidatura tiene alguna duda, puede pedir la papeleta para examinarla.

Por otro lado, no se puede decir que el escrutinio sea especialmente lento, y a lo largo de la noche es normal tener los resultados provisionales de la gran mayoría de las mesas, con independencia de que los resultados definitivos puedan demorarse unos días.

La realidad es que el voto presencial aporta muchas garantías en cuanto a la transparencia del proceso, la integridad del voto, la fiabilidad del recuento y, en general, los principios constitucionalmente establecidos.

De hecho, analizando las posibilidades de la implementación del voto electrónico en España, el Consejo de Estado, órgano constitucional, regulado en el artículo 117 de la Carta Magna, y que es en nuestro país el supremo órgano consultivo del gobierno, en un informe ad hoc, concluirá que el sistema electoral español no presenta graves anomalías, por lo que la adopción del voto electrónico requiere de una especial reflexión.

El informe, de febrero del año 2009, es respuesta a una solicitud del Gobierno de España planteada el año anterior, en la que se pedía al Consejo que se pronunciara en relación a distintas propuestas de modificación del Régimen Electoral General en España, incluyendo la implementación del voto electrónico. El informe final del Consejo pondrá de

manifiesto tanto las dificultades de un sistema de voto electrónico que reúna las necesarias garantías, como la convicción en el buen funcionamiento del proceso electoral tradicional que se práctica en España. Esta afirmación es especialmente importante en cuanto avala la línea de pensamiento que admitiría el uso del voto electrónico, una vez garantizada su corrección, para subsanar o mejorar posibles deficiencias del sistema de voto tradicional, pero no como un procedimiento general.

El informe del Consejo de Estado del Reino de España, y aquí enlazamos con la argumentación del Tribunal Constitucional alemán, insistirá también en el tema de la confiabilidad de la ciudadanía, señalando expresamente que intentar implementar un proceso como el digital, si no se cuenta con el convencimiento social de su confiabilidad no sería procedente. Puede decirse que desde entonces las iniciativas de voto electrónico están adormecidas en nuestro país.

### **Comunidad real frente a comunidad digital.**

Es curioso advertir que, en ocasiones, los autores se muestran reticentes al voto electrónico, pero asumen que el signo de los tiempos y el proceso de tecnificación, conducirá irremisiblemente a él. La aceptación de esta tendencia, pese a las dificultades objetivas del nuevo procedimiento en relación con las exigencias constitucionales, no deja de ser sorprendente. En el caso del voto electrónico en el local electoral, las medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de los requisitos constitucionales lo hacen tan complicado que no se alcanza bien a ver que ventaja presenta sobre el voto tradicional, y en el caso del voto remoto, las dificultades aparecen más pronunciadas. El abandono que se ha producido en muchos países de los intentos de generalizar el voto electrónico es una buena prueba de ello. Y hoy día es presentado más bien como un mecanismo complementario o subsidiario, especialmente en los casos de imposibilidad de concurrir a los colegios electorales por circunstancias relevantes.

Sin embargo, el voto electrónico, e incluso el voto electrónico

remoto, sigue siendo la meca de algunos planteamientos tecnológicos, en un intento de moldear el mundo con sus hormas propias y al margen de las exigencias de otras lógicas, como la lógica jurídica. Y cuidado, las iniciativas de estos grupos tienen muchas posibilidades de imponerse pese a todo.

En ocasiones en el trasfondo de esta expansión del voto electrónico puede encontrarse también la representación de la nueva comunidad social como una comunidad digital. Este planteamiento está obviamente cargado de implicaciones y muchas de ellas tienen que ver con cuestiones de poder. No obstante, aquí sólo me voy a referir a una de las consecuencias de estos postulados, que es la contraposición entre la comunidad virtual y la comunidad real a efectos político/electorales. Y aquí hay, a mi juicio, algunas razones de tipo político y simbólico que conviene poner sobre la mesa. Y las consideraciones simbólicas no son, en algunas cuestiones políticas como esta, las menos importantes.

El carácter público y presencial del proceso electoral tiene que ver también con su dimensión de manifestación social. El día de las elecciones han sido considerado tradicionalmente como la fiesta de la democracia. El sentido es un acto público de implicación personal mediante el desplazamiento, acudiendo al centro de votación donde se coincide con el resto de la ciudadanía. Se vive en comunidad el acto esencial de la elección del poder soberano. El voto aparece como un rito público rodeado de cierta solemnidad. Un rito colectivo en el que el ciudadano muestra su implicación con el cuerpo social.

En sentido contrario, no el voto con aparato electrónico en la sede electoral, pero sí el voto remoto, convierte el acto de votar en un acto privado, íntimo, que se realiza en una soledad en cierto sentido incompatible con el carácter comunitario de una elección.

Detengámonos un momento para abordar el tema de la presencialidad, de la presencia física y su relevancia en cuanto al concepto de ciudadanía. El pensador francés Paul Virilio ha estudiado la revolución

tecnológica en relación con el cuerpo físico de los sujetos y con el espacio entendido como territorio físico. Virilio plantea la relación entre el cuerpo, la ciudadanía y el territorio, y viene a decir que es necesaria la presencia física del sujeto en un territorio para expresar la ciudadanía. Virilio es un pensador del cuerpo y del territorio. Y cuando habla del cuerpo se refiere a cada cuerpo físico, que es además un cuerpo esencialmente situado en el tiempo y en el espacio. Da importancia al cuerpo ya que “la cuestión de la corporeidad nos toca a todos – utilizo la palabra “tocar” intencionadamente-” dice. Y no entiende el cuerpo propio sin mundo propio, sin situación, e interpreta el ser del sujeto como un estar presente aquí y ahora. Y de ahí la importancia del territorio.

Para Virilio el sujeto se realiza de alguna manera en un espacio concreto, y el sujeto político se realiza en un espacio político que es un espacio físico compartido. Así ha sido en la historia, con el protagonismo de espacios como el agora, el foro, el atrio, el patio de armas, las plazas... que son simplemente espacios en los que reunirse, espacios públicos donde se manifiesta la vertiente social, pública, política de las personas. La ciudadanía exige presencia colectiva física en espacios compartidos.

El aspecto simbólico de la concurrencia del pueblo soberano físicamente, ejerciendo el acto fundante de la soberanía de manera pública, tiene una fuerza notable, que se relaciona con el imaginario democrático de la manifestación expresa y pública de la voluntad popular como base del poder.

Por otro lado, considero que el planteamiento teórico de una comunidad virtual ubicada en un “no espacio” físico adolece de otro tipo de problemas más allá del que acabamos de mencionar de naturaleza simbólica. Desde la tentación de la irrelevancia del entorno físico a sus implicaciones en torno a la consideración de “el otro”, de “los otros”. Como señala de nuevo Virilio, “la cuestión de la telepresencia deslocaliza la posición, la situación del cuerpo”, e implica un ocaso de la presencia física en beneficio de “una presencia inmaterial y fantasmagórica”, que

entraña para él, entre otras consecuencias, “una considerable amenaza de pérdida del otro”.

La fantasmagoría alude a que la presencia es ahora, en la comunidad digital, no la de un cuerpo físico, sino la de una imagen, y una imagen, aunque lo represente, es algo muy distinto de un cuerpo físico. La imagen es manipulable y recreable, y carece de las características del cuerpo físico, que es un cuerpo sintiente, susceptible de placer y dolor. La presencia física remite a un sujeto real al que se debe una consideración especial, que no es la misma que se atribuye a una imagen. Máxime en un contexto de vanalización, manipulación y recreación de las imágenes, como el que se está produciendo con los avances tecnológicos. La idea es que la desubicación espacial, en cuanto falta de concurrencia física propia de la comunidad digital, implica una nota de despersonalización – podríamos decir incluso de desdignificación - de los sujetos participantes.

Y en este punto creo que procede resaltar ahora la importancia de la presencia, de la co-presencia, de la concurrencia física de los sujetos, en la historia social y especialmente en la historia de la evolución de la sensibilidad. Recordemos, por ejemplo, como Foucault atribuye el proceso histórico de humanización del derecho penal que se desarrolla durante la Ilustración a la contemplación de los suplicios, al final del Antiguo Régimen, por parte de los que asistían a los espectáculos públicos de las penas corporales. Una nota distintiva del derecho penal del Antiguo régimen era el carácter privado de los procesos y el carácter público de las penas. Las penas públicas funcionaban como un espectáculo que reafirmaba el poder del soberano ante el pueblo, reaccionando de manera ostensible contra los delincuentes por la violación del monopolio de la fuerza del monarca a la que se habían atrevido. Sin embargo, la progresiva evolución social de la sensibilidad popular llevó con el tiempo a que el público empezara a simpatizar con el dolor que un cuerpo físico presente, padecía ante sus ojos. La presencia física del cuerpo del torturado era, en el pensamiento de Foucault, el motor que provocaba el despliegue de la que será la nueva sensibilidad ilustrada, contraria a la tortura y al ensaña-

miento penal. Podemos entenderlo.

O podemos recordar también, en la misma línea, que el gran teórico de la reforma penal durante la Ilustración, el Marqués de Beccaria, fue visitador de prisiones, y que sin duda su relación personal con los reos, su proximidad física a su sufrimiento, fue un hecho determinante a la hora de configurar su pensamiento penal. La relación personal despliega aquí todo su potencial empático y sensibilizador.

Cuesta poco reconocer las diferencias entre la relación personal con presencia física y las relaciones virtuales basadas en imágenes, así como aventurar sus importantes implicaciones. La fantasía de la comunidad digital se muestra en este aspecto claramente empobrecedora.

## **Conclusiones**

Puestos a establecer algunas conclusiones sobre el tema que hemos debatido, me gustaría proponer las siguientes:

Un sistema de voto presencial tradicional, bien organizado, puede cumplir con bastante solvencia los requisitos jurídico-constitucionales propios de los sistemas democráticos de libertad, igualdad, secreto, publicidad de la elección y del recuento, y oficialidad.

Además, la presencia física de los electores en los lugares de votación durante el día de las elecciones aporta un componente simbólico importante, yo diría incluso esencial si pensamos en un proceso electoral que trasmite la soberanía del pueblo elector al próximo gobierno. Por oposición al ejercicio del derecho de voto en entornos privados, la concurrencia pública en los locales electorales el día de las elecciones cuenta a nuestro juicio con un plus de valor social y democrático.

El uso de medios electrónicos ha de verse como un recurso subsidiario, y ha de estar en función de las necesidades concretas, para resolver necesidades puntuales, y una vez que se haya garantizado su solvencia técnica; pero no debe funcionar como el procedimiento electoral

general y ordinario.

Simplemente el auge del mundo digital no es un argumento para llevar a cabo una reforma que generalice los sistemas de votación digital, cuando el sistema actual funciona aceptablemente bien, y, sobre todo, cuando el nuevo sistema plantea muchas dificultades de incierta solución. Por otro lado, la tendencia a la expansión del universo tecnológico debe encontrar, en cuestiones como esta, límites políticos y jurídicos.

La lógica imperante a la hora de implementar o modificar los sistemas electorales ha de ser una lógica jurídica, centrada en la calidad democrática y las garantías del proceso, acuñadas históricamente por el pensamiento jurídico/constitucional, y no una lógica tecnológica.

Los principios de oficialidad y publicidad de la elección son claves para garantizar el proceso electoral. La transparencia y la confianza de los ciudadanos en el proceso no está asegurada de la misma manera con medios digitales. La opacidad que para el ciudadano común caracteriza el mundo tecnológico es un obstáculo esencial para su implementación en los procesos electorales políticos públicos.

Es de destacar la necesidad de mantener la confianza en el sistema, especialmente en lo relativo al cómputo de los votos, en un contexto de cuestionamiento de los sistemas democráticos. Y es preciso hacerlo pensando en el ciudadano medio que carece de conocimientos tecnológicos.

Finalmente, y por todo lo dicho, no comparto la posición de los autores que recogen los inconvenientes de los nuevos procedimientos tecnológico, pero dejan abierta la puerta a admitirlos en el momento en que se cumplan los requisitos necesarios, sin que se vislumbre cómo podrá esto suceder, obviando el valor de los actos públicos presenciales, y avalados por una especie de inevitabilidad de la llegada del universo digital que no tendría por qué producirse.

## Referencias bibliográficas

- Barrat i Esteve, J., & Fernández Rivera, R. M. (Coords.). (2011). *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*. Cívitas–Thomson Reuters.
- Barrat i Esteve, J. (2017). *Verificabilidad del voto por internet y su recepción en el ámbito hispano*. En G. J. Guglielmi & O. Ihl (Dirs.), *El voto electrónico* (Cuadernos y Debates, 253, pp. 157–177). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Busaniche, B. (Comp.). (2017). *Voto electrónico: Una solución en busca de problemas*. Tren en Movimiento.
- Busaniche, B., & Heinz, F. (2017). ¿Qué es el voto electrónico? En B. Busaniche (Comp.), *Voto electrónico: Una solución en busca de problemas* (pp. 19–33). Tren en Movimiento.
- Colzani, E. (2023). *Voto elettronico, problema di sicurezza e rituali della democrazia*. *Revista Italiana di Informatica e Diritto*, 5(2), 265–280.
- Echevarria, E. (1994). *Telépolis. Ensayos/Destino*.
- Enguehard, E. (2017). *Los dispositivos de voto electrónico «verificables»*. En G. J. Guglielmi & O. Ihl (Dirs.), *El voto electrónico* (Cuadernos y Debates, 253, pp. 255–281). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Rivera, R. M. (2011). *¿Es inconstitucional el voto electrónico en Alemania?* En J. Barrat i Esteve & R. M. Fernández Rivera (Coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 157–194). Cívitas–Thomson Reuters.
- Foucault, M. (1992). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (A. Garzón del Camino, Trad.). Siglo XXI Editores.

- Gálvez, L. A. (2011). Sufragio y nuevas tecnologías: Hoja de ruta hacia el voto electrónico. En J. Barrat i Esteve & R. M. Fernández Rivera (Coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 55–83). Cívitas–Thomson Reuters.
- González Madrid, M. (2021). *El voto electrónico en el mundo: Breve historia acerca de un ascenso desigual*. *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 5(25), 173–236.
- Guglielmi, G. J., & Ihl, O. (Dir.). (2017). *El voto electrónico* (Cuadernos y Debates, 253). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jafar, U., Aziz, M. J. A., & Shukur, Z. (2021). *Blockchain para el sistema de votación electrónica: Revisión y apertura de desafíos de investigación*. *Sensors*, 21(17), 5874. <https://doi.org/10.3390/s21175874>
- Khoury, A. (2017). *Ante la mirada de la prensa francesa: Medios impresos y transparencia del voto electrónico*. En G. J. Guglielmi & O. Ihl (Dir.), *El voto electrónico* (Cuadernos y Debates, 253, pp. 303–324). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martín Mateo, R. (1998). *Democracia directa, democracia virtual*. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, (6), 229–250.
- Mathias, P. (1998). *La ciudad de Internet* (V. Pozo Blanco, Trad.). Ediciones Bellaterra.
- Pagano, R. (1984). *Telematica e democrazia diretta*. *Informatica e Diritto*, (3), 1–17.
- Pelayo González-Torre, A. (2020). TIC, inteligencia artificial y crisis de la democracia. En J. I. Solar Cayón (Ed.), *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de derecho* (Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 16, pp. 55–78). Universidad de Alcalá.

- Pérez Luño, A. E., et al. (2013). *Construcción europea y teledemocracia*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Presno Linera, M. A. (2011). *Premisas para la implantación del voto electrónico en la LOREG*. En J. Barrat i Esteve & R. M. Fernández Rivera (Coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 33–54). Cívitas–Thomson Reuters.
- Sadin, E. (2018). *La siliconización del mundo: La irresistible expansión del liberalismo digital* (M. Martínez, Trad.). Caja Negra.
- Sánchez Martínez, O. (2020). *Desafíos democráticos en el ecosistema digital*. En J. I. Solar Cayón (Ed.), *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de derecho* (Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 16, pp. 79–119). Universidad de Alcalá.
- Sánchez Navarro, A. (2011). *El voto no presencial en los informes de la comisión de Venecia y en el del Consejo de Estado sobre reforma electoral*. En J. Barrat i Esteve & R. M. Fernández Rivera (Coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 195–217). Cívitas–Thomson Reuters.
- Sartori, G. (2001). *Homo videns: La sociedad teledirigida* (A. Díaz Soler, Trad.). Taurus.
- Schirripa, A. M. (2021). *Le nuove frontiere del diritto di voto*. Wolters Kluwer–Cedam.
- Solar Cayón, J. I. (Ed.). (2020). *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de derecho* (Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 16). Universidad de Alcalá.



2

# Nuevas formas de Interpretación Penal





# **La Extorsión Digital como delito transnacional: La responsabilidad penal de las plataformas digitales y la automatización delictiva**


Digital Extortion as a Transnational Crime: The Criminal Liability of Digital Platforms and Criminal Automation


**Alvaro Daniel Lujan Zúñiga**

Estudiante Investigador

Universidad Católica Sedes Sapientiae

Los Olivos, Perú

 <https://orcid.org/0009-0002-5308-8184>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch06>

## **Resumen**

En este trabajo se analizará el delito de extorsión como un fenómeno penal complejo, el cual requiere repensar las categorías dogmáticas clásicas del Derecho Penal a la luz de los avances tecnológicos y dentro del entorno digital actual. Se plantea la discusión sobre si este delito debe considerarse de naturaleza común cometido por medios digitales o si encaja dentro del ámbito de los delitos informáticos. Adicionalmente, se estudiará la necesidad de incorporar una perspectiva ética en el diseño y funcionamiento de algoritmos de los sistemas informáticos, pues se considera que muchas plataformas digitales pueden llegar a ser instrumentalizadas para facilitar conductas delictivas sin asumir responsabilidad penal alguna. La investigación se desarrolla desde una perspectiva interdisciplinaria, articulando y fusionando elementos del derecho penal, la ética tecnológica y el derecho internacional. Metodológicamente, se ha determinado conveniente emplear el enfoque cualitativo (teórico-dogmático), así como revisión doctrinal, análisis normativo comparado y estudios de casos. El trabajo está estructurado en tres partes académicas: (i), revisión del tipo penal de extorsión y su ejecución mediante medios digitales; (ii), el análisis de la imputación objetiva para determinar la posible responsabilidad de las plataformas tecnológicas. Se espera contribuir a una discusión crítica sobre la necesidad de adaptar categorías dogmáticas frente a los nuevos avances tecnológicos y escenarios digitales, además, de explorar propuestas normativas que permitan una respuesta jurídica

más eficiente a la extorsión digital.

### **Palabras clave**

Extorsión Digital, Ciberdelincuencia, Ética Algorítmica, Automatización delictiva, responsabilidad penal, Automatización delictiva.

### **Abstract**

This paper analyzes the crime of extortion as a complex criminal phenomenon, which requires a rethinking of the classic dogmatic categories of criminal law in light of technological advances and within the current digital environment. It raises the question of whether this crime should be considered a common crime committed through digital means or whether it falls within the scope of cybercrime. Additionally, it will explore the need to incorporate an ethical perspective in the design and operation of computer system algorithms, since it is considered that many digital platforms can be exploited to facilitate criminal conduct without assuming any criminal liability. The research is conducted from an interdisciplinary perspective, articulating and merging elements of criminal law, technological ethics, and international law. Methodologically, it has been determined appropriate to employ a qualitative (theoretical-dogmatic) approach, as well as a doctrinal review, comparative normative analysis, and case studies. The paper is structured in three academic parts: (i) a review of the criminal offense of extortion and its execution through digital means; (ii) the analysis of objective imputation to determine the potential liability of technology platforms. The aim is to contribute to a critical discussion on the need to adapt dogmatic categories to new technological advances and digital scenarios, in addition to exploring regulatory proposals that allow for a more efficient legal response to digital extortion.

### **Keywords**

Digital Extortion, Cybercrime, Algorithmic Ethics, Criminal Automation, Criminal Liability, Criminal Automation.

## INTRODUCCIÓN

Desde la creación de la teoría de la imputación objetiva, los delitos han pasado por una evolución que ha propiciado la creación de nuevas formas de interpretación penal, surgiendo nuevas conductas humanas contrarias a las leyes. En la era de la revolución digital, han nacido nuevas formas de cometer delitos, como la extorsión digital. Consecuentemente, las nuevas tecnologías de la información, han traído consigo nuevos contextos digitales, como las plataformas digitales y las redes sociales, lo que ha propiciado que las personas puedan utilizarlas como herramientas o instrumentos para la comisión de delitos, pues brindan anonimato y mantenerse al margen de cualquier responsabilidad penal y/o persecución. Esta situación, plantea interrogantes urgentes respecto a la imputación objetiva, la dogmática penal y el rol de los algoritmos en la facilitación de conductas ilícitas que, por desarrollarse dentro de un entorno digital sin barreras físicas, trascienden las fronteras de los países convirtiéndose en un delito transnacional, lo que a su vez plantea la interrogante: ¿la extorsión digital es un delito común o especial?

## METODOLOGÍA

La presente investigación analiza el delito de la extorsión cometido a través de medios digitales desde una perspectiva interdisciplinaria y se enfoca en los desafíos que implica su calificación penal, los vacíos que pueden estar presentes en la tipificación de este delito y también estudiar la necesidad de integrar una ética algorítmica que impida la instrumentalización de sistemas digitales y automatizados para fines delictivos, con la utilización la revisión bibliográfica y un enfoque cualitativo.

## Capítulo I

### El delito de extorsión y su evolución hacia el contexto digital

La extorsión es un delito que ha sido modificado en numerosas ocasiones dentro de la legislación penal peruana. Estas modificaciones se pueden explicar, según Salinas (2018) por el incremento de realización de este delito en la sociedad, por lo que obligó al legislador ejercer medidas destinadas a tranquilizar a los ciudadanos. Sin embargo, proponemos que este fenómeno también se puede explicar por la constante evolución típica del delito a través del tiempo, ya que desde su primera modificación en el año 1998 coincide con el inicio de los cambios en las dinámicas sociales que trajeron consigo las nuevas tecnologías cibernéticas en los campos de la economía y de la comunicación. La apertura de los medios digitales trajo consigo un nuevo medio para cometer este delito, por ejemplo, mediante correos electrónicos o mensajes de texto, además se facilitó tener acceso a información personal de los usuarios por terceros. Pero primero, analizaremos la tipicidad objetiva de este delito, pues al ser uno de tipo que se puede realizar por una variedad de medios, se debe determinar la conducta típica del sujeto activo para ser encuadrada correctamente en la norma penal.

La extorsión está tipificada en el artículo 200 del Código Penal Peruano, convirtiéndolo en un delito común, pues se encuentra en el Título V referente a los delitos contra el patrimonio, por lo que analizaremos lo que se establece en su primer párrafo:

#### **Artículo 200.- Extorsión**

200.1. El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica u otra ventaja indebida u otra ventaja de cualquier otra índole será reprimido con pena privativa de la libertad o menor a diez ni mayor de quince años [...]. (Código penal peruano, 1991)

De acuerdo a la imputación objetiva, las acciones son la utilización de la violencia o amenaza para obligar a una persona o institución pública o privada (sujeto pasivo) para que esta otorgue una ventaja económica u otra de cualquier otra índole de manera indebida, es decir, ilegítimamente. En esta primera parte del artículo se hace referencia a la extorsión genérica o básica, puesto que se configura cuando el agente activo, utilizando la violencia o amenazando a la víctima o sujeto pasivo, la obliga a entregarle o a otra persona, una ventaja de índole patrimonial o de otra naturaleza en contra de su voluntad. (Salinas, 2018, p.497)

En esta primera parte, la norma se limita a identificar a los sujetos y la acción típica o verbo rector que configuran el delito de la extorsión, por lo que, desde un punto de vista dogmático, la extorsión implica la coacción ilegítima ejercida sobre la voluntad de la víctima, una afectación directa a la libertad de autodeterminación y lo que trae como consecuencia negativa que menoscaba el patrimonio o la disposición de derechos. Para Roxín (1997), el delito de la extorsión es uno en que se necesita la intensión de enriquecerse o hacerlo a favor de otro de manera injusta, por lo que para lograr esta finalidad es necesaria la utilización de medios coercitivos para obligar a la víctima a disponer de sus bienes patrimoniales. Del mismo modo, Jescheck (2014) concluye que este delito tiene como característica fundamental la amenaza que condiciona a la víctima a cometer actos contrarios a sus intereses patrimoniales, lo que consiste en un propósito económico por parte del agente o autor del delito, por lo que es distinto al robo, ya que no existe un apoderamiento físico directo, sino un desplazamiento de bienes por coacción.

Las siguientes modificaciones incorporaron los numerales 222.2, 200.3, 200.4, 200.5 y 200.6, y para el desarrollo y comprensión de la evolución de este delito, es necesario mencionar que la ley también determina la comisión mediante la utilización de imágenes del entorno familiar o de otro como el empresarial, laboral o social de la víctima para ser difundidos directa o indirectamente. (Código penal, 1991, art. 206)

Estas modificaciones y agregados fueron realizados mediante el Decreto Legislativo 982, publicado el 22 de julio de 2007, y otros, por lo que es posible hacer la afirmación que la tipificación de la conducta delictiva ha experimentado una evolución jurídico – social, tanto en relación al contexto como con el agente activo. Esta evolución puede responder a que el legislador consideró conveniente adaptar la norma a las nuevas formas delictivas, modos más complejos de operar y la diversificación de actores involucrados. Bajo el análisis histórico legal de la extorsión, en sus inicios este se entendía como una amenaza o uso de la violencia para obtener dinero o algún bien, sin embargo, el tipo penal se ha extendido al surgimiento de otras formas de coacción más complejas, como el engaño, el ardid, la simulación de contratos (Código penal, 1991, art. 200.2) o el uso de imágenes de índole familiar, laboral o empresarial (200.6.f). Los constantes cambios que ha sufrido la norma sustantiva, además de la deficiente precisión por parte del legislador, se manifiesta en el desorden, ampliación excesiva y falta de prevención hacia el futuro, este método de control penal solo se enfoca en el intento de disminuir el acto delictivo a través de la represión y no ataca el origen del problema en el ámbito social. (Cabrera, 2014, citado en Bonifacio, 2019)

La evolución normativa de este delito en el ordenamiento penal peruano refleja un intento de adaptación frente a las transformaciones sociales, culturales y tecnológicas que han modificado y ampliado las formas en que se comete este ilícito. Esto evidencia la necesidad de ampliar la comprensión del tipo penal, incorporando nuevas modalidades comisivas que, si bien conservan la esencia de la coacción patrimonial, ahora se manifiestan en contextos cada vez más complejos, como el entorno digital. Esta progresión normativa y dogmática permite advertir cómo la extorsión ha dejado de ser un delito exclusivamente físico o presencial por la diversificación de métodos extorsivos, para convertirse, en muchos casos, en un fenómeno virtual que desafía los marcos tradicionales del derecho penal, por lo que es necesaria una política criminal más sofisticada y contextualizada frente a un fenómeno delictivo en expansión.

## Capítulo 2

### Extorsión Digital: plataformas digitales y automatización delictiva

La conducta típica del criminal que busca beneficiarse patrimonialmente de la víctima mediante el empleo de coacción, violencia o amenaza, configura la extorsión. La finalidad es la obtención de dinero o bienes de manera ilegítima, se llega a este objetivo por distintos medios y utilización de diversas herramientas. Como se ha desarrollado, la norma penal ha sufrido modificaciones y agregados posteriores en razón de los nuevos medios que surgieron a través del tiempo. Por ello, la categorización de la extorsión mediante medios digitales plantea una disyuntiva en el ámbito jurídico: ¿nos encontramos ante un delito común dentro de un nuevo medio o ante un acto de criminalidad en entornos informáticos que exige un tratamiento normativo especial?, para responder esta incógnita no solo basta con el análisis teórico, sino también es necesario el análisis de casos concretos que han sucedido en la realidad práctica. En el 2024 una entidad bancaria importante sufrió la vulneración de sus bases de datos y se filtraron datos personales de una gran cantidad de ciudadanos. En un artículo periodístico titulado “Robo de datos en Interbank al descubierto: así operó el hacker para extraer información de clientes del banco”, Paucar (2024) narró que un acontecimiento alarmante se produjo el 30 de octubre de 2024, en materia de los servicios digitales de la entidad bancaria Interbank del Perú, ya que sus servicios experimentaron interrupciones significativas. Paralelamente, un individuo bajo el seudónimo de “kzoldiyek” afirmó que obtuvo acceso no autorizado a los sistemas del banco, sustrayendo aproximadamente 3.7 terabytes de información y datos sensibles de alrededor de tres millones de clientes. La información personal comprometida consistía en nombres completos, números de tarjetas, números de teléfono, fechas de nacimiento, documentos de identidad y detalles de transacciones bancarias. El ciberdelincuente intentó extorsionar al banco Interbank, exigiendo un pago de 4 millones de dólares a cambio de no divulgar la información personal de los clientes robada o vender la data sustraída. Ante la negativa del banco a cumplir

con las demandas, el atacante comenzó a liberar fragmentos de los datos en foros de la dark web, exponiendo la información personal de los clientes afectados.

El delito de extorsión ha evolucionado con el progreso tecnológico en las áreas digitales de comunicación y conexión de las redes sociales y/o plataformas digitales dedicadas al comercio de bienes y servicios. Es por ello que ya no se puede perseguir e investigar como un delito común cuando se comete mediante medios que no son comunes, este fenómeno de evolución criminal supone una forma más compleja y especializada de persecución penal, porque el uso de herramientas tecnológicas ha permitido que su comisión sea más rápida, inmediata, accesible y, sobre todo, envuelta en la protección del anonimato. Esta transformación, representa un desafío adicional cuando la víctima es un ciudadano que solo utiliza los medios tecnológicos, pero no sabe de su funcionamiento interno, ni cuenta con los medios necesarios para poder protegerse en el ámbito digital y esto lo sitúa en una posición de vulnerabilidad extrema. A diferencia de grandes empresas privadas o entidades estatales, los ciudadanos comunes no poseen los medios para protegerse eficazmente ante el ataque de su privacidad o de sus datos personales, ni cuentan con mecanismos reales para poder identificar al extorsionador, además existe la posibilidad de que su situación de vulnerabilidad digital se agrave aún más cuando la víctima es un menor de edad o persona adulta mayor. Dentro de este contexto, se han identificado las prácticas delictivas más utilizadas por los cibercriminales para obtener de sus víctimas algún dato personal o de índole íntimo que le sirva como insumo para obtener algún beneficio indebido:

Por ello, en el desarrollo de este trabajo, nos enfocaremos en el análisis de la modalidad denominada “sextorsión”, que según Goicochea (2018) es la práctica que se realiza a través de redes sociales y tecnologías de la información consistente en amenazar a una persona con publicar y difundir, a través de la red, material audiovisual en donde se vea comprometida su privacidad, ya sea porque se le muestra realizando actos

sexuales o pornográficos. Este material audiovisual puede ser obtenido por el cibercriminal al acceder ilícitamente a la información que la víctima almacena en algún dispositivo informático o mediante la práctica del sexting, en donde los delincuentes contactan a sus víctimas a través de las redes sociales, se ganan su confianza y, mediante engaños y argucias, los convencen para que envíen fotografías o videos de sí mismos desnudos, con poca ropa o realizando actos sexuales. Posteriormente, proceden con amenazarlo en difundir el material comprometedor si no cumple con las exigencias, de índole económico, patrimonial o incluso sexuales.

La modalidad de cómo engañar a la víctima para que proporcione material íntimo al delincuente consistía en ganarse la confianza de la víctima por medio de las redes sociales y utilizando perfiles falsos, poco a poco se convencía a la víctima para entrar en una videollamada en donde se grababa el material privado. Sin embargo, con el avance en la creación y diseño de las aplicaciones digitales, ahora el delincuente puede simular tener problemas de audio o imagen en la videollamada y hacer que la víctima instale en su dispositivo una aplicación mal intencionada que permite tener completo acceso a información privada almacenada, una vez que el delincuente obtiene los datos bancarios, contactos, imágenes o videos, procede a extorsionar a la víctima, amenazándola con difundir el material entre sus familiares, amigos o conocidos y esto la deja en una posición de vulnerabilidad extrema, sin la posibilidad de defenderse (Flores, et al., 2015).

Este tipo de extorsión se realiza dentro del ámbito digital y tecnológico, evoluciona, se simplifica y se especializa cada día más, sin embargo, las medidas legislativas y de control, aún son lentas y deben pasar por numerosos procedimientos burocráticos para tener validez y ser promulgadas. Así, en la actividad legal, se puede llegar a la conclusión de que la sextorsión no utiliza la violencia física como lo tipifica la norma, sino que se utiliza la coacción psicológica y la amenaza a la privacidad, por lo que se estaría frente a otros tipos de violencia, además el entorno digital agrava el daño potencial y la viralización del contenido.

Sin embargo, esta modalidad de extorsión digital no es la única, también se encuentra la modalidad de uso extorsivo de datos personales mediante la modalidad del phishing que consiste en la utilización de correos electrónicos falsos que simulan ser de entidades gubernamentales o comerciales verdaderas para inducir a la víctima que digite sus datos personales como contraseñas, códigos y credenciales de acceso, con la finalidad de utilizarlos para suplantar la identidad en línea; por lo que constituye un delito cibernético altamente negativo y tiene impactos severos en el patrimonio de los usuarios, ya que el robo de sus contraseñas y datos bancarios permiten al delincuente realizar transacciones comerciales en línea, como compras o depósitos no autorizados por el titular y vaciar su dinero. Además del impacto negativo psicológico y patrimonial de la víctima, esta práctica afecta a la confianza y credibilidad de las entidades financieras, resultando en un delito pluriofensivo (Cervieri & Pavón, 2025). Adicionalmente, este delito puede desembocar en la extorsión, pues si el delincuente no tiene la posibilidad de disponer del patrimonio de la víctima, puede intentar amenazarlo o coadyuvarlo para que se realice sus exigencias, como se vio en el ejemplo del ataque que se realizó a la entidad bancaria Interbank, en donde el ciberdelincuente amenazó con revelar y divulgar datos bancarios de miles de usuarios y clientes del banco si no cumplían con pagarle una cantidad de dinero exorbitante.

En el delito de extorsión, se han identificado cinco procesos que el delincuente realiza para conseguir que la víctima acceda a realizar sus requerimientos indebidos. Según Goicoechea (2018), la primera etapa, cuando la extorsión se da mediante redes sociales o telefónicas, consiste en que el delincuente selecciona a sus potenciales víctimas (perfiles de Facebook, Instagram o números telefónicos), de manera aleatoria y masiva, aunque también puede tener como criterio la capacidad económica y la reputación del usuario, es decir, si es una persona famosa que tiene que cuidar de su reputación e identidad digital, resultará más sencillo que acceda a sus exigencias. En la segunda etapa, es cuando se trata de ganar la confianza de la víctima, mediante comunicación presencial (este tipo de

contacto se suele realizar mediante encuentros o “citas”) o sin contacto directo (cuando el medio comisivo de este delito son las redes sociales o tecnologías de la información) y se puede decir que es el más conveniente para el delincuente, pues le resulta más sencillo comunicarse con la víctima sin los obstáculos geográficos, de manera inmediata y anónima, lo que a su vez, ocasiona que la investigación y persecución policial, se complique y se sea más difícil, pues al no existir fronteras geográficas, se convierte en un delito transnacional. En la tercera etapa, es cuando se lleva a cabo la amenaza, mediante violencia verbal y psicológica reiterada para lograr intimidar a la víctima y hacerla sentir indefensa. El tipo de amenaza está sujeta a la información que posee el extorsionador, ya sean datos personales, fotografías o videos íntimos otorgados por la misma víctima, etc, y pueden ser amenazas de divulgar el material íntimo, realizar transacciones bancarias sin su consentimiento, quitarle la vida, agredirla, secuestrarla, atentar contra sus familiares o destruir su identidad digital y reputación, con el objetivo de que la víctima se encuentre en una posición de indefensión y bajo un estrés tan fuerte que no piense en pedir ayuda por el miedo constante, por lo que estos factores emocionales y circunstanciales logran que la víctima realice las instrucciones del extorsionador por la desesperación de querer salir de esa situación. Esta fase del proceso comisivo del delito es el determinante para saber si es que la víctima realizará las exigencias, pues si reacciona de manera sumisa y temerosa ante la amenaza, el extorsionador seguirá con la amenaza, pero le dará instrucciones para que, dependiendo el objetivo del delincuente, la víctima realice el pago u otra acción indebida. Si, por el contrario, la víctima no se deja intimidar y se enfrenta al extorsionador y se dispone a denunciar el delito, se inicia la negociación. La quinta y última fase consiste en el pago y cobro de lo exigido, en este punto, el delincuente tiene control total sobre la víctima y se asegura de mantenerla bajo su poder, pudiendo continuar con la extorsión y pedirle de manera sistemática dinero u otro tipo de beneficio.

Con la identificación de las fases de realización de este delito se

puede concluir que las plataformas digitales de comunicación y tecnologías de la información han traído consigo nuevas formas de cometer delitos comunes mediante medios digitales, brindando a los delincuentes anonimato, inmediatez y facilidad extrema, así como la seguridad de que no serán descubiertos de manera sencilla, pues los obstáculos geográficos superados por las redes sociales e internet, paradójicamente se han convertido en obstáculos para su investigación, identificación y persecución, ya que el delito ha evolucionado en uno de naturaleza transnacional.

Adicionalmente, el avance de la tecnología en la rama de la inteligencia artificial, amerita que se incluya un factor importante en la comisión de este delito: la utilización de la inteligencia artificial para la comisión, incluso más rápida y especializada, de delitos como la extorsión digital y su implicancia en la dinámica digital de los usuarios. La primera etapa de realización consiste en la identificación de la víctima, en redes sociales y espacios digitales se suele hacer aleatoriamente, y la segunda etapa consiste en la comunicación con la víctima para ganar su confianza con el objetivo de que el extorsionador consiga material comprometedor para poder intimidar y amenazar al extorsionado. Sin embargo, la inteligencia artificial es una herramienta que tiene su auge en este siglo, definida como una ciencia que busca la implementación de conocimientos, valores y pensamiento humanos a las máquinas, es decir, dotar de inteligencia como potencial humano para que sean capaces de conocer, comprender y razonar, con el objetivo de que ciertos procesos puedan ser realizados por las máquinas. Por ello, desde su desarrollo hasta la actualidad, la inteligencia artificial está presente en muchos campos del trabajo humano, por ejemplo, en el tratamiento de lenguajes expertos, sistemas informáticos de información, robótica, aprendizaje y demás áreas (Escolano et al., 2003).

El avance de esta herramienta en todos los campos de la vida humana, supone también la posibilidad de que se use para la realización de delitos, pues la creación de aplicaciones y plataformas digitales impulsadas por IA o bots pueden dar paso a su utilización para fines ilícitos. Por

ejemplo, existe el fenómeno denominado DeepFake, por su traducción al español “profundo” y “falso”, respectivamente, este término se refiere a la utilización del aprendizaje por parte de las máquinas para realizar tareas sin intervención humana en el proceso, permitiendo la creación de materiales manipulados (Heidari et al., 2023). Según, Ramos (2024), esta práctica consiste en alterar medios audiovisuales y del material original y hace posible la sustitución del rostro de una persona en el cuerpo de otra, se puede manipular el físico y partes específicas del cuerpo, también es posible la manipulación de audios y videos en donde aparecen personas hablando y haciendo declaraciones falsas que nunca dijeron.

Según un artículo periodístico de Castro (2024), titulado “Telegram en la mira: bots crean y difunden contenido explícito hecho por la IA”, se narra que la plataforma de comunicación instantánea Telegram, alberga en sus sistemas a bots (programadas de software automatizados) que son capaces de utilizar DeepFakes para generar contenido explícito. Estos bots son programas alojados en los sistemas de la aplicación de mensajería capaces de generar contenido explícito sin consentimiento de las personas a partir de una fotografía o videos, pueden reemplazar el rostro de una persona en el cuerpo de otra, además de hacer desaparecer la ropa de una persona retratada en una fotografía o desnudarla y crear videos falsos en donde se realizan actos explícitos de índole sexual. Según el portal de noticias, menciona que una investigación de la revista WIRED, reveló que la plataforma Telegram, alberga cincuenta bots dedicados a esta actividad y que la cantidad de usuarios que interactúan con estos es de aproximadamente cuatro millones e incluso alcanzan los cuatrocientos mil usuarios mensuales. El funcionamiento de estos bots es muy sencillo, pues el usuario de estos programas ilegales solo tiene que subir al sistema una fotografía de alguien para que la inteligencia artificial proceda a desnudar a la persona. Estas prácticas ilícitas que van en contra de los derechos de imagen y de la intimidad de las personas, se pueden realizar a través de Telegram, pues su algoritmo está diseñado con la finalidad de brindar privacidad de sus usuarios y no revisar la

función que estos bots pueden realizar, por lo que se encuentra en una investigación por parte de los Estados Unidos de Norteamérica.

Esta práctica cada vez más creciente, pone en evidencia que las plataformas digitales son herramientas creadas para facilitar el comercio, el aprendizaje, la comunicación o las relaciones sociales, sin embargo, también pueden convertirse en herramientas destinadas a la comisión de delitos transnacionales y graves. Según Popova (2020), la utilización de esta tecnología para la creación de contenidos inapropiados genera un problema, en cuanto supone la ilegalidad del contenido producido. Así mismo, la creación de este contenido falso en donde se presenta a las personas en situaciones comprometedoras y de forma inexacta, supone una amenaza y grave afectación a su reputación, integridad personal e imagen. Es por ello, que, dentro de las fases de comisión de la extorsión, vemos necesario actualizar esa información teniendo en cuenta este fenómeno, pues ahora con los bots generativos de imágenes falsas y trucadas, al delincuente solo le bastaría con conseguir una fotografía de su víctima (generalmente se puede tener acceso a fotografías de las personas en sus redes sociales), tal como lo sostiene Liberos et., al (2013), las redes sociales son un medio de comunicación que permiten el acceso a datos presentes en sus sistemas de almacenamiento, tales como blogs, fotografías, música, videos y demás. En este contexto digital, resulta muy fácil para el criminal cargarla a los programas malintencionados y generar una imagen explícita para poder extorsionar a su víctima (sextorsión), esto no solo facilita la labor criminal, sino que también genera la especialización y automatización del delito, pues ya no son necesarias acciones destinadas a ganarse la confianza de la víctima y se puede proceder a la extorsión de manera más rápida, sencilla y eficiente.

## Capítulo 3

### Responsabilidad Penal de las plataformas digitales

La evolución de las tecnologías de la información y las redes sociales tienen como consecuencia muchos beneficios económicos, culturales y sociales. Sin embargo, también pueden ser utilizadas por personas mal intencionadas que buscan un beneficio ilegítimo realizando conductas ilegales, pues hacen uso de las herramientas y avances que brinda la tecnología para perpetrar sus actos delictivos y poder conseguir ventajas y beneficios económicos. El avance de los programas de computadora y las nuevas formas de comunicación más eficaces, rápidas y sencillas, han traído consigo el surgimiento de las plataformas digitales, que, según Constantinides et al. (2018, como se citó en Bonina et al., 2021), son “un conjunto de recursos digitales, ya sean servicios o contenidos, que facilitan las interacciones entre sus participantes” [traducción propia] (p. 871). Consecuentemente, se puede decir que las plataformas digitales son programas diseñados para facilitar el intercambio de servicios y contenidos entre sus usuarios, contribuyen a la interacción rápida y sencilla entre ofertantes y demandantes, así como facilitan las transacciones comerciales y/o brindar soportes digitales para la comunicación a través de las redes sociales, como Facebook, Instagram, etc. Las plataformas digitales se podrían entender como mercados y espacios públicos a los que se accede a través de la red de internet, siendo un espacio de encuentro virtual, en donde se crea una identidad, reputación y conducta digital. Al ser un espacio virtual, es decir, fuera de la realidad concreta, exige nuevas formas de interpretación por parte del Derecho Penal, en son de los avances tecnológicos y la creación de espacios virtuales que eliminan las fronteras territoriales y jurisdiccionales de los países.

Por ello, la responsabilidad penal de las plataformas digitales constituye un problema importante; su regulación debe ser sólida y clara en términos jurídicos y tecnológicos, pues el Derecho debe trascender a un nuevo espacio virtual en donde la libertad para cometer delitos

es mayor. La responsabilidad penal de las personas, debe pasar por los filtros de la imputación objetiva, ya que son necesarios para atribuirle responsabilidad penal de las personas, pues según Bramont, esta teoría necesita que la acción humana produzca un riesgo o lo aumente más allá de las fronteras que permite la ley, el riesgo debe realizarse en el resultado y todo esto debe estar dentro de la protección de la norma (2008, p. 187). En ese sentido, en ámbitos virtuales y del ciberespacio, esta teoría deberá ser actualizada manteniendo sus fundamentos principales como el sujeto, la acción, el nexo causal y el resultado lesivo a un bien jurídico, teniendo en cuenta que el comportamiento de la plataforma digital frente a la posible comisión de los delitos dentro de su espacio virtual, cumpla con los requisitos de la imputación objetiva y de la teoría de la adecuación. Primero, debemos mencionar que los espacios virtuales son programados a través de algoritmos y códigos que determinan sus funciones y alcances, siendo esto una ventaja enorme porque se puede programar una plataforma digital de tal manera que no permita la comisión de delitos a través de sus sistemas o que por lo menos los prevenga y denuncie. Por lo que, la responsabilidad de las plataformas digitales en el ámbito penal, se debe analizar desde una perspectiva múltiple: la forma en cómo se han programado (los algoritmos y lenguajes de programación), la detección de conductas que pueden ser antijurídicas (a través de revisión de datos e información almacenados en sus sistemas internos) y la detección de usuarios que intenten cometer delitos a través de sus servicios digitales. Estos elementos son necesarios porque, la forma en cómo están creadas las plataformas (lo que permiten hacer, lo que previenen y lo que prohíben) es fundamental para regular las acciones de los usuarios (siempre en observancia de la libertad de expresión y comunicación). En la realidad material, en donde el Derecho es el instrumento político-social de regulación y determinación del comportamiento de los ciudadanos, en las realidades virtuales, los algoritmos y códigos pueden ser el principal regulador de comportamiento de los usuarios, mediante medidas de prevención y sanción dentro de la misma plataforma, esto se convierte en una enorme ventaja de prevención y erradicación de los delitos info-

máticos, por el contrario, si la misma arquitectura y programación de las plataformas digitales no contempla procesos destinados a la observancia de los principios éticos y de prevención básicos, la empresa propietaria y desarrolladora puede ser responsable penalmente, así como los programadores.

La teoría de la imputación ampliamente utilizada en los sistemas legales de todo el mundo, sostiene que una persona es responsable de un delito cuando con su actuar crea un riesgo no permitido que es mayor al socialmente permitido y por consecuencia el resultado es lesivo para un bien jurídico (Roxin, 1997, p. 366), por lo que al extrapolar este principio rector de la imputación penal hacia el ámbito y entorno digital se llega a un problema, pues el control humano y el funcionamiento automatizado de las plataformas digitales, bots, aplicaciones de computadora e inteligencia artificial, pueden afectar la claridad y conceptos de la imputación objetiva, en tanto que las pruebas empíricas destinadas a determinar la responsabilidad penal pueden resultar ineficaces o débiles. Por ejemplo, existen plataformas que permiten la difusión de materiales audiovisuales ilícitos y peligrosos que van en contra de la sociedad y sus intereses, por lo que resultará necesario determinar la responsabilidad de estas plataformas o de las personas que han diseñado los algoritmos, para determinar si es que el modelo estructural de la plataforma carece de medidas de prevención o detección de contenidos potencialmente ilícitos y como consecuencia generaron un riesgo no permitido concreto que ha desembocado en un resultado lesivo para los usuarios. Pero también surge la interrogante sobre el rol que cumplen las plataformas digitales (pueden ser de índole comercial, comunicacional, educativa o de entretenimiento, entre muchas otras) pero independientemente de su finalidad, deben tener un rol más activo en cuanto a la observancia de las leyes e ir un paso más allá al cumplir con la prevención y detección de actos ilegales que se pueden dar a través de las mismas plataformas digitales. Entonces, la teoría del rol normativo del sujeto cobra relevancia para fundamentar la responsabilidad de las plataformas. Según Jakobs, el rol normativo del

sujeto es el papel o función que debe cumplir dentro de un contexto y sistema social, porque una persona que vive y se desarrolla dentro de la sociedad no puede ser un sujeto aislado de las normas sociales y preceptos culturales, por lo tanto cumple una función y ocupa un lugar específico y sus acciones son evaluadas de acuerdo a su rol y de las normas que lo regulan; pues lo contrario sería un comportamiento anti normativo, contraviniendo a lo socialmente permitido (1998, p. 103). Por ejemplo, un médico pertenece a un ámbito y espacio dentro de la sociedad, por lo que su actuar en ejercicio de su deber estará condicionado – dentro de las libertades propias del ser humano – por las normas de la buena praxis y del Derecho Médico, y en general por todas las demás que se relacionan con ser un sujeto respetuoso del Derecho de los demás, lo mismo sucedería con un albañil, profesor o político, por lo que en el caso de las plataformas digitales, este rol normativo cobra una importancia vital, no porque la plataforma sea un sujeto físico, sino porque la plataforma es en sí misma el espacio, ámbito y medio donde se desarrollan los usuarios, por lo que tiene la responsabilidad y el rol de prevenir, detectar y denunciar actos ilícitos que puedan cometer sus usuarios, pero además debe ser capaz de que el diseño de su espacio virtual no propicie la comisión de delitos. Ahora bien, en el contexto de las plataformas digitales, los programadores y demás involucrados, deben asumir el rol dentro de la sociedad (tal como los médicos, ingenieros, profesores, etc) y estar determinados por las normas que regulan este ámbito, mismas que deben incluir deberes de monitoreo, control y reacción frente al comportamientos de sus usuarios que puedan generar riesgos no permitidos y lesionen derechos protegidos legalmente. Finalmente, dentro de este marco de responsabilidad de las plataformas digitales, las teorías de la imputación objetiva ofrecen herramientas teóricas que se pueden llevar hacia el ámbito y espacio virtual de las plataformas, pues resultan importantes y útiles para determinar el rol, acción y responsabilidad de los sujetos involucrados en el ciberespacio, permitiendo distinguir a intermediarios técnicos, agentes y programadores, que por sus acciones u omisiones contribuyen a la producción del resultado lesivo. Para desarrollar el tema de la responsabilidad penal de

las plataformas digitales, primero es necesario estudiar la teoría del delito en tres tipos de comisión: delitos dolosos, culposos y en los de omisión.

### **Responsabilidad penal de las plataformas digitales en delitos dolosos de comisión**

Primero, recordemos el rol del Derecho Penal en la sociedad, pues según Mir Puig, este se consagra como uno de los medios de control social – existen otros medios de control social dentro de las dinámicas de los ciudadanos como las profesiones o las familias – pero posee formalidad a diferencia de los otros, ya que su función principal es evitar comportamientos que sean lesivos mediante la advertencia de castigar e imponer sanciones punitivas en caso que los ciudadanos realicen tales comportamientos (2011, p.40). Por ello, el Derecho penal es un medio de control social a través de toda la maquinaria judicial y engranajes normativos, entendiéndolo como una máquina enorme destinada a prevenir delitos, investigarlos y castigar a los infractores de la ley, así como reinsertarlos en la sociedad, pero con el surgimiento de la realidad virtual y entornos digitales, resulta necesario que también se convierta en un medio de control social digital.

En ese sentido, los delitos dolosos de comisión se encuentran tipificados en la norma sustantiva y en ella se determina a los sujetos, los supuestos de hecho, comportamiento y correspondiente castigo. Según Bramont, las conductas que resultan lesivas pueden ser dolosas o culposas, la diferencia radica en que las conductas dolosas se caracterizan porque el sujeto encaminó sus acciones con el pleno conocimiento de que sus actos dañan un bien jurídico y tuvo la intención de hacerlo, por lo que destinó su comportamiento (tipo objetivo) y voluntad (tipo subjetivo) para perpetrar la lesión al bien jurídico y en la culpa está presente la negligencia o la imprudencia (2008, p. 203). En el contexto digital, se deberá analizar la conducta de la plataforma digital – como sistema automatizado con intervención humana – y analizar si es que infringe la ley penal (tipo objetivo) y si existía conocimiento y voluntad de cometer

el delito (tipo subjetivo)<sup>3</sup>. La conducta de la plataforma se puede analizar con la fiscalización de sus diseños y algoritmos para determinar si han sido diseñados para prevenir y evitar actos delictivos o, por el contrario, han sido diseñados justamente con el objetivo de cometer delitos de manera automatizada o con negligencia deliberada. Así mismo, determinar si se creó un riesgo relevante o lo aumentó más allá de lo permitido legalmente, a saber, el riesgo puede ser creado cuando se evitan normas técnicas, legales y de buena praxis en el diseño de los algoritmos o el riesgo puede ser aumentado cuando los programadores sabían que el actuar de la plataforma, por acción u omisión, permitía que se cometan delitos. Por ejemplo, cuando la aplicación digital esconde su verdadera finalidad bajo una red social y que solo busca la obtención de datos personales, imágenes o información sensible de los usuarios para poder extorsionarlos posteriormente de manera automatizada o hacerlos pagar por servicios fantasmas y estafarlos, es decir, su diseño algoritmo está creado para la comisión activa de delitos con o nula intervención humana. En estos casos, las plataformas digitales, al no ser personas naturales ni jurídicas, no pueden ser responsables penalmente, sino que la responsabilidad recaería en los programadores de la plataforma (como los programadores de bots, impulsados por inteligencia artificial, creados para desnudar a las personas con una simple fotografía y que se aloja en la plataforma digital Telegram). Así mismo, en el caso de las plataformas digitales que son impulsadas por la inteligencia

En el contexto digital, los delitos dolosos de comisión pueden ser: extorsión en redes sociales, difusión de material pornográfico infantil o íntimo sin consentimiento, suplantación de identidad, etc. Sin embargo, estos delitos deben estar correctamente tipificados en la norma sustantiva, es decir, en una ley que recoja todos los tipos penales para que se pueda cumplir, en primer lugar, con la función seleccionadora consistente en determinar las conductas que sucedan dentro de la sociedad consideradas graves y relevantes para el Derecho Penal. En segundo lugar, su función garantizadora, que establece que una persona solo puede ser sancionada

si su conducta está tipificada en un tipo penal. En tercer lugar, la función indiciaria, consistente describir de manera general las acciones típicas para poder distinguir aquellas que son punibles de aquellas que, por características especiales, no lo son al existir causas de justificación que lleven a la antijuricidad del hecho. Por último, la función motivadora, pues es de suma importancia motivar a las personas para que no cometan delitos, constituyendo una manera de prevención mediante la intimidación con imponer un castigo (Bramont, 2008, p.171). De todas las funciones desarrolladas, consideramos que, para el contexto digital, la función garantizadora es de suma urgencia, pues los delitos informáticos no se encuentran expresamente regulados o presentes en códigos únicos, sino que se encuentran desperdigados, pues se intenta regular las conductas en el ámbito virtual desde distintos puntos de partida, desde el área comercial, desde los derechos de autor, defensa del consumidor, etc. Sin embargo, hay que reconocer que los avances en tipificar las conductas, ya se vienen desarrollando en leyes y convenios internacionales tales como la Ley de Delitos Informáticos N°30096 en el Perú que, recientemente, incluyó la incidencia y el uso de la Inteligencia Artificial como agravante en la comisión de delitos informáticos, la protección especial a los menores de edad y la coordinación interinstitucional, el Convenio de Budapest conocido como el Convenio de la Ciberdelincuencia, etc. artificial, se puede dar el caso que cuando la plataforma modifica y promueve la comisión de delitos, colabora con grupos criminales (proporcionándoles logística, herramientas de hackeo, deepfakes, etc.) y sus algoritmos promueven contenidos ilícitos, entonces se estaría frente a conductas dolosas presentes en la misma estructura y programación de la plataforma.

### **Responsabilidad penal de las plataformas digitales en los delitos culposos y de omisión**

La culpa y la omisión en el Derecho Penal son semejantes, pues en ambos está presente el riesgo permitido (a diferencia de los delitos de comisión dolosa en donde el riesgo es creado por el mismo sujeto), es el sujeto que por sus acciones determina el resultado sin querer hacerlo.

En otras palabras, para que se le impute a una persona un delito culposo, este debió actuar necesariamente con negligencia, imprudencia o sin haber agotado todo lo que estuvo a su alcance (impericia) para evitar el resultado lesivo. Así, Bramont señala que los comportamientos humanos culposos serían aquellos en donde el sujeto lesionó el bien jurídico cuando no quería hacerlo, es entonces una situación en donde la conducta del agente incumple lo que el ordenamiento jurídico le exhorta; ser cuidadoso (2008, p. 224 – 227). Así mismo, Roxin critica esta concepción de la culpa, pues no basta con esperar que el sujeto actúe de una manera normativamente impuesta y actúe de otra por negligencia o desconocimiento para imponerle una culpa, sino que existe un largo trecho entre el querer hacer y el poder hacer, por ello, cuando la situación amerita un deber de cuidado para evitar un daño jurídicamente relevante, el sujeto puede tener la intención de encaminar sus actos para evitar tal daño pero el entorno lo supera, vencéndolo y resultando el daño igualmente (1997, p.801). Sin embargo, en este apartado no corresponde discutir y dilucidar estos aspectos de la culpabilidad, sino que la misma norma determina cuáles son los delitos culposos, por ejemplo, Silva dice que “la culpa surge cuando un deber de cuidado impuesto por la norma se incumple sin voluntad de causar daño” (2001) y Bramont señala que “los delitos culposos deben ser declarados de forma expresa en la norma, siguiendo el sistema de números clausus” (2008, p.224).

Por lo que, en el caso de las empresas desarrolladoras de plataformas digitales e inteligencia artificial, estas pueden ser responsables (desarrolladores, directivos, programadores, etc.) de un delito penal por la comisión culposa del tipo. En ese sentido, cuando se viola el deber de cuidado determinado por códigos de conducta, reglamentos internos, principios de la ética algorítmica y demás cuerpos normativos, ya sea por imprudencia, negligencia o la inobservancia de las reglas propias de la materia, se habría incurrido en la realización culposa del delito porque como creadores (posición de garante objetivo) del ámbito virtual de su plataforma, tienen la capacidad de actuar frente a un ilícito pero si lo

ignoran, infligen el deber de cuidado objetivo y el resultado es consecuencia de la negligencia técnica o funcional. Por ejemplo, pongamos el contexto de la existencia de una plataforma digital que funciona como una red social en donde los usuarios pueden hacer transmisiones en vivo de su vida cotidiana y demás actividades, pero entre todos los creadores de contenido, existe un grupo dedicado a transmitir abusos sexuales a menores de edad o grabaciones ocultas a personas violando su intimidad. Ciertos usuarios han reportado este tipo de cuentas a la misma empresa propietaria de la plataforma, pero las cuentas dedicadas a estas actividades no han sido eliminadas de manera eficaz. Entonces, la empresa propietaria sería responsable de manera culposa si es que se logra probar que los algoritmos de programación contaban con filtros automatizados o moderadores humanos dedicados a dar de baja este tipo de cuentas, pero no estaban correctamente capacitados o eran ineficientes. En el caso de la responsabilidad por omisión, los delitos son cometidos por la inacción del garante que tiene el deber de cuidado, es decir la empresa responsable de la plataforma y todos los involucrados en esta labor. Por ejemplo, la posible comisión por omisión, sería cuando las entidades financieras crean sus plataformas digitales para que sus clientes puedan realizar transacciones en menor tiempo y ahorrando gastos operativos, sin embargo, la empresa encargada de esta plataforma no hace la labor obligatoria de actualizar sus sistemas y protocolos de protección ante ataques cibernéticos a pesar de que tienen el conocimiento de la vulnerabilidad de la plataforma, por lo que los hackers atacan la plataforma y logran extraer datos personales y bancarios de miles de clientes, ocasionando pérdidas millonarias y la filtración de los datos sensibles, entonces su responsabilidad penal estaría determinada por su inacción si es que se llega a probar que no actuaron pese a tener conocimiento del riesgo de ataque, es decir, inobservaron las reglas que los obligaban a actuar con diligencia lo que ocasionó el resultado negativo, entonces se estaría frente a una omisión impropia, ya que la empresa tiene la posición de garante que lo faculta y obliga a actuar para evitar la comisión del delito, adicionalmente, también cabe la posibilidad de estar frente a omisión propia, cuando la pla-

taforma no realiza la eliminación de contenido ilegal, de odio o que promueve la violencia, a pesar de que tiene la obligación de hacerlo por ley.

## RESULTADOS

Después del análisis bibliográfico, doctrinario y jurisprudencial desarrollados en el presente trabajo se llegó a las siguientes conclusiones:

El delito de extorsión común ha evolucionado hacia un delito más complejo denominado extorsión digital, pues es posible cometer este delito a través de plataformas digitales que no han sido creadas para cometer delitos, pero que los delincuentes utilizan por brindarles anonimato, inmediatas y mayor alcance. También existe la posibilidad de que personas o grupos criminales creen plataformas digitales destinadas exclusivamente para la comisión de la extorsión, automatizando el delito a través de algoritmos diseñados para extorsionar a una amplia cantidad de personas. También que las empresas y personas jurídicas pueden ser responsables penalmente, ya sea por comisión dolosa, culposa u omisión, por los delitos cometidos a través de sus plataformas digitales. La inteligencia artificial puede tener responsabilidad penal derivada del diseño de sus algoritmos si es que no se la programa con valores éticos y principios necesarios para evitar el daño al ser humano. Por último, el delito de extorsión debe ser tipificado en la norma especial de delitos digitales como Extorsión Digital, ya que no se puede investigar y perseguir por medios tradicionales, porque constituye un delito complejo que requiere especialización para su persecución eficiente. Se recomienda la actualización de la normativa referente a los delitos digitales, la creación de medios especializados de control y persecución, así como la creación de obligaciones para los desarrolladores de plataformas digitales como deberes de cuidado específicos y determinar sus posiciones de garantes, todo esto con la posibilidad de continuar con la lege ferenda en la materia.

## Referencias bibliográficas

- Bonifacio, S. (2019). *El incremento de los casos de extorsión agravada y su relación con los delitos contra el patrimonio – Lima 2015* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Repositorio UNFV. <https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/3518>
- Bonina, C., Koskinen, K., Eaton, B., & Gawer, A. (2021). *Digital platforms for development: Foundations and research agenda*. *Information Systems Journal*, 31(5), 869–902. <https://doi.org/10.1111/isj.12326>
- Bramont, L. (2008). *Manual de derecho penal: Parte general* (4.<sup>a</sup> ed.). Editorial y Distribución de Libros.
- Castro, A. (2024, octubre 26). *Telegram en la mira: Bots crean y difunden contenido explícito hecho por IA*. La República. <https://larepublica.pe/tecnologia/actualidad/2024/10/26/cuidado-con-el-nuevo-problema-en-telegram-bots-crean-contenido-explicito-con-ia-1615484>
- Cervieri, V., & Pavón, C. (2025). *El phishing como delito de triple impacto: Marcas, datos personales y afectación del patrimonio*. *Revista de Actualidad Mercantil*, (9), 21–29. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/30902>
- Congreso de la República del Perú. (1991, abril 8). *Código Penal: Decreto Legislativo N.º 635*. <https://spij.minjus.gob.pe>
- Escolano, F., Cazorla, M., Alfonso, I., Colomina, O., & Lozano, M. (2003). *Inteligencia artificial: Modelos, técnicas y áreas de aplicación*. <https://books.google.com>
- Flores, R., Urano, A., Hayashi, N., Gu, L., Remorin, A., Zhu, J., Lin, P., & Costoya, J. (2015). *Sextortion in the Far East*. Trend Micro. <https://documents.trendmicro.com/assets/wp/wp-sextortion-in-the>

- Francescutti, P. (2021). *Vidas mediáticas: Entre lo masivo y lo individual*. In *Mediaciones de la Comunicación*, 16(2), 237–242. <https://doi.org/10.18861/ic.2021.16.2.3164>
- Goicoechea, M. (2018). *La extorsión: Un estudio desde la fenomenología y la psicopatología* [Trabajo de grado, Universidad del País Vasco]. Repositorio UPV/EHU. <https://addi.ehu.es/handle/10810/29756>
- Heidari, A., Jafari, N., Dag, H., & Unal, M. (2023). *Deepfake detection using deep learning methods: A systematic and comprehensive review*. WIREs Data Mining and Knowledge Discovery. <https://doi.org/10.1002/widm.1520>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal: Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. <https://proyectozero24.com>
- Jescheck, H. (2014). *Tratado de derecho penal: Parte general* (Vol. I). <https://proyectozero24.com>
- Liberos, E., Núñez, A., Bareño, R., García, R., Gutiérrez, J., & Pino, G. (2013). *El libro de marketing interactivo y la publicidad digital*. <https://books.google.com>
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal: Parte general* (9.ª ed.). <https://www.pensamientopenal.com.ar>
- Morán, A. (2022). *Responsabilidad penal de la inteligencia artificial (IA): ¿La próxima frontera?* Revista IUS, 15(48), 290–323. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.706>
- Paucar, L. (2024, noviembre 14). *Robo de datos en Interbank al descubierto: Así operó el hacker para extraer información*. Infobae.
- Poder Ejecutivo. (2007, julio 21). *Decreto Legislativo N.º 982*. Diario Oficial El Peruano. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00982.pdf>

- Popova, M. (2020). *Reading out of context: Pornographic deepfakes, celebrity and intimacy*. *Porn Studies*, 7(4), 367–381. <https://doi.org/10.1080/23268743.2019.1675090>
- Ramos, F. (2024). *Deepfake: Análisis de sus implicancias tecnológicas y jurídicas en la era de la inteligencia artificial*. *Derecho Global: Estudios sobre Derecho y Justicia*, 9(27), 359–387. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v9i27.754>
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. <https://img.lpderecho.pe>
- Salinas, R. (2018). *Derecho penal: Parte especial*. <https://proyectozero24.com>
- Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. <https://es.scribd.com>





# Ética en la investigación jurídica: desafíos y prácticas en la integridad académica

Ethics in legal research: challenges and practices in academic integrity

**María Delia Macías Reyes**

Magíster en Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador  
Manabí, Ecuador

 <https://orcid.org/0000-0002-8522-9183>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch07>

## Resumen

En contextos contemporáneos la investigación jurídica enfrenta retos no solo epistemológicos y metodológicos, sino también éticos. En donde la presión por publicar, la competencia académica y la sobrevaloración de indicadores de evaluación cuantitativos pueden amenazar la integridad del conocimiento producido. Frente a estas prácticas un primer ejercicio necesario como docentes e investigadores es reconocer las prácticas antiéticas más comunes a las que nos podremos enfrentar en la práctica de la investigación jurídica, a saber: plagio, autoplagio, fabricación de datos, falsificación de datos, recopilación no ética de datos, uso no autorizado de datos, publicación o utilización de datos irreproducibles, atribución incorrecta o engañosa de autoría, autoría honoraria, y segmentación de publicaciones. En este sentido, esta responsabilidad académica nos impulsa a generar, socializar y monitorear buenas prácticas en la investigación jurídica que deberían ser adoptadas como prácticas comunes.

A manera de resultados preliminares se plantean las siguientes:

1. socialización, implementación, monitoreo de la práctica de principios de integridad y transparencia en la investigación;
2. seguir líneas de asignación de autoría justa y transparente;
3. promover la integridad metodológica, evitando la manipulación de resultados y fragmentación de datos;
4. establecer un estilo uniforme y preciso de citación jurídica institucional;
5. promover la formación en metodología jurídica, técnicas de citación y ética investigativa desde los primeros niveles de la carrera;
- 6.

fomentar la revisión por pares, tutorías y retroalimentación constructiva entre docentes y estudiantes; 7. promover comités de ética en facultades de derecho; 8. incluir consentimiento informado en investigaciones con personas o datos sensibles.

### **Palabras clave**

Educación; ética académica; ética en la investigación jurídica; integridad académica; investigación jurídica.

### **Abstract**

In contemporary contexts, legal research faces not only epistemological and methodological challenges, but also ethical ones. Pressure to publish, academic competition, and the overvaluation of quantitative evaluation indicators can threaten the integrity of the knowledge produced. Faced with these practices, a first necessary exercise as teachers and researchers is to recognize the most common unethical practices that we may encounter in the practice of legal research, namely: plagiarism, self-plagiarism, fabrication of data, falsification of data, unethical collection of data, unauthorized use of data, publication or use of irreproducible data, incorrect or misleading attribution of authorship, honorary authorship, and publication segmentation. In this sense, this type of academic co-responsibility encourages us to generate, socialize, and monitor good practices in legal research that should be adopted as common practices.

The following preliminary results are proposed: 1. socialization, implementation, and monitoring of the practice of principles of integrity and transparency in research; 2. following fair and transparent lines of authorship assignment; 3. promoting methodological integrity, avoiding manipulation of results and fragmentation of data; 4. establishing a uniform and precise style of institutional legal citation; 5. Promoting training in legal methodology, citation techniques, and research ethics from the earliest stages of the degree program; 6. Encouraging peer review, mentoring, and constructive feedback between teachers and

students; 7. Promoting ethics committees in law schools; 8. Including informed consent in research involving sensitive individuals or data.

### **Keywords**

Academic ethics; academic integrity; education; ethics in legal research; legal research.

## **INTRODUCCIÓN**

En la educación superior, especialmente en las facultades de Derecho, se reconoce la importancia de la investigación como criterio de calidad institucional, mecanismo de legitimidad del conocimiento y base de la innovación jurídica. Sin embargo, estos procesos de investigación se ven menguados por tensiones y transformaciones estructurales que lejos de coadyuvar al alcance de los fines académicos y formativos impulsan la mercantilización del conocimiento, la competencia y la prevalencia de métricas cuantitativas sobre la calidad o la pertinencia social de la investigación jurídica; todo ello afecta de manera directa a los actores universitarios.

En este sentido, desde el Derecho es imperativo reconocer el deber epistémico, ético y social de mantener los altos estándares de calidad en la producción del conocimiento. No obstante, resulta alarmante que las prácticas antiéticas revisadas en este estudio son cada vez más frecuentes tanto entre estudiantes como entre docentes. Estas prácticas antiéticas vulneran los principios fundamentales de la investigación científica, y comprometen gravemente la legitimidad del quehacer jurídico y su posible incidencia en la transformación social.

Frente a ello es necesario que desde las facultades de Derecho, como instituciones formadoras, se fundamente a través de los componentes curriculares y el ejemplo docente los valores éticos necesarios para el adecuado desempeño investigativo; por lo que en este estudio se identificarán las prácticas antiéticas más frecuentes y se propondrán estrategias pedagógicas e institucionales en la búsqueda del fortalecimiento de la

ética en la investigación jurídica.

## METODOLOGÍA

Este estudio aplica una metodología cualitativa de carácter crítico – reflexivo, orientada al análisis de las tensiones éticas que atraviesa la práctica de la investigación jurídica y los desafíos que enfrentan las facultades de derecho en su regulación. El enfoque propositivo se incorpora a una reflexión teórica y ética sobre las prácticas comunes en la producción del conocimiento jurídico para así identificar las posibles desviaciones de la integridad y ética académica; a la vez que se proponen líneas de acción que promuevan las buenas prácticas de investigación jurídica. Se aplicó la técnica de análisis documental y normativo.

## RESULTADOS

Las instituciones de educación superior deben proporcionar a la sociedad profesionales preparados en el ámbito académico y capaces de hacer un buen uso de su profesión al participar libre y responsablemente en la convivencia social. La idea de una escuela competitiva, vinculada al éxito académico va dando paso, lentamente, a otra más preocupada por la apropiación de valores éticos, al menos a nivel de declaraciones formales. Se entiende que una persona “formada” ya no es aquella que posee unos conocimientos y habilidades o competencias adecuados para la sociedad de su tiempo, sino, aquella que ha interiorizado unos valores éticos que le permiten situarse en el mundo y con los demás de una manera responsable y solidaria (Ortega Ruiz, 2018).

De manera especial, las autoras Torres y Gallardo (Faculty of Law. The University of Hong Kong, 2025) expresan que existe un reclamo social respecto a que los profesionales del derecho deben ser más éticos y autocríticos con las actividades que llevan a cabo; ello debido a que son los profesionales del derecho los llamados a diseñar, construir, interpretar y aplicar las normas dentro de la sociedad; a su estrecha relación con la justicia, equidad, dignidad y a que los métodos de investiga-

ción jurídica suelen ser fácilmente manipulables.

Por ello, dentro de este estudio se reconoce a la integridad académica como el principio rector y transversal de la investigación jurídica, y su rol dentro de tres dimensiones fundamentales: la ética personal del investigador, la ética institucional y la ética profesional. Atendiendo a esto, un primer ejercicio necesario como docentes e investigadores es reconocer las prácticas antiéticas más comunes, entre las que se destacan:

#### **a) Plagio**

Es el uso del trabajo de otro autor como si fuera propio, sin que exista el debido reconocimiento de su autoría, puede incluir herramientas, materiales, creaciones, ideas y datos. Se considera plagio independientemente de que dicho trabajo haya sido publicado o no; y, sin importar la intención de engañar.

En contextos educativos donde la enseñanza de la citación jurídica aún no es lo suficientemente fuerte, esta práctica se reproduce frecuentemente en estudiantes y docentes; acarreando la pérdida de credibilidad, sanciones académicas y deterioro del prestigio institucional.

#### **b) Autoplagio**

Es la reutilización de la producción académica sin reconocer que la misma ha sido publicada previamente o enviándola a revisión arbitrada sugiriendo su novedad sin que sea referenciada adecuadamente. Incluye, por ejemplo, la práctica de tomar un fragmento de un trabajo de tesis y publicarlo como un artículo científico sin referenciarlo dentro del contenido del mismo.

#### **c) Abuso de datos**

Dentro de esta práctica se destaca la fabricación de datos, que implica la invención de datos o resultados de investigación cuando no han sido obtenidos a través de la aplicación de herramientas metodológicas apropiadas, cuando los resultados presentados son diferentes a los obtenidos o cuando estos no cuentan con un sustento de su consecución;

y aun así son publicarlos como si fueran reales, verdaderos o representativos.

En el mismo sentido, se reconoce dentro de esta clasificación a la falsificación de datos con el objetivo de manipular materiales, equipos, procesos o técnicas de investigación; lo que desemboca en la variación intencionada de los datos al cambiarlos u omitirlos de forma que no estén representados con precisión en el registro de investigación.

Asimismo, se incluye dentro de estas prácticas irregulares a la recopilación no ética de datos, la explotación de grupos vulnerables o desfavorecidos, la vulneración innecesaria de la privacidad y datos sensibles de los participantes, así como el uso y tratamiento no autorizado de datos cuando no ha sido aplicado el consentimiento informado.

#### **d) Atribución incorrecta de autoría**

El principio fundamental para la autoría de un resultado de investigación es la contribución intelectual al proceso de investigación, y no la mera participación administrativa. En este sentido, el autor y los coautores deben tener una participación significativa o sustancial en el diseño, ejecución o interpretación de al menos una parte de la investigación presentada.

Una práctica particularmente grave se evidencia cuando el personal académico, directivo o administrativo; como decanos o jefes de investigación, coacciona a colegas o estudiantes para que permitan que les sea atribuido el mérito de la investigación, ya sea total o parcialmente, sin haber aportado sustancialmente a la investigación.

Además, en este apartado se incluye la atribución engañosa de autoría que consiste en la incorporación de personas sin su autorización expresa, con la finalidad de obtener beneficios personales, reconocimiento académico, prestigio o legitimación institucional de forma inadecuada.

El debido reconocimiento de todos los participantes es fundamental para un proceso de investigación satisfactorio. Los autores deben

garantizar que se reconozca adecuadamente el trabajo de los estudiantes de investigación, los asistentes de investigación y todo el personal de apoyo; independientemente de si los investigadores fueron contratados o remunerados por su trabajo.

### **e) Segmentación de publicaciones**

También conocida como salami slicing, esta práctica se presenta al dividir artificialmente un estudio en varios artículos y deja como resultado el debilitamiento de la estructura argumentativa integral de una investigación al publicar varios trabajos de investigación sin que ellas tengan suficiente valor académico y científico por sí mismas. En la mayoría de los casos esta desviación se produce con la única finalidad de aumentar el número de publicaciones afectando la originalidad y sobrecargando innecesariamente los sistemas de publicación científica.

Lo expuesto anteriormente, deja entrever la necesidad de que las facultades de Derecho estandaricen un patrón mínimo de buenas prácticas en la investigación jurídica, por ello y tomando como referencia las recomendaciones de la UNESCO (2022), del Departamento de Salud y Servicios Humanos (2007), la Facultad de Derecho de Hong Kong (2025) y el Comité de Ética de Publicaciones (2023), se han sintetizado las siguientes:

- a) Elaboración de una guía de investigación clara y concisa que defina estándares éticos y metodológicos e incluya un régimen de sanciones frente a eventuales desviaciones o transgresiones.
- b) Socialización, implementación, y monitoreo de la práctica de principios de integridad en la investigación en donde se reconozcan al menos, los siguientes:
  - ser responsables y aceptar la responsabilidad de todos los aspectos de la investigación;
  - honestidad en la realización, comunicación y socialización de los resultados de investigación;
  - debida diligencia y deber de cuidado;

- equidad al otorgar crédito y reconocimiento apropiado; y
- responsabilidad de nutrir a estudiantes y colegas investigadores que se encuentren cursando los primeros niveles de la carrera.
- Seguir líneas de asignación de autoría justa.
- Promover la integridad metodológica evitando la manipulación de resultados y fragmentación artificial.
- Incentivar la transparencia institucional a través de acuerdos de colaboración, orden de autoría y metodologías.
- Evitar prácticas como la autoría honoraria y la omisión de coautores.
- Establecer un estilo uniforme y preciso de citación jurídica institucional, por ejemplo el uso de normas APA, Chicago, o ISO 690.
- No manipular ni tergiversar normas jurídicas, sentencias o doctrinas para forzar conclusiones.
- No dividir un mismo estudio jurídico en varios artículos sin justificación sustancial.
- Promover el reconocimiento de los estudiantes en caso de que participen como autes o coautores.
- Evitar la autoría injustificada de los docentes o autoridades sin participación sustancial.
- Incentivar la formación en metodología jurídica, técnicas de citación y ética investigativa desde los primeros niveles de la carrera.
- Fomentar la revisión por pares, tutorías y retroalimentación constructiva entre docentes y estudiantes.
- Crear un Comité de Ética especializado en la revisión de investigaciones jurídicas, con competencias para revisar, evaluar y sancionar las prácticas que vulneren la integridad académica, el cumplimiento de principios éticos, el respeto a las partes involucradas en la producción de conocimiento jurídico y todas aquellas conductas que infrinjan las normas éticas y académicas.

## DISCUSIÓN

Los resultados expuestos en este estudio evidencian la necesidad de fortalecer la cultura de investigación jurídica basada en la ética, transparencia y responsabilidad. Las prácticas antiéticas identificadas no son fenómenos aislados, sino síntomas de un sistema institucional que ha mermado los fines formativos y sociales de la investigación jurídica al ponderar las métricas de productividad por encima de la calidad sustancial de los trabajos.

Esta problemática responde a la mercantilización del conocimiento, donde la calidad en la investigación se valora por su cantidad y visibilidad que por su rigor metodológico o pertinencia social. En este sentido, tanto docentes como estudiantes pueden verse expuestos a presiones institucionales que podrían fomentar el uso de prácticas antiéticas para cumplir con los requerimientos de acreditación, escalafonamiento docente o graduación. No obstante, las prácticas descritas en este estudio demuestran que su aplicación compromete gravemente la calidad de la producción científica, erosionan la confianza en las instituciones educativas y permean la integridad académica y profesional de los actores universitarios.

Las buenas prácticas descritas anteriormente no pueden reducirse a la incorporación formal de las mismas en reglamentos, estatutos o guías metodológicas; deben entenderse como parte de un proceso de formación integral que atraviesa el currículo, la práctica docente y la gestión institucional. Es importante que la ética investigativa sea promovida desde los primeros niveles de formación académica como parte de una andragogía crítica que enseñe a cuestionarse el impacto, finalidad y legitimidad de la investigación generada.

Finalmente, es necesario que desde las facultades de derecho se reconozca que el Derecho tiene particularidades metodológicas que exigen una comprensión exhaustiva de la integridad, transparencia argumentativa, coherencia lógica, honestidad en el uso de fuentes y la res-

ponsabilidad en la adjudicación de autoría. Además, el fortalecimiento de políticas institucionales claras y efectivas sobre integridad académica son necesarias para fortalecer la tarea compartida de orientar el quehacer investigativo hacia la excelencia y responsabilidad social. Formar juristas íntegros exige formar investigadores íntegros, para lo cual es fundamental transformar no solo las prácticas académicas sino también los modelos de formación, los incentivos institucionales y la cultura organizacional de las facultades de Derecho.

### Referencias bibliográficas

Committee on Publication Ethics. (2023). *Dealing with concerns about the integrity of published research*. <https://doi.org/10.24318/9cde-Ty2t>

The University of Hong Kong, Faculty of Law. (2025). *Principles of research integrity*. <https://researchintegrity.law.hku.hk/principle-of-research-integrity/>

Ortega Ruiz, P. (2018). *Ética y educación: Una propuesta educativa*.

Steneck, N. H. (2007). *Introduction to the responsible conduct of research*. U.S. Department of Health and Human Services, Office of Research Integrity.

Wyndham, J., Weisenberg, N., McCarty, C., Goldman, G., Brown, M., & Borenstein, J. (2022). *UNESCO recommendation on science and scientific researchers and the United States: An analysis of key themes*. *Science*, 376(6597), eade8203. <https://doi.org/10.1126/aaas.ade8203>

### Semblanza académica

- Abogada por la Universidad San Gregorio de Portoviejo
- Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo
- Cursando una maestría en educación, mención innovaciones pedagógicas

gicas en la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí.


- Técnico docente de la Carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí
- Cofundadora del Semillero de investigación jurídico “Olimpo”
- Coordinadora y fundadora del Club de Investigación de la Carrera de Derecho en la Universidad San Gregorio de Portoviejo (2021-2024)
- Asesora externa del Club Iberoamericano de Investigación Jurídica de la Red Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho (2025 – actualidad)
- Directora Nacional por Ecuador del Club Iberoamericano de Investigación Jurídica de la Red Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho (2023 – 2025)
- Ha participado de más de ocho proyectos de investigación jurídica en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí y en la Universidad San Gregorio de Portoviejo.
- Ha sido conferencista en varios eventos académicos a nivel nacional e internacional en materia de derechos humanos, derecho constitucional e investigación jurídica.




# Las investigaciones internas en la ley 27.401 y las garantías constitucionales

Internal investigations in Law 27.401 and constitutional guarantees

**Rosana Elizabeth Luggren**  
Especialista en Derecho Penal  
Universidad Católica de Salta  
Salta, Argentina

 <https://orcid.org/0000-0002-5393-243X>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch08>

## Resumen

Para asegurar el respeto a las garantías constitucionales se requiere un compromiso con la legalidad por parte de la empresa. De allí la importancia de que las investigaciones internas y el sistema de compliance estén enmarcados en el principio de legalidad.

La interpretación en dos pasos -delimitación y ponderación- habilita mejores criterios de resolución de conflictos entre derechos en el ámbito de la teoría jurídica del delito.

Se deben delimitar los derechos en juego para determinar la existencia de expectativa de privacidad que permita habilitar o descartar la vigencia del derecho fundamental en el caso concreto y posteriormente, analizar la proporcionalidad de la injerencia para determinar las consecuencias sustantivas o procesales.

## Palabras clave

Garantías constitucionales , Compromiso con la legalidad , Investigaciones internas, Sistema de cumplimiento, Principio de legalidad , Delimitación y ponderación.

## **Abstract**

Ensuring respect for constitutional guarantees requires a company's commitment to the law. Hence the importance of internal investigations and the compliance system being framed within the principle of legality.

The two-step interpretation—delimitation and weighing—enables better criteria for resolving conflicts between rights within the legal theory of crime.

The rights at stake must be delimited to determine the existence of an expectation of privacy that allows the fundamental right to be granted or ruled out in the specific case. The proportionality of the interference must then be analyzed to determine the substantive or procedural consequences.

## **Keywords**

Constitutional guarantees, Commitment to legality, Internal investigations, Compliance system, Principle of legality, Delimitation and balancing.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo gira en torno a la relevancia de las investigaciones internas como uno de los presupuestos de eficacia de un programa de integridad, para la prevención de delitos por parte de personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 27.401 en su artículo 9, que contempla la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ) cuando se verifica en forma simultánea la concurrencia de sus tres requisitos.

La incorporación de los instrumentos internacionales evidencia el interés del Estado argentino en sancionar los delitos de corrupción, no solamente en el ámbito del estado, sino también, en el ámbito privado empresarial. La sanción de la Ley 27.401 genera un marco normativo que tiene como objetivo poder dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado argentino y se presenta como un mecanismo idóneo para combatir la corrupción pública y privada. En este sentido, cobra relevancia la posibilidad de que las personas jurídicas arriben a acuerdos de colaboración a cambio de proporcionar información útil para conocer casos de corrupción.

En los últimos años Argentina ratificó tres convenciones de lucha contra la corrupción: Convención Interamericana contra la corrupción; Convención para combatir el Cohecho de Servicios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para el Desarrollo Económico (OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Entre los objetivos, cabe mencionar la búsqueda de transparencia en la actuación de los entes ideales con el mercado y, en particular, con el poder público con especial énfasis en la sanción de las empresas frente a actos de corrupción.

El artículo 9, regula la eximente de RPPJ frente a los delitos referidos en el art. 1 de la mentada ley: 1. Cohecho y tráfico de influencia nacional y transnacional (art. 258 y 258 bis Código Penal); 2. Nego-

ciaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 Código Penal); 3. Concusión (art. 268 Código Penal); 4. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 1 y 2 del Código Penal); 5. Balances e informes falsos agravados (art. 300 bis Código Penal).

La invocación de la eximente de responsabilidad, exige que se verifiquen simultáneamente los siguientes requisitos: que espontáneamente se haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; que hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y que hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Así, la procedencia de la eximente requiere una autodenuncia, sino que ella venga precedida por una investigación interna, que puede definirse como el conjunto de medidas implementadas por las organizaciones para verificar la verdad de los hechos denunciados por los canales habilitados y reconstruir los presuntos hechos criminales. El proceso de indagación puede también originarse a partir de las alertas emitidas por el mismo sistema de compliance.

### **Investigaciones internas**

Ahora bien, pese al valor que la legislación argentina en materia de compliance confiere a las investigaciones internas, dicha práctica carece de la debida regulación en cuanto a los mecanismos para su activación, los órganos o personas encargadas de llevar a cabo la investigación, el procedimiento de recolección de pruebas, la modalidad del interrogatorio y el uso de la información obtenida.

Más aún, muchas empresas que operan en el país han implementado protocolos de actuación para realizar, en una investigación interna, la incautación de los dispositivos móviles y ordenadores de su propiedad,

cedidos temporalmente a sus empleados para cumplir actividades laborales, e incluso acceder a la cuenta de correo electrónico del personal para revisar el tráfico de mensajes e identificar evidencias o pruebas de la comisión de un delito o sospecha de su comisión. Pero estos protocolos solo los elabora cada persona jurídica y aprueba el Directorio, con el problema de que un contralor externo estatal no los valida.

En virtud de lo dicho hasta aquí, entonces, la ausencia de una norma procedimental y de una autoridad competente que valide los protocolos implementados por las personas jurídicas para llevar a cabo una investigación interna ponen en riesgo el cumplimiento de los estándares del debido proceso con el objeto de que el investigado sea informado oportunamente acerca del proceso que se ha activado en su contra y, de esta manera, sea respetado su derecho al ejercicio de una defensa o asesoramiento letrado -dejando así incólume el principio de prohibición de autoincriminación- y no se vulnere la privacidad personal.

Todos los derechos enunciados, por cierto, se encuentran consagrados en el art. 18 de la CN, por lo que su violación constituye un grave atentado contra las garantías fundamentales que otorga la Carta Magna.

Un elemento significativo de la legislación bajo análisis, es el mecanismo de exención de pena de la persona jurídica que se plantea en el art. 9. Ante la concurrencia simultánea de las siguientes circunstancias: a) espontáneamente se haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) se hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los art. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) se hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Al decir de Montiel y Bermejo, las investigaciones internas previas a la judicialización del delito son un requisito para ponderar que determinará la procedencia de exención de pena. Las mismas se encuentran

reguladas dentro de la ley 27.401 a través del art. 23, donde aparecen como uno los componentes -no obligatorios- de un programa de integridad empresarial, y en donde se afirma que deben respetar los derechos de los investigados. El art. 22 establece que las personas jurídicas “podrán” implementar programas de integridad. Si lo hacen, sí se verifican tres elementos que son obligatorios: a) un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

De esta forma, el derecho argentino asume que las investigaciones internas serán incorporadas al proceso penal con el objeto de beneficiar a la persona jurídica privada que la dirige, ya sea para defender la eficacia del modelo de cumplimiento normativo y eximirse de responsabilidad o para obtener la aplicación de un atenuante. Esto no es algo menor si se tiene en cuenta que en el plano doctrinario se debate sobre el alcance que debiera tener un programa de integridad sobre la RPPJ, es decir, si debe contemplarse como atenuante o eximente. Laura Zúñiga Rodríguez, considera, por ejemplo, que una ley no debería establecer una directa eximente por compliance, como sucede en la legislación española, sino que es menester el cumplimiento de otros supuestos.

Allí es donde destaca el caso de la ley argentina 27.401, que exige la presencia conjunta de tres requisitos: a) existencia previa del programa de integridad al delito cometido; b) la denuncia debe partir de la propia empresa; c) la persona jurídica debe satisfacer la reparación civil. En este sentido, la colaboración de la empresa en el esclarecimiento de los hechos debe ser un factor importante para la determinación de su

responsabilidad penal.

Por otra parte, resulta imperioso advertir que la implementación de las investigaciones internas como herramienta primordial para la persecución de los delitos empresariales puede vulnerar derechos inalienables consagrados por la Constitución Nacional. En este sentido, Juan Pablo Montiel afirma:

La compatibilización de las investigaciones internas con las garantías del debido proceso resulta sumamente problemática. [Dado] el entramado de cuestiones jurídico-penales y jurídico-laborales que aparecen mixturadas en este proceso de autolimpieza resulta poco aconsejable un traslado de las reglas del proceso penal sin adaptaciones de las reglas procesal penales al ámbito privado.

### **Las garantías fundamentales**

Así, la discusión gira en torno al respeto de las garantías fundamentales del investigado: el principio *nemo tenetur*, la posibilidad del trabajador investigado a rehusarse a informar sobre los hechos y la inviolabilidad de su intimidad, lo cual, al decir del mismo Montiel, es el punto de mayor discusión que suscita la cuestión de las investigaciones internas. Al respecto, existe un límite preciso en el Código Penal (art. 153) en torno a la violación de secretos y de la privacidad. Asimismo, en el art. 149 bis segundo párrafo del Código Penal, se especifica el delito de amenazas coactivas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha puesto de manifiesto que el derecho a la vida privada implica una obligación negativa para el Estado. legítimo, y (3) ser idóneas, necesarias y proporcionales. En otras palabras, los requisitos que han de cumplir los límites al derecho a la vida privada comprenden tanto el principio de proporcionalidad en términos de Alexy (compuesto por sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) como el principio de

legalidad. En caso de no cumplir con estos requisitos, las injerencias se consideran contrarias a los términos de la propia Convención.

Al respecto, este Tribunal manifiesta que, a pesar de no señalarse explícitamente en el texto de la Convención, la vida privada extiende sus alcances más allá del domicilio y la correspondencia, incorporando otros aspectos como la intervención, monitoreo, grabación y divulgación de conversaciones por vía telefónica. En ese sentido se reconoce que “[l]a fluidez informativa que existe hoy coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente”. De ahí que el Estado deba “asumir un compromiso aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las formas tradicionales de protección del derecho a la vida privada”.

Asimismo, la Corte considera que “[...] el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a invasiones agresivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad”. Además, establece que las injerencias en la vida privada de las personas deben: (1) estar previstas en ley, (2) perseguir un fin legítimo, y (3) ser idóneas, necesarias y proporcionales. En otras palabras, los requisitos que han de cumplir los límites al derecho a la vida privada comprenden tanto el principio de proporcionalidad en términos de Alexy (compuesto por sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), como el principio de legalidad. En caso de no cumplir con estos requisitos, las injerencias se consideran contrarias a los términos de la propia Convención.

Sintetizando el fallo citado *ut supra*, se destaca que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que Panamá era responsable por la divulgación de una conversación telefónica de Santander Tristán Donoso, así como por la condena penal impuesta debido a sus declaraciones. El caso se originó después de que el abogado panameño Santander Tristán Donoso denunció en una rueda de prensa que el en-

tonces Procurador General de la Nación había interceptado, grabado y divulgado ilegalmente sus comunicaciones telefónicas privadas. La denuncia de Donoso se dio en un contexto nacional de controversia acerca de las facultades para interceptar comunicaciones por parte de dicho funcionario. El procurador fue investigado y declarado inocente del delito de interceptación ilegal. Por haber realizado la denuncia, el abogado fue condenado penalmente por el delito de calumnia y al pago de una indemnización al entonces Procurador General por el daño material y moral causado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al conocer del caso, concluyó que la sanción penal impuesta a Tristán Donoso fue manifiestamente innecesaria y que el temor por sufrir las consecuencias de una sanción civil desproporcionada inhibía el ejercicio de la libertad de expresión.”

En una concepción expansiva del derecho a la vida privada y su estrecha relación con otros derechos humanos reconocidos por la Convención Americana, la Corte señala que “la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”. Asimismo, retoma los requisitos necesarios para considerar que una injerencia en la vida privada de las personas no se considere abusiva o arbitraria, señalando que tanto la idoneidad, la necesidad, como la proporcionalidad de las medidas adoptadas implican que sean “necesarias en una sociedad democrática”.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones debe quedar a salvo siempre en las investigaciones internas. En este aspecto cobra relevancia la expectativa razonable de privacidad, desarrollada por la Corte Suprema Norteamericana y luego traspolada al sistema continental por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El citado fallo analiza la acción del empresario dueño de un supermercado, al grabar a sus trabajadores mediante cámaras ocultas en

las cajas de su supermercado, a raíz de observar algunas inconsistencias en las cifras de ventas, verificando luego su sospecha. Decidió colocar cámaras visibles que enfocaban las entradas y salidas, y cámaras ocultas dirigidas al personal de caja. Al personal empleado se le informó sobre la presencia de las cámaras visibles, pero no de las cámaras ocultas, lo cual vulnera la legislación sobre datos personales. El resultado obtenido de las cámaras ocultas reveló robos de mercancías en las cajas proceso registradoras por parte de varios empleados. Se llegó a un acuerdo transaccional entre los empleados y el supermercado, en la que ambas partes rescinden los contratos de trabajo, ya que se reconoció el robo por parte de las empleadas, y la empresa se comprometió a no iniciar acciones penales.

El precepto que encuadra la sentencia final tiene base en la vulneración de dos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 6 que se refiere a un equitativo, y el art. 8 referido al respeto a la vida privada. El TEDH resuelve que ha existido una justificación por parte de la empresa en grabar de manera oculta, dada las sospechas de graves irregularidades que resultaban en grandes pérdidas para el empresario.”

### **Expectativa razonable de privacidad**

La expectativa razonable de intimidad puede analizarse desde tres esferas: en primer lugar, en supuestos en los cuales no hay tal expectativa; en segundo lugar, los eventos en que sí la hay; y, en tercer lugar, las hipótesis de una “expectativa legítimamente modificable de intimidad”. La primera esfera corresponde a las cámaras de seguridad instaladas en espacios públicos o en lugares donde los empleados dejan los elementos personales de libre acceso en la empresa; aquí no se necesita el consentimiento del trabajador.

En la segunda categoría se encuentran los supuestos que afectan el derecho a la intimidad del trabajador como, por ejemplo, la instalación de cámaras de seguridad en los baños, los cuales no son pasibles de justificación.

En el tercer grupo se incluyen los instrumentos suministrados por una compañía (teléfonos celulares, tablets o computadores) que, en principio, solo deberán ser utilizados para determinados fines, pero cuyo uso cotidiano induce a una mezcla entre información laboral y personal.

En estos casos, el empleador podría afirmar que la expectativa razonable de intimidad del empleado puede modificarse con fundamento en la finalidad atribuida a dichos instrumentos y el deber de vigilancia y control impuesto a las personas jurídicas. La doctrina propone algunas soluciones apelando al riesgo permitido, al consentimiento de los colaboradores -que sería válido, sobre todo en la tercera categoría de supuestos- y la justificación a la que podría recurrirse en la segunda, cuando exista un peligro inminente para los bienes jurídicos de la compañía .

La jurisprudencia internacional ha dado tratamiento al tema del consentimiento del trabajador y su expectativa de privacidad en el marco de las investigaciones internas. Así, en la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo 328/2021, se elevó el estándar de protección de los derechos de los trabajadores, ya que el empresario no solo había accedido a los correos electrónicos de la cuenta corporativa, sino también al programa de correo personal instalado por el trabajador en el ordenador corporativo, allí el Tribunal sostuvo: en el caso analizado no consta acreditado ni el consentimiento del trabajador ni un posible acuerdo o advertencia previa plasmado en el contrato o convenio que permita excluir cualquier expectativa de privacidad.

De esta manera, la sentencia 328/2021 establece una clara cesura entre el orden social y penal, con base en la distinción constitucional entre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones personales, enmarcado en el principio de proporcionalidad.

Por su parte, el criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Barbulesco c/Romania” se centra en la expectativa de privacidad del trabajador. Si el trabajador no ha sido advertido de la posibilidad de acceso a los datos de sus ordenadores y no ha sido

expresamente limitado el uso de la herramienta a tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa, en ese contexto hay vulneración a la privacidad.

En la jurisprudencia argentina el criterio general es que el correo electrónico es inviolable, y que se requiere autorización judicial para acceder a su contenido, debido a que posee expresa protección del art. 18 de la C.N.

Sobre las limitaciones a las facultades del empleador, derivadas del reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, la Corte Suprema, en el voto de la mayoría en “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA”, estableció que surgen limitaciones a las facultades directrices del empleador que implican el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, en el ordenamiento jurídico argentino, tanto a nivel constitucional como de la legislación civil y comercial.

En este sentido, corresponde destacar el tratamiento del tema realizado en el antecedente “Gotlib, Rodolfo Saúl y otros” de la Cámara Criminal y Correccional. El caso se trataba de una denuncia por el delito de administración fraudulenta promovida por la querrela, que sostuvo que los empleados tuvieron a su cargo las tratativas para la conclusión de un negocio con una firma extranjera, que concretaron en provecho propio. La denuncia se sustentó en las impresiones de correos electrónicos enviados por los empleados desde sus cuentas laborales.

La defensa planteó la nulidad por considerar que el acceso a las cuentas de correo electrónicos por parte del empleador no reunía los presupuestos de respeto a las garantías constitucionales, específicamente la inviolabilidad de la correspondencia.

La Cámara confirmó la nulidad por entender que desde que se le asigna al empleado un usuario y una clave personal de ingreso, esas comunicaciones abandonan el Estado y pasan a tener protección constitucional, independientemente de que el empleador sea el proveedor de la

cuenta.

Cabe destacar el voto en disidencia del juez Rimondi, quien afirmó que las comunicaciones cursadas por la casilla corporativa carecían de una expectativa razonable de privacidad que pueda fundar válidamente la nulidad. La información se encontraba almacenada en servidores de la compañía y que dicha circunstancia era conocida por los empleados y que la utilización era en el marco de comunicaciones laborales y sujetas a supervisión del superior, por lo que no puede asimilarse el contenido de esas comunicaciones al concepto de papeles privados tutelados por la constitución.

### **Prohibición de autoincriminación**

Otro aspecto controvertido en las investigaciones internas resulta, como se ha esbozado ya brevemente, la extensión del derecho a no declarar en el ámbito de las investigaciones internas empresariales. Y es que, tal y como afirma Montiel, un traslado de las garantías del proceso penal a las investigaciones internas podría generar notables interferencias y deformaciones en las relaciones jurídicas amparadas por el Derecho laboral, especialmente porque el trabajador podría incumplir deberes legales o contractuales bajo el amparo de la garantía del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

En la misma línea, se afirma que la negativa del empleado a responder las preguntas del empleador, especialmente cuando están vinculadas directamente al ejercicio de las funciones laborales, conlleva no solo el incumplimiento de su deber de rendir cuentas, sino también la transgresión de las órdenes e instrucciones del empresario, lo que podría justificar una sanción disciplinaria de despido.

Así pues, para atenuar la tensión con los derechos fundamentales que se produce en los interrogatorios de los empleados realizados en el marco de las investigaciones internas, se propone que el investigador, antes de entrevistar a un empleado, le informe con claridad sobre

su situación legal, sobre sus derechos y sobre el destino que pretende dársele a sus declaraciones, dejando absolutamente claro que el abogado representa en exclusiva los intereses de la entidad, que no tienen por qué coincidir con los del trabajador

La colaboración que presta el empleado en el marco de una investigación interna no solo permite aportar información sobre la persona jurídica, sino también sobre las personas físicas. Así, en doctrina se distingue entre investigaciones internas que tienen como finalidad mejorar el sistema de cumplimiento y aquellas cuyo fin es la investigación de un hecho para aplicar sanciones disciplinarias y colaborar con la investigación penal. En el primer supuesto, el empleado se encuentra obligado a prestar declaración, ya que el deber de declarar no estaría sometido a ningún tipo de restricción y en el segundo supuesto, en función del principio de buena fe supondría en concreto que tendría derecho a guardar silencio cuando de ello pueda derivarse su propia autoincriminación.

En cuanto al derecho de no declarar del trabajador (sospechado) en el marco de las investigaciones internas, se deben aplicar los estándares del Estado de Derecho, en concreto no serán lícitas las pruebas obtenidas mediante engaño o violencia, debe primar las garantías del proceso penal en la averiguación de la verdad, preeminencia del derecho penal.

Según Rodríguez Estévez, la investigación interna que no respeta los derechos de los trabajadores como sujetos pasivos de una investigación privada imputable al Estado, impide que el resultado de la investigación pueda ser invocado como eximente de responsabilidad penal por la empresa:

Es por eso que, para asegurar el respeto a las garantías constitucionales se requiere un compromiso con la legalidad por parte de la empresa. De allí la importancia de que las investigaciones internas y el sistema de compliance estén enmarcados en el principio de legalidad.

El criterio general de la jurisprudencia al valorar el consenti-

miento del trabajador para el acceso a la información almacenada en ordenadores y dispositivos móviles, tiene como contrapunto la expectativa de privacidad que se encuentra garantizada por los derechos fundamentales y que debe ser excluida en el caso concreto para convertir el hallazgo en evidencia que podrá ser utilizada en un proceso penal.

## **Conclusiones**

La controversia se resuelve si se analiza el contenido y alcance de los derechos fundamentales, en este caso, la expectativa de privacidad. Ahora bien, existen dos corrientes bien diferenciadas que podrían adoptarse en esa tarea de interpretación. Por un lado, está la posición de quienes sostienen que los derechos fundamentales son reglas y los conflictos se resuelven a partir de la delimitación de los respectivos contenidos. Por otro lado, están quienes los consideran principios -mandatos de optimización-, pudiendo existir contenidos no determinados que exigen resolución por vía de la ponderación a partir del principio de proporcionalidad.

La colisión de principios se soluciona con el discernimiento de cuál prevalece sobre el otro, siendo preciso juzgar qué principio es el precedente, y aplicando la ponderación como norma de derecho fundamental. En el método de la ponderación para resolver la colisión entre dos principios se trata de establecer cuál de los intereses del mismo grado desde lo abstracto se impone en el caso concreto:

Al decir de Alcácer García Guirao, la interpretación en dos pasos -delimitación y ponderación- habilita mejores criterios de resolución de conflictos entre derechos en el ámbito de la teoría jurídica del delito. Se deben delimitar los derechos en juego para determinar la existencia de expectativa de privacidad que permita habilitar o descartar la vigencia del derecho fundamental en el caso concreto y posteriormente, analizar la proporcionalidad de la injerencia para determinar las consecuencias sustantivas o procesales.

La proporcionalidad aplicable a una investigación interna en el marco de un proceso penal es distinta a la aplicable en un proceso laboral, porque en la primera se pone en juego el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica y del imputado. En cambio, en el ámbito laboral, la importancia radica en ofrecer información previa a los trabajadores sobre los métodos y alcance del control que va a ejercer del empresario, para garantizar el derecho a la privacidad del trabajador.

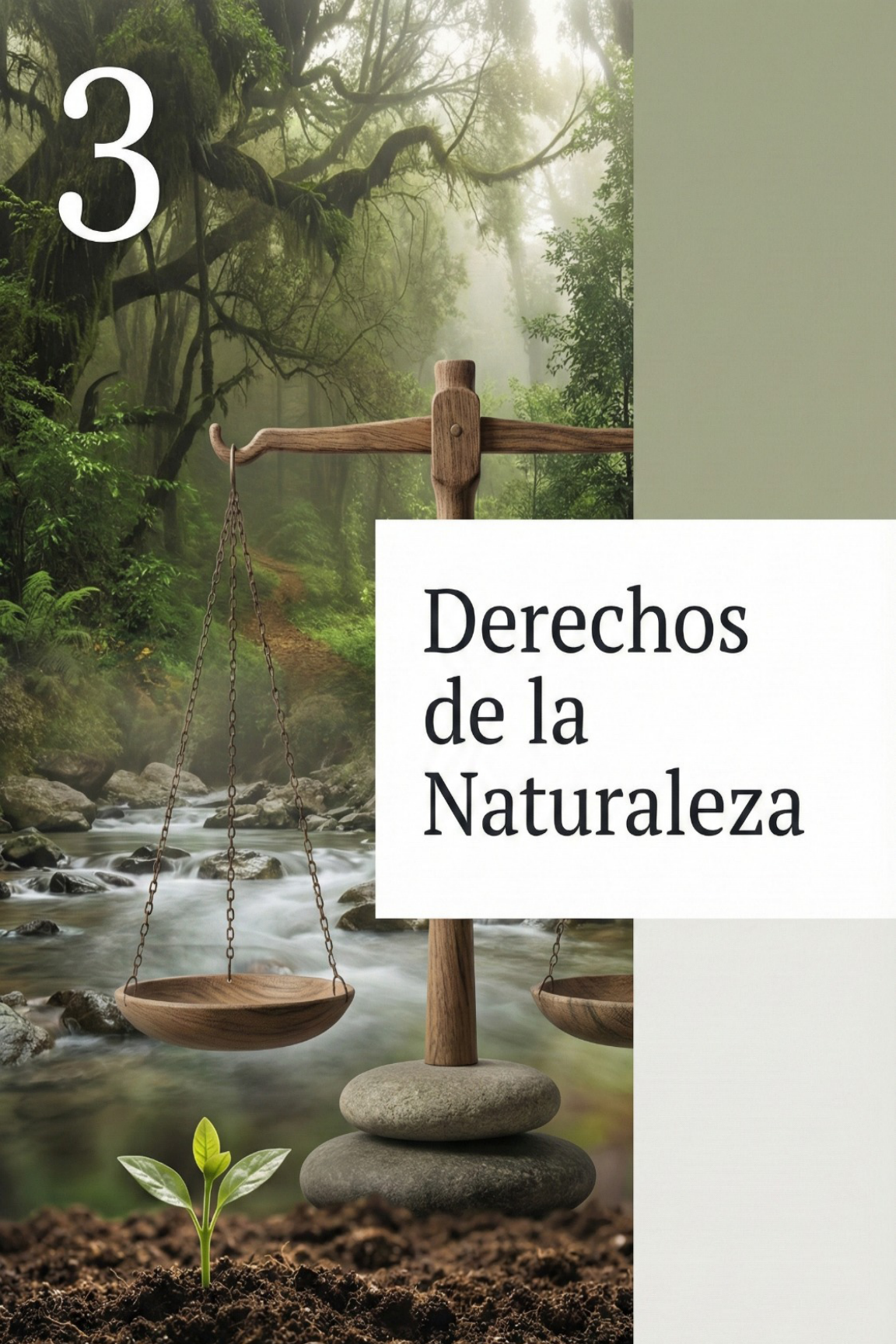
## Referencias bibliográficas

- Alcácer García, G. (2022). *Investigaciones internas: Prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas*. En V. Gómez Martín (Dir.), *Un modelo integral de derecho penal* (pp. 989–1000). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Belandiz Rojo, M. (2017). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: Algunas consideraciones*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (21), 75–97. <http://hdl.handle.net/10486/686460>
- Bermejo, M., & Montiel, J. P. (2020). *Teoría y praxis del criminal compliance*. Thomson Reuters La Ley.
- Estrada Cuadras, A., & Llobet, A. M. (2013). *Derechos de los trabajadores y deberes del empresario*. En J. Silva Sánchez (Dir.), *Criminalidad de la empresa y compliance* (pp. 197–228). Atelier.
- Estrada Cuadras, A. (2020). *Confesión o finiquito: El papel del derecho a no autoincriminarse*. InDret, (4), 226–272. <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.06>
- Gallego Soler, J. I. (2022). *Investigaciones internas corporativas: De la práctica a la teoría*. En *Un modelo integral de derecho penal: Libro homenaje a la profesora Corcoy Vidasolo* (pp. 1151–1165). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Gómez Martín, V. (2022). *¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas?* En V. Gómez Martín (Dir.), *Un modelo integral de derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirexu Corcoy Bidasolo* (pp. 1167–1178). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

- Guerrero Peralta, O. (2011). *La expectativa razonable de intimidad en el proceso penal*. Derecho Penal y Criminología, 32(92), 42–72.
- Hart, H. L. A. (2004). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Luggren, R., & Oroño, N. (2015). *Imputación penal de las personas jurídicas frente a la criminalidad organizada*. Ius et Veritas, (50), 204–215.
- Luggren, R., et al. (2021). *Guía de implementación de la Ley N.º 27.401 para fiscales: Responsabilidad penal de personas jurídicas en Argentina*. Crimint.
- Montiel, J. P. (2013). *Autolimpieza empresarial: Compliance programs e investigaciones internas*. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, & I. Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 221–242). Marcial Pons.
- Montiel, J. P. (2018). *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa*. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, & V. Gómez Martín (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 487–516). B de F.
- Neira Pena, A. M. (2023). *Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 9(2), 503–544. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.877>
- Silva Sánchez, J. M. (2013). *Derecho penal de la empresa*. B de F.
- Zúñiga Rodríguez, A. (2020). *Valoración jurídica de los compliance*. En E. Demetrio Crespo (Dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito* (p. 521). Tirant lo Blanch.

3

# Derechos de la Naturaleza







# **Incendios Forestales en Bolivia: Crítica a la normativa desde la perspectiva comparada**

Forest Fires in Bolivia: A Critique of the Regulations from a Comparative Perspective

**Ariadne Lucía Salguero Mendoza**

Estudiante Investigador  
Universidad Privada Domingo Savio  
Santa Cruz, Bolivia

 <https://orcid.org/0009-0000-0532-8302>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch09>

## **Resumen**

Los incendios forestales representan una amenaza grave para los ecosistemas, afectando la biodiversidad, la salud pública y el clima global. En Bolivia, la incidencia de estos incendios es alarmante, afectando más de 6 millones de hectáreas en 2019, especialmente en áreas protegidas y bosques. A pesar de la existencia de la Ley Forestal 1700, la respuesta normativa boliviana se ve limitada por la fragmentación legal, la falta de coordinación intergubernamental y la insuficiencia de sanciones efectivas. En contraste, países como Argentina y Chile presentan marcos legales más robustos, con políticas claras de prevención, sanciones severas y mecanismos de fiscalización más eficaces. Este estudio analiza críticamente el marco normativo boliviano, comparándolo con las legislaciones de Argentina y Chile, para identificar oportunidades de mejora y fortalecer la gestión forestal en Bolivia. Se concluye que es necesario revisar las sanciones y promover políticas preventivas más eficaces para proteger los bosques.

## **Palabras claves**

Incendios forestales, crítica, derecho comparado, Bolivia, Argentina, Chile

## **Abstract**

Wildfires pose a severe threat to ecosystems, impacting biodiversity, public health, and global climate. In Bolivia, the incidence of wildfires is alarming, affecting over 6 million hectares in 2019, particularly in protected areas and forests. Despite the existence of the Forest Law 1700, Bolivia's legal response is hindered by fragmented regulations, lack of intergovernmental coordination, and insufficient enforcement measures. In contrast, countries like Argentina and Chile present more robust legal frameworks, with clear policies on prevention, strict sanctions, and more effective monitoring mechanisms. This study critically analyzes Bolivia's legal framework, comparing it with the legislations of Argentina and Chile, to identify areas for improvement and strengthen forest management in Bolivia. The conclusion emphasizes the need to revise penalties and promote more effective preventive policies to protect the country's forests.

## **Keywords**

Wildfires, criticism, comparative law, Bolivia, Argentina, Chile

## INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de incendios forestales nos referimos a aquellos incendios que ocurren en ecosistemas terrestres y terminan propagándose por la vegetación sean bosques o de cualquier otro tipo como sabanas, matorrales, pastizales o incluso humedales (Pausas, 2020). Sin embargo, esto no disminuye la creciente preocupación por la afectación de los bosques que puedan propagar estos incendios ya que la complejidad de los bosques sobrepasa las barreras de una simple población de árboles que crecen sobre el terreno, estos son el hábitat de una parte sustancial de la flora, fauna y los microorganismos terrestres y esto los convierte en entornos clave para la conservación de la biodiversidad, además también son cruciales para la regulación del clima global y muchísimas otras funciones esenciales tales como la provisión de recursos naturales, la regulación del ciclo hidrológico, la protección de cuencas hidrográficas, calidad del aire e incluso fines recreativos (FAO y PNUMA, 2020).

Los incendios forestales constituyen una de las amenazas más persistentes y devastadoras para los ecosistemas en América Latina (Armenteras, 2021). Su incidencia en Bolivia es tal que más de 6 millones de hectáreas fueron afectadas solamente durante el año 2019 y de esa cifra 4,2 millones de hectáreas corresponden al departamento de Santa Cruz de las cuales más de la mitad corresponden a áreas protegidas y 2 millones de hectáreas corresponden a bosques, afectando no solo a la biodiversidad, sino también a la salud pública, la economía rural y el equilibrio climático regional (WWTF, 2019).

Desde el punto de vista jurídico, la respuesta normativa boliviana frente a esta problemática se encuentra dispersa y limitada. La Ley Forestal (Ley 1700, 1996) presenta ciertas falencias, así como una escasa articulación entre niveles de gobierno. Esta fragmentación normativa se ve agravada por la falta de capacidad institucional, la escasa asignación presupuestaria y una casi inexistente implementación de políticas preventivas.

En contraste con Argentina que cuenta con un marco legal un poco más estructurado, encabezado por la Ley de manejo del fuego (Ley 26815, 2012), siendo complementada por la Ley de protección ambiental de los bosques nativos (Ley 26331, 2007), además de prever sanciones en su código penal para delitos vinculados al daño ambiental.

Chile, en tanto, que cuenta con un marco legal más complejo comprendido por la Ley Servicio Nacional Forestal (Ley 21744, 2025) apoyado por una Ley la cual establece el Sistema nacional de prevención y respuesta a Desastres (Ley 21364, 2021), disponiendo de la misma forma la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (Ley 20283, 2008), junto con la Ley que aumenta las sanciones a responsables de incendios forestales (Ley 20653, 2013), conforman un entramado normativo más técnico y robusto, complementado finalmente por disposiciones penales para conductas que generan incendios de forma negligente o dolosa.

En este contexto, el objetivo es realizar un análisis crítico del marco normativo boliviano sobre incendios forestales desde la perspectiva del derecho comparado, con base en las legislaciones vigentes en Argentina y Chile.

## METODOLOGÍA

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, con un diseño de revisión narrativa centrado en el análisis jurídico comparado. Se seleccionaron normativas relevantes de Argentina, y Chile, países con contextos ambientales y legales similares a Bolivia, con el objetivo de identificar fortalezas y debilidades en el abordaje normativo de los incendios forestales. La selección de estos marcos legales se realizó con base en su accesibilidad, pertinencia temática y el interés en explorar modelos legislativos que podrían ser adaptados o servir como referencia para la legislación boliviana.

La revisión incluyó el análisis sistemático de leyes, reglamentos

y políticas públicas relacionadas con la prevención, control y sanción de incendios forestales en los tres países. Se incorporaron también datos estadísticos recientes sobre la incidencia de incendios, tanto para dimensionar el problema como para contextualizar el grado de efectividad o deficiencia de las normativas vigentes.

## RESULTADOS

Principios Ambientales, participación social en Bolivia, Chile y Argentina.

Para comenzar, es importante señalar que en el marco legal boliviano en materia de incendios forestales se establece un principio fundamental: Todos los bosques y tierras forestales pertenecen al dominio originario del Estado. Su manejo sostenible y protección son considerados de utilidad pública y de interés general, y sus disposiciones se declaran de orden público y de cumplimiento obligatorio (art. 4, Ley 1700). Esto significa que dichos recursos no pueden ser entendidos como propiedad privada desde su origen, sino como parte del patrimonio estatal, cuya administración recae en el Estado en función del interés colectivo. Asimismo, reconocer el manejo sostenible como un deber público implica que su preservación no es opcional ni individual, sino una responsabilidad compartida por todos. Al ser normas de orden público, prevalecen sobre cualquier interés particular, y deben ser respetadas de manera obligatoria.

Otro principio a rescatar del marco legal boliviano en esta materia, es el precautorio que implica que cuando hayan indicios consistentes de una práctica y omisión en el manejo Forestal que podrían generar daños graves o irreversibles a los ecosistemas; Los responsables del manejo forestal no pueden dejar de adoptar medidas precautorias tendientes a evitarlos o mitigarlos ni exonerarse de responsabilidad (art.9, Ley 1700), es decir que si hay evidencias de que algo que se hace o no se hace en los bosques que puede causar mucho daño al medio ambiente, los responsables tienen la obligación de tomar medidas para evitarlo o reducirlo, y no pueden excusarse diciendo que no estaban seguros de las

consecuencias.

Por su parte, en el marco jurídico chileno relativo a los incendios forestales, se establece como objetivo la protección, recuperación y mejora de los bosques nativos, con el fin de asegurar su sustentabilidad forestal y contribuir a la política ambiental del país (art. 1, Ley 20283). Esto implica que la norma busca preservar aquellos ecosistemas no introducidos artificialmente, promoviendo su regeneración en caso de daño y garantizando su conservación a largo plazo como parte de una gestión ambiental responsable.

Chile también posee un marco legal en donde se establecen principios en la gestión de riesgo de desastre, uno de esos principios es el de prevención en él se obliga a atender, gestionar y reducir los factores subyacentes del riesgo de desastre; el principio de apoyo mutuo donde expresa que todos los componentes del sistema, sean públicos o privados, aporten colectivamente sus competencias y capacidades en aquellas fases del ciclo del riesgo de desastre en que tengan responsabilidades establecidas para reducir el riesgo y limitar sus impactos, y esto va a la par con el principio de coordinación ya que la gestión de riesgo de desastres depende de mecanismos de coordinación dentro y a través de todos sus niveles y estos principios también son apoyados y complementados por los de principios de Transparencia, participación, escalabilidad y oportunidad (art. 4, Ley 21364).

Mientras tanto, el régimen legal argentino contempla no solo la conservación de los bosques nativos, sino también su enriquecimiento, restauración y aprovechamiento sostenible, así como la protección de los servicios ambientales que estos ecosistemas brindan. Además, la normativa (art. 1, Ley 26.331) establece la existencia de un régimen de fomento económico y distribución de fondos destinado a quienes contribuyen activamente a dicha protección. Esto implica que el Estado no se limita a preservar lo existente, sino que también promueve la recuperación de áreas degradadas, el uso racional de los recursos forestales y la continui-

dad de funciones ecosistémicas esenciales —como la regulación hídrica, climática y la conservación de la biodiversidad— en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Bajo criterio propio, un precepto del marco legal argentino que no se podía no considerar a pesar de su naturaleza, es el debido cuidado, con el cual toda persona debe extremar el cuidado de los recursos naturales en la realización de usos o actividades con fuego, respetando las prohibiciones y limitaciones establecidas en la norma vigente (art. 17, Ley 26815).

En el caso de Bolivia, el marco jurídico forestal establece el derecho ciudadano de acceso a la información relativa a la gestión de los recursos forestales, lo que supone que toda documentación técnica y administrativa debe ser de carácter público (art. 8, Ley N.º 1700). Esta disposición garantiza la transparencia en la administración forestal y promueve la participación ciudadana mediante la implementación de audiencias públicas y otros mecanismos reglamentarios. De este modo, se reconoce la importancia del control social y la corresponsabilidad en la conservación y manejo de los bosques.

Chile mientras tanto, ha procedido en la creación y aplicación innovadora de los acreditadores forestales (arts. 37 a 41, Ley 20283), los cuales pueden ser profesionales o entidades privadas externas encargadas de certificar tanto la veracidad como la correcta ejecución de los planes de manejo forestal. Asimismo, la ley establece la existencia del Fondo de Investigación del Bosque Nativo (arts. 42 a 44), que incorpora mecanismos de participación social desde dos dimensiones: por un lado, mediante programas de capacitación y transferencia tecnológica dirigidos a comunidades rurales dependientes del bosque, reconociendo e integrando sus saberes locales y fortaleciendo sus capacidades de gestión; y por otro, a través de la definición participativa de políticas de uso del fondo, la cual se realiza con la intervención del Consejo Consultivo del Bosque Nativo (art. 33). Este modelo normativo y operativo evidencia

un enfoque más inclusivo, que promueve una mayor implicación de la sociedad civil en la gestión forestal.

En cambio, Argentina resalta la participación vinculante de la sociedad mediante la obligación de cumplir con la consulta pública y el derecho al acceso a la información ambiental como ejes fundamentales de su normativa forestal (art. 26, Ley 26331). Un elemento particularmente significativo es la creación de un Registro Nacional de Infractores, donde se incluyen las personas o entidades que hayan incurrido en infracciones vinculadas al desmonte o manejo forestal (Art. 27). Quienes figuren en este registro no podrán obtener autorizaciones para continuar con dichas actividades mientras mantengan esa condición. Este registro es público y se gestiona de forma coordinada entre la Nación y las provincias, lo que refuerza la transparencia y la articulación intergubernamental. Estas medidas reflejan un enfoque en el que la opinión ciudadana tiene efectos reales en las decisiones, fortaleciendo así la legitimidad democrática de la gestión ambiental.

### **Propiedad y control de los recursos forestales en Bolivia, Chile y Argentina**

Los recursos forestales deben entenderse como un patrimonio bajo custodia del Estado. No le pertenecen en sentido pleno para disponer de ellos a su voluntad, sino que su rol es el de administrador diligente, similar al de un buen padre de familia que protege y conserva el bien común en beneficio de las generaciones futuras.

Como se ha señalado en el apartado anterior, en Bolivia todos los bosques y tierras forestales pertenecen al dominio originario del Estado. No obstante, el país reconoce que el manejo sostenible y la protección de estos recursos constituyen una utilidad pública y un interés general de la Nación. En este marco, el Estado Plurinacional de Bolivia otorga al Poder Ejecutivo la facultad de imponer restricciones y servidumbres administrativas, así como prohibiciones y limitaciones legales derivadas del ordenamiento territorial. En consecuencia, cualquier derecho forestal

concedido a particulares puede ser revocado total o parcialmente en caso de incumplimiento de las normas y disposiciones oficiales de protección (arts. 4, 5 y 6, Ley 1700).

Los derechos forestales, además, solo pueden adquirirse mediante otorgamiento del Estado. Toda actividad de aprovechamiento forestal deberá contar con un plan de manejo técnico, el cual debe ser elaborado y supervisado por profesionales especializados que certifiquen su cumplimiento (arts. 26 y 27, Ley 1700).

Para garantizar una gestión eficaz, se crea el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE), encargado de regular, controlar y supervisar el uso sostenible de dichos recursos. Este sistema se encuentra bajo la administración del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente y está estructurado en torno a la Superintendencia General y diversas superintendencias sectoriales, entre ellas la Superintendencia Forestal. Esta última es responsable de velar por el cumplimiento del Régimen Forestal Nacional y, entre sus funciones, tiene la obligación de presentar semestralmente a la Contraloría General del Estado un informe detallado sobre los derechos forestales otorgados (art. 21, Ley 1700).

De otra forma, en Argentina los recursos forestales se dividen en dos, los bosques nativos de origen primario, donde no intervino el hombre y los de origen secundario formados por desmonte, descomposición o restauración voluntaria (art. 3, Ley 26331). Para la conservación de los bosques nativos están organizados en tres categorías, donde la categoría I son sectores de muy alto valor de conservación y no deben transformarse, estos solo podrán ser hábitat de comunidades indígenas y ser objetos de investigación científica, luego está la categoría II que son sectores de mediano valor de conservación pero podrían ser de alto valor de conservación con la implementación de actividades de restauración y podrán ser sometidos usos como: aprovechamiento sostenible, turismo, recolección e investigación científica, por último se tiene la categoría III,

los cuales son sectores de bajo valor de conservación que pueden transformarse parcialmente o en su totalidad (arts. 2 y 9, Ley 26331).

Argentina estableció el Programa Nacional de Protección de los Bosques Nativos, cuya ejecución está a cargo de la Autoridad Nacional de Aplicación. Entre sus principales atribuciones se encuentra la adopción de medidas orientadas a garantizar un aprovechamiento sostenible de los bosques, la promoción de planes de reforestación y restauración ecológica de áreas degradadas, así como el fortalecimiento de las capacidades técnicas de las autoridades jurisdiccionales para formular, monitorear, fiscalizar y evaluar los planes de manejo sostenible de los bosques nativos dentro de sus territorios (art. 12, Ley 26.331).

Asimismo, el marco legal argentino establece que todo desmonte o actividad de manejo sostenible de bosques nativos requiere autorización previa por parte de la autoridad competente en cada jurisdicción. Las personas físicas o jurídicas, tanto públicas como privadas, que soliciten dicha autorización deben cumplir condiciones mínimas orientadas a la persistencia del ecosistema, la producción sostenida y el mantenimiento de los servicios ambientales que prestan los bosques. Es relevante señalar que estos planes deben ser evaluados y aprobados por la autoridad de aplicación antes de su implementación (arts. 13, 16 y 18, Ley 26.331).

Finalmente, en el marco normativo chileno, toda intervención sobre bosque nativo, incluyendo su corta, requiere la aprobación previa de un plan de manejo técnico que delimite y regule el aprovechamiento sustentable del recurso. Este instrumento debe elaborarse sobre la base de información general y específica del predio a intervenir, y su formulación queda reservada a profesionales con formación universitaria pertinente y estudios de postgrado en ciencias forestales o afines, según el tipo de intervención propuesta (arts. 5, 6 y 7, Ley 20.283). La obligatoriedad de este requisito no solo se proyecta sobre el titular del predio, sino también sobre cualquier futuro adquirente, extendiendo así la vigencia del plan más allá de la titularidad y asentándolo en el sistema registral como una

carga forestal vinculante (art. 13, Ley 20.283).

El Estado chileno, además, introduce mecanismos de fomento que reconocen el esfuerzo por gestionar el bosque nativo bajo principios de ordenación sustentable. Se contemplan bonificaciones económicas destinadas a apoyar la elaboración y ejecución de planes de manejo que prioricen la multifuncionalidad del bosque y la conservación de su biodiversidad, con topes máximos por beneficiario y condicionadas a la verificación efectiva de las actividades comprometidas (art. 23, Ley 20.283). Estos incentivos se asignan de acuerdo con criterios técnicos y ambientales previamente definidos, y previa consulta a los órganos correspondientes, con el objetivo de focalizar su impacto en las zonas con mayor prioridad ecológica (art. 27, Ley 20.283).

La gestión de estos recursos queda a cargo del Ministerio de Agricultura, que puede delegar total o parcialmente su administración en la Corporación Nacional Forestal, fortaleciendo así una institucionalidad especializada en la promoción, fiscalización y recuperación del bosque nativo (art. 31, Ley 20.283).

### **Regulación y Sanciones en pro de los recursos forestales en Bolivia, Argentina y Chile**

En Bolivia, la protección de los recursos forestales no solo se estructura sobre principios de aprovechamiento sostenible, sino también mediante un régimen punitivo y sancionatorio que busca prevenir conductas lesivas hacia el patrimonio natural. Las normas penales contemplan sanciones privativas de libertad para quienes, mediante incendios, generen peligro común o afecten propiedades ajenas, incluso cuando el fuego tenga un origen agrícola o ganadero (art. 206, Código Penal). De igual forma, se penaliza la destrucción, deterioro o sustracción de bienes del dominio público o fuentes de riqueza nacional, lo que incluye recursos forestales estratégicos (art. 223, Código Penal).

En el ámbito administrativo, la normativa específica sobre uso

del fuego introduce un enfoque preventivo y correctivo articulado por el Ministerio de Medio Ambiente y Agua. Esta instancia es responsable de formular políticas de manejo integral del fuego que incorporan desde acciones de prevención y control hasta mecanismos de rehabilitación de ecosistemas afectados, así como el fomento de prácticas alternativas a la quema (art. 3, Ley 1171). Se reconocen además incentivos para quienes gestionan el fuego conforme a la normativa: el cumplimiento de los requisitos para la autorización de quemas constituye un criterio de acceso a programas de desarrollo productivo, vinculando así el comportamiento ambiental responsable con beneficios estatales (art. 5, Ley 1171). En cuanto al régimen sancionatorio, se establecen multas diferenciadas según el tipo de propiedad y la superficie quemada sin autorización. Estas sanciones pecuniarias se incrementan en caso de reincidencia y pueden ser eximidas únicamente si se demuestra la inexistencia de responsabilidad del titular del predio o si se identifica un tercero como causante del daño (art. 7, Ley 1171). Cuando el uso negligente del fuego deriva en incendios, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierra (ABT) está facultada para imponer sanciones administrativas proporcionales al daño ambiental, considerando factores como el ecosistema afectado, la dimensión de la superficie impactada y la condición del infractor (art. 8, Ley 1171). En el caso de que los incendios ocurran en Áreas Protegidas, se adicionan criterios específicos vinculados a los objetivos de conservación del área y su estatus legal, permitiendo una respuesta sancionatoria más rigurosa

Discusión

En contraste con Argentina que, contempla una serie de medidas orientadas a prevenir y sancionar conductas que atenten contra la integridad de los bosques nativos y áreas naturales. En primer lugar, se establece la prohibición expresa de la quema a cielo abierto de residuos provenientes de actividades de desmonte o aprovechamiento forestal, medida que busca limitar prácticas que elevan significativamente el riesgo de incendios no controlados (art. 15, Ley N.º 26.331). Además, se determina la responsabilidad solidaria de quienes participan en la elaboración de

planes de manejo o aprovechamiento que contengan omisiones o falsedades, en los casos en que estas irregularidades resulten en daño ambiental (art. 20, Ley N.º 26.331).

En cuanto al régimen sancionatorio, se prevé la imposición de apercibimientos, multas económicas y la revocación de autorizaciones, según lo determine cada jurisdicción competente. Para aquellas jurisdicciones que no cuenten con normativas propias, se establece un sistema supletorio de sanciones aplicables a nivel nacional, que incluye multas calculadas en sueldos básicos de la administración pública y cuya recaudación debe destinarse al área ambiental afectada (art. 29, Ley N.º 26.331).

Por otro lado, se regula el uso del fuego en función de las características territoriales y del nivel de riesgo. Las autoridades locales tienen la facultad de exigir autorizaciones previas, imponer restricciones temporales o permanentes y establecer condiciones específicas para las actividades que impliquen uso del fuego (art. 14, Ley N.º 26.815). Las infracciones comprenden desde el encendido de fuego sin permiso hasta la obstrucción de las tareas del personal interviniente en el control de incendios (art. 32, Ley N.º 26.815). Estas conductas pueden dar lugar a sanciones tales como apercibimientos, multas, clausuras, y la pérdida de beneficios administrativos, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional o por los regímenes jurisdiccionales correspondientes (art. 33, Ley N.º 26.815).

En el plano penal, se tipifica como delito la provocación de incendios que pongan en riesgo bienes o personas, con penas que se agravan según el bien afectado o la consecuencia derivada. Las disposiciones incluyen como objetos de protección penal tanto los cultivos como los bosques, sus productos, y otras formas de vegetación en explotación. En los casos en que el incendio conlleve peligro para la vida humana o resulte en la muerte de alguna persona, se contemplan sanciones privativas de libertad de considerable severidad (art. 186, Código Penal Argentino).

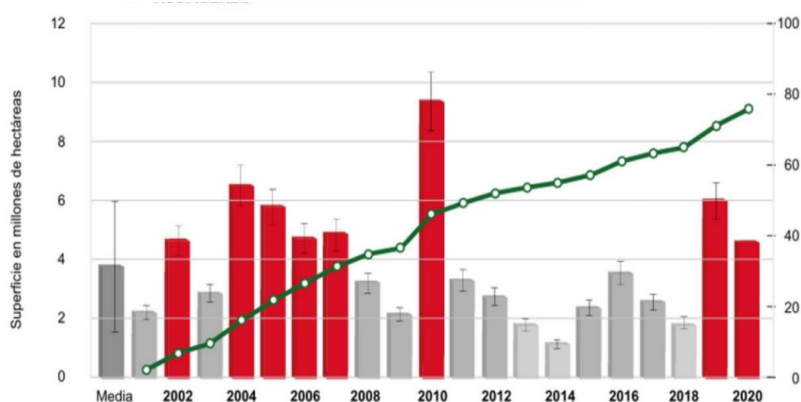
En el caso chileno, el marco normativo establece una serie de restricciones y sanciones orientadas a la protección de ecosistemas forestales, en particular aquellos que revisten especial fragilidad ecológica. La normativa vigente prohíbe expresamente la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en un radio de 500 metros alrededor de los glaciares, delimitación que pretende asegurar la conservación de estos ecosistemas estratégicos (art. 17, Ley 20.283). En el ámbito penal, se configuran delitos específicos para quienes causen incendios en formaciones vegetales protegidas, bosques, o áreas silvestres, sancionando con presidio mayor a quienes incendien formaciones xerofíticas comprendidas en la ley de bosque nativo (art. 476 núm. 3, Código Penal), o provoquen incendios que afecten gravemente la vida animal o vegetal en Áreas Silvestres Protegidas (art. 476 núm. 4, Código Penal).

Es importante mencionar que el Decreto Supremo N° 4363 profundiza en las disposiciones referidas al uso del fuego, estableciendo penas privativas de libertad y multas para quienes utilicen el fuego de manera contraria a la normativa, incluso cuando no se haya producido un incendio (art. 22, D.S. N° 4363). Se refuerzan estas medidas con la prohibición de encender fuego o utilizar fuentes de calor en Áreas Silvestres Protegidas fuera de los lugares autorizados, sancionando su incumplimiento con penas de presidio menor y multas (art. 22 bis, D.S. N° 4363). De igual forma, se penaliza la imprudencia o negligencia en el uso del fuego en zonas rurales o espacios públicos, cuando estas acciones deriven en incendios con afectación al patrimonio forestal o a las Áreas Silvestres Protegidas (art. 22 ter, D.S. N° 4363). Estas disposiciones reflejan una estructura jurídica que prioriza la prevención y penalización de conductas que comprometan los ecosistemas forestales, especialmente aquellos legalmente reconocidos como de alto valor ecológico.

## Estadísticas sobre incendios forestales en Bolivia, Argentina y Chile

### Figura 1

*Histórico Anual de áreas quemadas en Bolivia. Datos: 2001 a 2018 en base a MCD64A1-MODIS; 2019 Y 2020 en base a Sentinel-2. Fuente: Amigos de la naturaleza, 2020.*



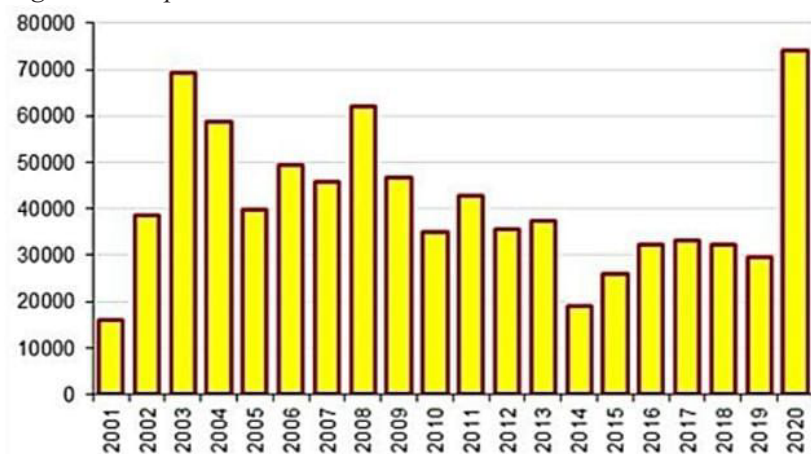
**Nota.** La gráfica muestra la evolución de las áreas quemadas anualmente en Bolivia entre 2001 y 2020, expresadas en millones de hectáreas. A su vez, presenta la acumulación progresiva del total de superficie afectada a lo largo de los años (línea verde).

Los datos revelan que, aunque hay años con valores moderados, existen varios picos críticos como los observados en 2004, 2007, 2010 y especialmente en 2019 y 2020, donde la superficie quemada supera los 6 millones de hectáreas.

El comportamiento acumulativo indica un aumento sostenido en la pérdida de cobertura vegetal debido a incendios, alcanzando cerca de 60 millones de hectáreas afectadas en total para 2020. Este patrón confirma que, aunque algunos años muestra una reducción temporal de áreas quemadas, el impacto a largo plazo continúa en aumento.

**Figura 2**

*Cantidad de incendios producidos en Argentina por año desde el 2001 hasta 2020.*



*Nota.* La gráfica presenta una evolución temporal de la cantidad de incendios forestales ocurridos en Argentina entre los años 2001 y 2020. Se observa una marcada variabilidad interanual, con un punto máximo en 2003, cuando los incendios superaron los 70.000 casos. Fuente: Elaboración propia con datos de Bonfanti F.A (2021).

A partir de ese año, la tendencia general parece ser descendente, aunque se mantienen picos importantes, como en 2008 y 2011, donde nuevamente se registran cifras cercanas o superiores a los 60.000 focos.

Un hecho llamativo es el abrupto incremento en 2020, que alcanza valores similares a los del máximo registrado en 2003, lo que sugiere un repunte preocupante en la incidencia de incendios. Este comportamiento puede estar vinculado a múltiples factores, entre ellos, condiciones climáticas extremas, cambios en el uso del suelo, prácticas agrícolas inadecuadas o falta de políticas efectivas de prevención y control.

**Figura 3**

*Ocurrencia y daño histórico nacional 1964-2024. Fuente: Corporación nacional forestal CONAF, 2024.*



**Nota.** El gráfico muestra la evolución histórica del daño nacional, medido en hectáreas afectadas, entre las temporadas de 1964 y 2024 en Chile. La información proviene de la Corporación Nacional Forestal (CONAF) y hace referencia a eventos de impacto ambiental, presumiblemente incendios forestales, dado el contexto y la unidad de medida utilizada.

A lo largo del período analizado, se observa una tendencia general al alza en la superficie afectada, con fluctuaciones interanuales significativas. Durante las primeras tres décadas del período (1964–1994), el daño promedio por temporada se mantuvo relativamente estable, con picos esporádicos que no superaron las 100.000 hectáreas. No obstante, a partir de mediados de la década de 1990, se inicia una fase de mayor variabilidad y crecimiento en la superficie afectada, la cual se intensifica significativamente desde el año 2000 en adelante. Los eventos más destacados del gráfico se concentran en dos temporadas particularmente críticas: un alrededor del año 2017 y otra en 2023, donde se registraron los picos más altos de todo el período. En la temporada 2017, el daño superó ampliamente las 500.000 hectáreas, mientras que en 2023 se aproxima a las 400.000 hectáreas. Estas cifras representan valores extremos que marcan un cambio de magnitud en los impactos observados.

Este incremento en la superficie afectada podría atribuirse a múltiples factores, incluyendo el cambio climático, la expansión de la interfaz urbano-rural, la acumulación de material vegetal combustible, y una mayor recurrencia de condiciones meteorológicas extremas como olas de calor y sequías prolongadas. Asimismo, estos datos evidencian la creciente vulnerabilidad del territorio nacional frente a eventos de gran escala, así como la necesidad de fortalecer las estrategias de prevención, monitoreo y respuesta.

## DISCUSIÓN

El marco normativo boliviano, en teoría, establece un conjunto de principios y regulaciones para proteger los recursos forestales, sobre todo mediante la Ley 1700 y la Ley 1171 sobre uso del fuego. Sin embargo, la realidad de la implementación de estas políticas está marcada por una desconexión significativa entre las sanciones previstas y la magnitud del problema ambiental. Las estadísticas sobre la superficie quemada en Bolivia entre 2001 y 2020 evidencian un patrón alarmante de degradación forestal, alcanzando picos de más de 6 millones de hectáreas afectadas por incendios en años como 2019 y 2020 (Amigos de la Naturaleza, 2020). Esta cifra, que refleja la gravedad de la pérdida de biodiversidad, recursos hídricos y servicios ecosistémicos, pone de manifiesto la ineficiencia de las sanciones penales y administrativas contenidas en el sistema normativo boliviano.

La Ley 1700, que otorga al Estado el dominio sobre los bosques, establece que el manejo forestal debe regirse por planes técnicos de manejo elaborados por profesionales. A pesar de esta normativa, las sanciones y multas estipuladas por la ley son notoriamente inadecuadas para afrontar la magnitud del daño provocado por las quemadas. En primer lugar, las multas económicas, aunque presentes, son mínimas y carecen de una escala proporcional al daño ambiental generado. Las sanciones penales por los delitos ambientales relacionados con incendios, como la destrucción de recursos forestales, no resultan suficientemente disuasio-

rias para quienes perpetran estas actividades, particularmente en el contexto de intereses agropecuarios que a menudo se benefician de la quema de tierras (Becerra & Ponce, 2019).

En su artículo 206, el Código Penal boliviano contempla sanciones privativas de libertad por la provocación de incendios, pero la implementación de estas penas es escasa, lo que genera una percepción de impunidad. Además, el hecho de que las multas sean calculadas de forma que no reflejan la verdadera gravedad de la pérdida ecológica (por ejemplo, la destrucción de ecosistemas estratégicos) muestra una clara falta de alineación entre las sanciones y la magnitud del daño. Este distanciamiento es particularmente preocupante, considerando que Bolivia enfrenta una creciente presión sobre sus bosques y ecosistemas naturales debido a la expansión de la frontera agropecuaria y la falta de prácticas sostenibles (Paredes, 2020; Centellas, 2021).

En contraste, otros países de la región, como Argentina y Chile, presentan modelos de gobernanza más robustos y específicos en cuanto a la prevención y sanción de incendios forestales. Argentina, por ejemplo, establece multas considerables y la revocación de permisos en casos de infracciones ambientales graves, lo que refuerza un marco normativo que exige el cumplimiento estricto de las leyes (Bonfanti, 2021). En Chile, la Ley 20.283 y la vinculación de planes de manejo a los predios como una carga permanente (art. 13) reflejan un enfoque más coherente y sostenible, donde las sanciones no solo se enfocan en la penalización, sino también en la promoción de una gestión responsable mediante incentivos para prácticas forestales sostenibles (CONAF, 2024).

El régimen sancionatorio boliviano parece ser insuficiente y no adecuado a la magnitud del desafío ambiental, ya que no contempla penalizaciones proporcionales a la escala de los daños ocasionados ni establece incentivos suficientes para que los actores responsables adopten medidas preventivas. El uso de fuego en tierras agropecuarias sigue siendo una práctica común, impulsada por la baja percepción de riesgo

ante las sanciones, lo que perpetúa el ciclo de destrucción ambiental (Jaramillo & Sánchez, 2018).

Bolivia necesita revisar urgentemente su marco normativo en cuanto a las sanciones y medidas punitivas contra las quemas forestales. La grave pérdida de bosques debe ser abordada con sanciones mucho más severas y con un sistema de fiscalización más efectivo que, en lugar de centrarse únicamente en la sanción punitiva, integre un sistema preventivo de educación y fomento a la gestión sostenible de los recursos forestales. Sin un fortalecimiento de las políticas de control y de sanciones proporcionales a los impactos ambientales, la protección de los bosques bolivianos permanecerá como un desafío irresoluto.

## Referencias Bibliográficas

- Alvarado, T., & Benavides, S. (2021). *Política ambiental y deforestación en Bolivia: Impacto de las sanciones y la gobernanza territorial*. *Revista Latinoamericana de Política Ambiental*, 18(2), 90–106.
- Amelica. (2021). *Incendios forestales: Causas, efectos y medidas de prevención*. *Amelica Journal*. <https://portal.amelica.org/ameli/journal/112/1122521009/>
- Amigos de la Naturaleza. (2020). *Incendios forestales en Bolivia: Informe técnico 2001–2020*. Fundación Amigos de la Naturaleza.
- Argentina.gob.ar. (2007). *Ley N.º 26.331: Ley de Protección de los Bosques Nativos*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26331-136125>
- Argentina.gob.ar. (2014). *Ley N.º 26.815: Ley Nacional de Manejo del Fuego*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26815-207401/texto>
- Becerra, P., & Ponce, A. (2019). *Análisis crítico del marco normativo forestal en Bolivia: Desafíos y oportunidades para la conservación*. *Revista Forestal Boliviana*, 22(1), 45–64.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2008). *Ley N.º 20.283: Ley sobre Bosques Nativos*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=274894&idParte=8676491>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2008). *Ley N.º 20.283: Ley sobre Bosques Nativos - Modificación*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1048554>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2012). *Ley N.º 20.525: Ley que Regula el Uso del Fuego y su Control en el País*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2014). *Ley N.º 20.659:*

*Ley sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Forestales.*  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1213574>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2014). *Ley N.º 20.693: Ley que Establece el Régimen Jurídico de la Conservación de la Biodiversidad.* <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1163423>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2020). *Ley N.º 21.100: Ley que Regula el Uso de Fuego en Zonas Rurales y Áreas Protegidas.* <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=19422>

Bonfanti, F. A. (2021). *Incendios forestales en Argentina: Evolución y respuestas institucionales.* *Revista Ambiente & Sociedad*, 24(2), 45–68. <https://doi.org/10.15446/ras.v24n2.87888>

Centellas, M. (2021). *Gobernanza forestal en Bolivia: Entre la ley y la permisividad.* *Revista Latinoamericana de Política Ambiental*, 16(1), 89–112.

Corporación Nacional Forestal (CONAF). (2024). *Ocurrencia y daño histórico nacional 1964–2024.* <https://www.conaf.cl/centro-documental/ocurrencia-y-dano-historico-nacional-1985-2023/>

Corona, P. (2023). *The culture of the forest.* ResearchGate. [https://www.researchgate.net/profile/Piermaria-Corona/publication/378299026\\_The\\_culture\\_of\\_the\\_forest/links/65d233f4476dd15fb34428f1/The-culture-of-the-forest.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Piermaria-Corona/publication/378299026_The_culture_of_the_forest/links/65d233f4476dd15fb34428f1/The-culture-of-the-forest.pdf)

González, E. (2020). *Incendios forestales: Prevención, impacto y restauración.* Editorial U. [https://books.google.com.bo/books?hl=es&lr=&id=i1jZDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=incendios+forestales&ots=0LPAJVyQzB&sig=4FjKqVVErx-DcSE1NK9MVc9jdoYI&redir\\_esc=y#v=onepage&q=incendios%20forestales&f=false](https://books.google.com.bo/books?hl=es&lr=&id=i1jZDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=incendios+forestales&ots=0LPAJVyQzB&sig=4FjKqVVErx-DcSE1NK9MVc9jdoYI&redir_esc=y#v=onepage&q=incendios%20forestales&f=false)

González, R., & Silva, L. (2020). *Incendios y cambio climático en Bo-*

livia: *La necesidad de reformas normativas y políticas públicas integradas*. *Environmental Policy Review*, 28(3), 45–60.

Guzmán, A., & Pinto, M. (2019). *Estrategias para la fiscalización ambiental en Bolivia: Lecciones de la implementación de la Ley Forestal*. *Revista Forestal Andina*, 34(1), 70–85.

Infoleg. (2001). *Ley N.º 25.675: Ley General del Ambiente. Sistema de Información Legislativa y Jurídica*. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Jaramillo, D., & Sánchez, M. (2018). *La política forestal en Bolivia: Entre la legislación y la realidad ambiental*. *Revista de Derecho Ambiental*, 11(3), 102–121.

López, A., & Guzmán, F. (2018). *Los incendios forestales en Bolivia: Estudio de su evolución y efectos en los ecosistemas*. *Journal of Environmental Studies*, 12(4), 58–77.

Mendoza, D. (2020). *Gobernanza forestal y el uso del fuego: Un estudio comparado entre Bolivia y Argentina*. *Revista de Gobernanza Ambiental*, 24(2), 119–133.

National Center for Biotechnology Information (NCBI). (2020). *The impacts of forest fires on human health: A review*. PubMed Central. <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8363147/>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2018). *Convención sobre la Biodiversidad en Bolivia: Aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental*. [https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca\\_sp\\_docs\\_bol1.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf)

Ortega, J. (2021). *El marco normativo boliviano frente a los incendios forestales: Una revisión crítica*. *Ciencia y Derecho Ambiental*, 23(1), 200–218.

Paredes, F. (2020). *Desafíos de la gobernanza forestal en Bolivia: El im-*

*pacto de las políticas públicas en la conservación de los recursos naturales*. Journal of Environmental Governance, 19(2), 131–149.

Pérez, C., & Morales, A. (2021). *Riesgos del cambio climático y la deforestación en Bolivia: Análisis de políticas públicas y su aplicación práctica*. Journal of Climate Policy, 30(1), 65–78.

Ramos, H. (2020). *La fiscalización ambiental en Bolivia: Retos y oportunidades de mejora*. Revista Bolivia Ambiental, 15(4), 88–99.

Tribunal Agroambiental. (2021). *Ley 1700: Ley Forestal*. [https://www.tribunalagroambiental.bo/wp-content/uploads/2021/01/ley\\_1700gaceta.pdf](https://www.tribunalagroambiental.bo/wp-content/uploads/2021/01/ley_1700gaceta.pdf)

Villanueva, R., & Montoya, D. (2019). *El uso del fuego en Bolivia: Análisis de su regulación y efectos ecológicos*. Revista de Ecología y Desarrollo, 31(2), 112–127.

Wildlife Conservation Society (WCS). (2020). *Incendios forestales en Bolivia: Impactos y estrategias de mitigación*. Wildlife Conservation Society Bolivia. [https://bolivia.wcs.org/Portals/14/Comunicacion/INCENDIOS\\_FORESTALES\\_2020.pdf?ver=2021-06-25-144205-707](https://bolivia.wcs.org/Portals/14/Comunicacion/INCENDIOS_FORESTALES_2020.pdf?ver=2021-06-25-144205-707)

WWF Bolivia. (s.f.). *Programa de incendios forestales*. World Wide Fund for Nature Bolivia. [https://www.wwf.org.bo/quehacemos/programa\\_de\\_incendios\\_forestales/](https://www.wwf.org.bo/quehacemos/programa_de_incendios_forestales/)

A historical map of the Americas, showing the continent in a light beige color with a grid of latitude and longitude lines. A large, white, serif number '4' is overlaid on the northern part of the continent, specifically over the United States and southern Canada. The map is divided into four quadrants by a vertical and a horizontal line. The top-left and bottom-right quadrants are a light grey color, while the top-right and bottom-left quadrants are the same light beige as the map. Several thin, curved lines radiate from a point in the Iberian Peninsula (Spain) towards the Americas, suggesting lines of longitude or lines of sight from the Old World to the New World.

4

# Derecho de Iberia y América




## **Hacia una democracia intercultural: reflexiones sobre el caso Cherán y Bolaños, la libre determinación de los pueblos indígenas en México**


Towards an intercultural democracy: reflections on the Cherán and Bolaños case, the self-determination of indigenous peoples in Mexico

**Yolanda Franco Durán**

Doctora en Derecho Electoral

Instituto Electoral y de participación ciudadana de Jalisco  
Jalisco, México

 <https://orcid.org/0009-0006-7088-7446>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch10>

### **Resumen**

El artículo Hacia una democracia intercultural examina la necesidad de replantear los modelos democráticos tradicionales en América Latina para reconocer y garantizar efectivamente la pluralidad cultural de los pueblos indígenas. A partir del análisis de experiencias concretas de autogobierno, como el caso de Cherán en México, se evidencia que los sistemas de representación política heredados del constitucionalismo occidental resultan insuficientes para atender las formas propias de organización, participación y legitimidad política de las comunidades originarias.

El texto plantea que una democracia intercultural no solo implica el reconocimiento constitucional de derechos colectivos, sino la incorporación real y vinculante de mecanismos políticos indígenas dentro del Estado. Para ello, se propone avanzar hacia un modelo de interlegalidad, donde coexistan y dialoguen los sistemas normativos estatales y comunitarios, asegurando la autodeterminación, la participación efectiva y la igualdad en la diversidad.

En conclusión, la democracia intercultural se presenta como una alternativa necesaria y vigente para superar el monoculturalismo institucional, fortalecer la cohesión social y construir Estados más inclusivos, plurales y legítimos dentro del contexto iberoamericano.

## **Palabras clave**

Democracia intercultural , Derechos colectivos , Pueblos indígenas , Autodeterminación , Pluralismo jurídico , Participación política , Interlegalidad , América Latina

## **INTRODUCCIÓN**

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de México constituye uno de los mayores desafíos de la democracia a lo largo de la historia nacional. Si bien la Constitución de 1917 representó un avance notable en el reconocimiento de derechos sociales, los pueblos originarios permanecieron invisibilizados en el diseño institucional y en la estructura de participación política. Durante gran parte del siglo XX, el modelo de democracia mexicana giró en torno a los partidos políticos como únicos vehículos legítimos de acceso al poder, dejando fuera formas comunitarias y tradicionales de organización (Hernández, 2020).

En las últimas tres décadas, se ha producido un cambio significativo. A partir de la reforma de 1992 al artículo 4º constitucional, seguida por la reforma de 2001 en materia indígena y consolidada por la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, se ha abierto un camino jurídico que permite reconocer plenamente la diversidad cultural y la libre determinación de los pueblos originarios para gobernarse. Este proceso, además, se ha acompañado de un desarrollo jurisprudencial robusto tanto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), orientado a garantizar la igualdad sustantiva y el acceso efectivo a la representación política de este pueblo (Rodríguez Manzo, Arjona & Fajardo, 2013).

En cuanto al avance en la participación política de los pueblos indígenas, su reconocimiento normativo interno y a su libre determinación política, queremos exponer dos casos emblemáticos: Cherán en el Estado de Michoacán (2011) y recientemente, el proceso consultivo sobre el

cambio de régimen político de Bolaños, Jalisco (2025).

Para entender los alcances de ambas experiencias, es necesario un recorrido histórico por el reconocimiento de los derechos indígenas en México y su marco jurídico vigente. Para tal cometido la teoría de Ronald Dworkin sobre la noción de derecho como integridad, nos permitirá un análisis comparativo entre Cherán y Bolaños como experiencias de democracia intercultural pues ambos casos han demostrado no debilitar a la democracia mexicana, sino fortalecerla en tanto revelan que el Estado, puede articular modelos de gobernanza plurales, capaces de integrar la diversidad cultural y jurídica del país.

### **Antecedentes históricos: del derecho indiano al constitucionalismo contemporáneo**

La tradición escolástica y la defensa temprana de los pueblos originarios

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas tiene raíces en el pensamiento escolástico del siglo XVI. Francisco de Vitoria, fraile dominico, escribió la *Relectio de Indiis* (1539), donde llegó a afirmar que los pueblos indios eran titulares de derechos soberanos y tenían la facultad de gobernarse a sí mismos por lo que, la llegada de los españoles no anulaba esta condición. Según Vitoria, los pueblos indios poseían verdaderos señoríos públicos y privados antes de la conquista, lo que implicaba que los títulos de la Corona no podían anular sus formas propias de organización. “Ningún príncipe cristiano es señor de estos indios” (p. 88)

Estas ideas configuraron una base doctrinal temprana de lo que hoy llamamos libre determinación, aunque en la práctica la lógica colonial las relegó frente a intereses económicos y de dominación. El acoplamiento cultural y social de dos mundos totalmente diferentes entre sí, donde por un lado se hablaba del mundo civilizado y el no civilizado, permeó y dio paso al fenómeno que Sousa Santos (2014) denomina

como la “tensión entre lo universal y lo fundacional” refiriéndose, a que el reconocimiento discursivo de la dignidad indígena, coexistía con prácticas sistemáticas de opresión y despojo territorial (Sousa; 2014:37) justificados en la evangelización de los súbditos del nuevo mundo.

### **El constitucionalismo liberal del siglo XIX**

El siglo XIX mexicano estuvo marcado por un modelo de ciudadanía individual y universal, dejando de lado los derechos colectivos. La Constitución de 1824 ignoró a los pueblos originarios, integrándolos bajo una noción abstracta de “ciudadanos”. Posteriormente, la Constitución de 1857, inspirada en el liberalismo decimonónico, tampoco reconoció la diversidad cultural, apostando por la homogeneización y el ideal del ciudadano abstracto (Rodríguez Manzo et al., 2013). Es decir, la concepción de la mexicanidad y la identidad como mexicanos invisibilizaron la conformación e integración de los pueblos indígenas y afrodescendientes, negando esta composición pluricultural de México por siglos. Singer recuerda que la identidad nacional mexicana se configuró invisibilizando la diferencia: “el principio de igualdad formal sirvió como justificación para negar la diferencia y perpetuar relaciones asimétricas” (2021, p. 32)

Después de la guerra de independencia y en medio de la construcción de la identidad mexicana y la República, el pueblo indígena cayó en el abandono institucional. El presidente liberal Benito Juárez (1836-1855) de origen indígena, promulgó las leyes de reforma; el Presidente Lerdo de Tejada (también liberal), la Ley de desamortización de bienes de manos muertas (1856). En su conjunto, ambas leyes trajeron un despojo de tierras masivo a los pueblos indígenas que se vieron muy afectados por estas disposiciones legales. Sus tierras comunales fueron vendidas a particulares y a instituciones de gobierno.

## **El siglo XX**

Durante gran parte del siglo XX, la democracia mexicana se configuró alrededor de los partidos políticos como los únicos vehículos legítimos de acceso al poder, dejando de lado las formas comunitarias y tradicionales de organización de los pueblos indígenas.

La Constitución de 1917, aunque pionera en el reconocimiento de derechos sociales, no incorporó derechos colectivos indígenas. El artículo 27 reconoció la propiedad comunal y ejidal, pero no como un derecho cultural, sino como un instrumento de justicia agraria. Durante gran parte del siglo XX, el indigenismo oficial centro sus esfuerzos en políticas de integración y asimilación, sin avanzar hacia el reconocimiento de su autonomía (Hernández, 2020).

México y su pueblo indígena tuvo que esperar a la reforma de 1992 para leer en el artículo 4º constitucional sobre el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación. Este fue un logro significativo tomando en cuenta que, hasta entonces la identidad mexicana se entendía producto del mestizaje sin darle un reconocimiento como tal, a su raíz indígena y afrodescendiente. Esta reforma fue resultado sobre todo, del reclamo de los pueblos indígenas sin embargo, no fue suficiente para resarcir los siglos de exclusión y falta de reconocimiento público. Tan no fueron atendidas sus demandas históricas con esta reforma que, en 1994 los pueblos indígenas del sur de México, se levantaron en armas contra el gobierno federal para poner en la escena pública sus necesidades colectivas a través del líder del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el subcomandante Marcos, figura clave en el conflicto armado.

### **Reconocimiento de los sistemas normativos indígenas en México.**

La reforma constitucional de 2001 al artículo 2º, reconoció el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a decidir sus formas internas de convivencia y organización política. No obstante, esta reforma fue criticada por su

carácter limitado, ya que condicionó el ejercicio de la autonomía al marco legal vigente (De la Fuente, 2025) lo que significó de facto, en el no reconocimiento pleno de la libre determinación si esta no se ajustaba a la norma nacional.

La verdadera transformación y reconocimiento pleno a la libre determinación llegó en 2011, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que introdujo el principio pro persona, la obligación de todas las autoridades de garantizar los derechos reconocidos en tratados internacionales y la incorporación del bloque de constitucionalidad como parámetro de control (Rodríguez Manzo et al., 2013). Así, la garantía de un mínimo existencial adecuado a la dignidad de la persona, que se presenta como ineludible criterio de referencia y medida de la obligación social, cuyo cumplimiento debe asegurar el Estado quedaba como obligatoria y a salvaguarda de este haciéndola más cercana a la realidad del pueblo indígena (Rodota; 2014:43).

La reforma de 2011 reconoció los derechos indígenas dentro del bloque de derechos humanos lo que implicó replantear la relación entre el Estado y los pueblos originarios, superando la visión de homogeneidad que había predominado en la cultura política mexicana (Singer; 2021:18). Con esta visión, concebidos como principio y práctica contrahegemónicos, los derechos humanos contribuyeron a reforzar la autonomía y la autodeterminación de los pueblos (Santos; 2014:20). Finalmente, esta reforma abrió la puerta para que experiencias de autodeterminación política como el caso Cherán en Michoacán y Bolaños en Jalisco, encontraran legitimidad constitucional y convencional.

### **La autodeterminación indígena y el derecho como integridad**

El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas parte entonces, del reconocimiento a su libertad de autogobernarse bajo sus preceptos legales y políticos, lo que se interpreta como sostiene Dworkin (1984), no como concesiones del Estado ni derechos subordinados a la voluntad de la mayoría sino como límites morales al poder político.

Los años de lucha por el reconocimiento normativo de los derechos de los pueblos indígenas representan experiencias de indignación organizada que no deben desperdiciarse: “vivimos en un tiempo en que las más insólitas injusticias no generan ya indignación moral... no podemos desaprovechar ninguna experiencia genuina de indignación que fortalezca la lucha por una sociedad más justa” (Sousa Santos,2014:19). Siendo su forma de vida y su sistema de organización política, una de las contribuciones más importantes de los pueblos indígenas a la sociedad contemporánea.

Su estructura social se basa en el servicio comunitario y el ejercicio del autogobierno. Instituciones como el sistema de cargos, la asamblea comunitaria y el consejo de ancianos han favorecido la solución interna de conflictos políticos sociales y agrarios generando un modelo de democracia y gobernabilidad (Castro y Vásquez 2021:72)

En el marco de los sistemas normativos internos, los órganos de gobierno comunitarios se conforman a través de la elección de ciudadanas y ciudadanos en asambleas, lo que no solo les confiere legitimidad, sino que también les impone el deber y el derecho de supervisar y participar activamente en los asuntos públicos de carácter colectivo. En este sentido, la vida pública se vincula estrechamente con el servicio comunitario, entendido en la mayoría de los casos como una función no remunerada, cuyo ejercicio se ajusta a las necesidades de cada comunidad. Así, los cargos derivados de nuevas demandas de gobierno se incorporan y adaptan a las estructuras tradicionales existentes. Dentro de este marco, el cumplimiento de las responsabilidades comunitarias constituye una obligación compartida, respaldada por mecanismos de control y presión social que buscan garantizar la participación de todas y todos los miembros. Quienes incumplen con estos deberes no solo pueden ser objeto de sanciones, sino que, en casos extremos, pueden perder el derecho a gozar de los beneficios y servicios que la comunidad brinda (Íbdem, 86).

Reconocimiento del Sistema Normativo Interno del pueblo wixárika. El caso de Bolaños, Jalisco

El principio a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, en el ámbito nacional, se funda en los artículos 1 y 2 párrafo quinto, de la Constitución mexicana que tiene como base a los artículos 3, 4, 9 y 32, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En ejercicio de la libre determinación, tales sujetos tienen derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, incluso, el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales. En este sentido, podemos decir que este derecho se desprende del reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas (Hevia; 2019:163).

Como señalábamos, la reforma constitucional de 2001 al artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoció expresamente la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, lo que incluía su derecho a aplicar sus propias normas en la regulación de la vida comunitaria. Este marco abrió la puerta a que comunidades como la wixárika demandaran el reconocimiento formal de sus sistemas de justicia, en aras de garantizar que sus conflictos internos fueran resueltos conforme a sus propias instituciones, prácticas y cosmovisión.

En este contexto, la comunidad wixárika promovió el reconocimiento de su sistema normativo, acompañando su solicitud con un peritaje antropológico que documentó de manera detallada la existencia y vigencia de su orden jurídico interno. Dicho peritaje acreditó la presencia de autoridades tradicionales como los gobernadores, secretarios, topiles y jueces comunales, así como la centralidad de la asamblea general como máxima instancia de deliberación.

Uno de los elementos centrales en el peritaje fue mostrar que las normas wixaritari no se limitan a mecanismos de control social, sino que están profundamente entrelazadas con el sistema ritual y religioso de la

comunidad. En palabras de Bonfil Batalla (1990), los pueblos indígenas conciben la normatividad no como un conjunto de reglas externas, sino como parte integral de su cosmovisión, donde el equilibrio entre lo humano y lo sagrado es indispensable para la vida colectiva. Así, las sanciones aplicadas (trabajo comunitario, multas en especie, exclusión temporal o, en casos graves, expulsión), buscan restaurar la armonía espiritual y social, más que simplemente castigar.

Con el peritaje, se demostró que este sistema era vigente, legítimo y compatible con los derechos humanos. Como ha sostenido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la jurisprudencia 9/2011, “los sistemas normativos indígenas son formas válidas de autogobierno que deben ser respetadas por las autoridades del Estado mexicano, en tanto no vulneren derechos humanos”. Este criterio coincide con la doctrina del pluralismo jurídico, que entiende al derecho como un entramado de órdenes coexistentes (Sieder, 2017).

En suma, el reconocimiento del sistema normativo wixárika se logró gracias a la conjunción de un marco constitucional garantista, la defensa de la autonomía indígena por parte de la comunidad y la fuerza probatoria de un peritaje antropológico riguroso. Como advierte Dworkin (1984), el derecho debe ser entendido como integridad, lo que implica reconocer la diversidad de tradiciones normativas que conviven en un mismo orden constitucional.

### **La integridad y la coherencia comunitaria**

El concepto de derecho como integridad permite entender que la consulta en Bolaños responde a una lógica de coherencia interna: los valores, costumbres y principios de la comunidad configuran un sistema normativo legítimo. Negar esa forma de organización sería quebrantar su integridad cultural y moral (Dworkin, 1984).

Así, como lo señala Hernández (2020), la autonomía indígena no debe interpretarse como aislamiento, sino como una forma de articulación

legítima con el Estado desde la diferencia. Este enfoque supone reconocer que la democracia mexicana no se debilita con modelos alternativos de gobernanza, sino que se enriquece.

### **Cherán y Bolaños: estudios de caso en democracia intercultural**

#### **Cherán: capital social y democracia sin partidos**

La experiencia de Cherán, Michoacán, representa uno de los casos más emblemáticos en México respecto al ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus sistemas de gobierno propios. En 2011, la comunidad purépecha de Cherán se levantó contra la violencia del crimen organizado y la complicidad de las autoridades municipales y estatales, generando un proceso de profunda reorganización comunitaria que culminó con la instauración de un sistema de gobierno basado en sus usos y costumbres. Esta experiencia no solo transformó la vida política local, sino que se convirtió en un referente de la aplicación del pluralismo jurídico y del principio de progresividad en los derechos humanos.

Como señala Dworkin (1984), el derecho debe concebirse como un entramado de principios que otorgan coherencia al orden jurídico, y no como un mero conjunto de reglas. La lucha de Cherán mostró precisamente eso: que los principios de autonomía, justicia y dignidad podían prevalecer frente a un sistema estatal que había abandonado a la comunidad. A partir de su propia práctica de gobierno comunal, Cherán logró que el Estado mexicano reconociera formalmente su derecho a autogobernarse sin partidos políticos, constituyendo así un caso paradigmático de ejercicio del derecho a la libre determinación.

La historia reciente de Cherán está marcada por la crisis de seguridad que azotó a Michoacán durante la primera década del siglo XXI. Los grupos del crimen organizado no solo explotaban los recursos forestales de la región (arrasando con los bosques comunales), sino que también ejercían violencia sistemática sobre los habitantes. Frente

a la inacción de las autoridades, el 15 de abril de 2011 la comunidad inició un levantamiento armado, bloqueando accesos, expulsando a los grupos criminales y estableciendo fogatas como espacios de vigilancia y deliberación comunitaria (Sosa, 2012).

Las fogatas se convirtieron en el símbolo de la resistencia cheranense. En ellas, mujeres, jóvenes, ancianos y autoridades tradicionales articularon un nuevo pacto comunitario que recuperaba prácticas ancestrales de organización. Este proceso derivó en la conformación del Concejo Mayor de Gobierno Comunal, órgano colegiado integrado por representantes de los cuatro barrios del pueblo. Este modelo sustituyó al ayuntamiento tradicional, dando paso a un sistema de autogobierno sustentado en la asamblea general y en el principio de rotación de cargos.

La consolidación del sistema de gobierno comunal no fue sencilla. El Instituto Electoral de Michoacán y el Congreso local se negaban a reconocer la validez del nuevo modelo, insistiendo en que debía mantenerse la figura del ayuntamiento electo mediante partidos políticos. Fue entonces cuando Cherán interpuso una demanda ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

En una sentencia histórica (SUP-JDC-9167/2011), la Sala Superior reconoció que los pueblos indígenas tienen derecho a elegir a sus autoridades conforme a sus usos y costumbres, siempre que se respete la participación política de mujeres y la vigencia de los derechos humanos. Esta resolución se basó en el artículo 2º constitucional y en el Convenio 169 de la OIT, que obligan al Estado mexicano a garantizar la libre determinación y autonomía de los pueblos originarios.

El fallo representó un triunfo no solo para Cherán, sino para el constitucionalismo multicultural en México. En palabras de Dworkin (1984), las decisiones judiciales deben interpretarse a la luz de los principios de justicia e igualdad; en este caso, el principio de autonomía indígena guió la interpretación constitucional.

Desde 2012, Cherán se gobierna a través de su Concejo Mayor, cuyas decisiones emanan de la Asamblea General y de las fogatas barriales. Este modelo ha permitido recuperar los bosques, fortalecer la seguridad comunitaria y garantizar la participación activa de las mujeres en el gobierno local. La justicia comunal funciona mediante la conciliación y el consenso, priorizando la reparación del tejido social por encima de la sanción penal.

Sosa (2015) resalta que la experiencia de Cherán muestra cómo el pluralismo jurídico no es solo un concepto abstracto, sino una práctica viva que transforma la realidad política. El derecho estatal convive con el derecho comunal, y ambos se legitiman mutuamente en un marco de respeto intercultural. Este modelo ha inspirado a otros pueblos indígenas a demandar un trato similar.

### **Bolaños:** la consulta y la reafirmación cultural

En Bolaños, Jalisco, la comunidad wixárika Kuruxi Manuwe-Tuxpan impulsó entre 2020 y 2025 un proceso de consulta para decidir si continuar bajo el sistema de partidos o adoptar su propio sistema normativo interno. La decisión de optar por la segunda alternativa constituye una reafirmación cultural y política, y un acto de resistencia frente a la crisis de representación partidista.

El proceso se originó en 2020, cuando la comunidad Kuruxi Manuwe-Tuxpan expresó su voluntad de sustituir el sistema de partidos políticos por su propio régimen de usos y costumbres. Esta demanda derivó en un complejo litigio que culminó con la resolución del recurso de revisión REV-005/2020 que atendió el Consejo General del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco. El recurso reconoció la obligación institucional de atender la solicitud conforme a los lineamientos establecidos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (IEPC Jalisco, 2025, pp. 12-16).

Uno de los elementos clave del proceso fue la incorporación de un enfoque intercultural. El Instituto Electoral implementó metodologías que respetaran la cosmovisión wixárika, reconociendo la vigencia de sus estructuras normativas y de sus instituciones tradicionales. Este enfoque garantizó que la consulta se desarrollara bajo principios de inclusión, equidad y pertinencia cultural, en cumplimiento con los estándares internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (IEPC Jalisco, 2025, pp. 18-21).

Entre 2022 y 2025 el IEPC, junto con académicos y especialistas, diseñó un andamiaje metodológico y operativo que incluyó dictámenes periciales, investigaciones etnográficas y la validación comunitaria de cada etapa. Estos insumos confirmaron la vigencia del sistema normativo interno de la comunidad y establecieron las condiciones para llevar a cabo un procedimiento legítimo y culturalmente pertinente. El acuerdo IEPC-DCG-001/2024 reconoció formalmente la existencia de este sistema, sentando así la base legal para la consulta (IEPC Jalisco, 2025, pp. 22-28).

Con la finalidad de asegurar la certeza jurídica y la representatividad, el proceso incluyó jornadas de credencialización en distintas localidades del municipio. Este esfuerzo permitió actualizar la lista nominal y garantizar que solo las personas con credencial para votar vigente y domicilio en Bolaños pudieran participar. Así, la credencialización no solo cumplió una función técnica, sino que también representó un mecanismo de inclusión y de reconocimiento mutuo entre los sistemas normativos indígenas y el marco electoral estatal (IEPC Jalisco, 2025, pp. 34-36).

La etapa consultiva culminó el 18 de mayo de 2025 con una jornada histórica en la que participaron 3,597 personas, equivalente al 55.17 % del padrón. Se emplearon dos modalidades: votación a mano alzada en las comisarías y urnas electrónicas en la cabecera municipal.

El resultado fue unánime: la totalidad de las asambleas comunitarias votó a favor de transitar al sistema normativo interno para la elección de autoridades municipales. Este desenlace reflejó no solo la cohesión comunitaria, sino también la capacidad del proceso para generar confianza y legitimidad (IEPC Jalisco, 2025, pp. 10-11, 128-147).

La experiencia de Bolaños se erige como un modelo de democracia intercultural, en el que el diálogo entre el derecho estatal y los sistemas normativos indígenas abre nuevas posibilidades de reconocimiento de la pluralidad jurídica en México.

## **Conclusiones**

El proceso vivido en Bolaños, al igual que la experiencia de Cherán, evidencia que la democracia no se limita a un único modelo, sino que puede adoptar formas múltiples, adaptadas a contextos culturales específicos. En ambos casos, la participación comunitaria fue amplia y decisiva, la legitimidad política se construyó desde abajo, y la relación con el Estado se planteó bajo la lógica de la interculturalidad, es decir, en un diálogo entre sistemas normativos distintos que buscan complementarse en lugar de excluirse.

Singer (2021) sostiene que estas prácticas comunitarias, lejos de contraponerse a los modelos dominantes de la política liberal, los enriquecen al ampliar sus horizontes de legitimidad y participación (p. 12). En sintonía, Sousa Santos (2014) advierte que América Latina vive una tensión permanente entre el modelo de desarrollo neoliberal y la libre determinación de los pueblos indígenas; dicha tensión se convierte en una disyuntiva fundamental entre “vida y muerte” en términos de sustentabilidad democrática (p. 93). De este modo, los procesos de Bolaños y Cherán no deben entenderse como anomalías, sino como alternativas de ejercicio democrático frente a la crisis de representación de los sistemas partidistas.

Ambos casos comparten un elemento esencial: el rechazo al monopolio de los partidos políticos como mediadores exclusivos de la participación ciudadana y la apuesta por formas comunitarias de autogobierno. Sin embargo, presentan diferencias relevantes. Mientras Cherán emergió en un contexto de violencia extrema y ausencia de seguridad estatal, Bolaños respondió a un escenario de profunda crisis de representación y descontento con el sistema de partidos. No obstante, en ambos procesos se reconoce la búsqueda de legitimidad mediante la participación directa de la comunidad y el acceso a un reconocimiento jurídico de su derecho a la autodeterminación.

Estas experiencias demuestran que la democracia intercultural no constituye una amenaza al Estado, sino un modelo que puede fortalecer su legitimidad. Como señala Hernández (2020), la democracia liberal es capaz de convivir con formas comunitarias de gobierno sin que ello implique un debilitamiento institucional, sino, por el contrario, una ampliación de sus bases de legitimidad. Singer (2021) abona en este sentido al afirmar que “el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos abre la posibilidad de articular diferencia e igualdad, fortaleciendo el orden democrático” (p. 211).

Por su parte, Sousa Santos (2014) enfatiza que frente al “ecologismo de los ricos”, basado en lógicas de consumo y explotación, los pueblos indígenas proponen un “ecologismo de los pobres”, fundado en la reciprocidad y la solidaridad (p. 20). Esta visión no solo amplía el horizonte de la democracia hacia la inclusión, sino que también plantea un modelo más sostenible, capaz de responder a los retos globales de la crisis ambiental.

Los precedentes constitucionales de Bolivia (2009) y Ecuador (2008) refuerzan esta perspectiva al reconocer al Estado como plurinacional y consagrar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Estos modelos muestran que el pluralismo jurídico y la democracia intercultural no erosionan al Estado, sino que lo dotan de

mayor legitimidad democrática al reconocer la diversidad cultural y política en su interior.

En este marco, la incorporación de los sistemas normativos indígenas en el ordenamiento jurídico no constituye una excepción, sino una expresión del principio de progresividad de los derechos humanos y de la fuerza vinculante del bloque de constitucionalidad. Implica avanzar hacia un Estado multinacional capaz de reconocer, articular y garantizar la pluralidad jurídica y cultural del país, consolidando así un proyecto democrático más incluyente, legítimo y sostenible.

## Referencias bibliográficas

De la Fuente, A. G. (2025). *Acciones afirmativas: garantías para el acceso a la representación nacional de grupos en situación de discriminación. En Tribunal incómodo: Las reacciones (backlash) a las sentencias de un tribunal constitucional electoral.* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio.* Ariel.

Hernández García, M. A. (2020). *¿Se puede vivir sin partidos políticos? Multiculturalismo y capital social: Cherán.* Universidad de Guanajuato.

IEPC Jalisco. (2025). *Informe final de la Comisión de Asuntos de los Pueblos Originarios sobre la consulta de cambio de régimen de gobierno en el municipio de Bolaños, Jalisco.* Dirección de Igualdad de Género y No Discriminación.

Mancilla, R. (2020). *El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano.* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

Rodríguez Manzo, G., Arjona Estévez, J. C., & Fajardo Morales, Z. (2013). *Bloque de constitucionalidad en México.* Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF).

Singer, M. (2021). *Representación y participación política indígena en México.* Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)/ Instituto Nacional Electoral (INE).

Sousa Santos, B. de. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo.* Dejusticia.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Acción de*

*inconstitucionalidad 35/2014 y acumuladas.*

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). (2011).  
Jurisprudencia 9/2011, “*Sistemas normativos indígenas*”.

Vitoria, F. de. (1998). *Relectio de Indiis*. Tecnos. (Obra original publicada  
en 1539)

# 5



## Derecho Privado, nuevas tecnologías y tendencias





## **Consentimiento digital en espacios inmersivos: desafíos para la protección del consumidor**


Digital consent in immersive spaces: challenges for consumer protection


**María Angélica Ferrer-Herrera**

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Empresariales

Universidad del Atlántico

Barranquilla, Colombia

 <https://orcid.org/0000-0003-0394-603X>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch11>

### **Resumen**

Esta investigación analiza los retos jurídicos del consentimiento digital en la celebración de contratos dentro de plataformas inmersivas, centrando su atención en los entornos de realidad virtual como Decentraland, Roblox, Sandbox y VRChat. Estas plataformas facilitan la realización de actos jurídicamente relevantes mediante avatares, planteando preguntas sobre la validez del consentimiento otorgado. El estudio examina doctrinas contractuales como la teoría de los actos propios, la apariencia jurídica y la buena fe objetiva, evaluando su aplicabilidad en estos escenarios. Se emplea una metodología cualitativa con análisis documental de términos y condiciones, confrontados con estándares normativos en Colombia y la Unión Europea. Se concluye que el consentimiento en estos entornos presenta riesgos importantes de desinformación, sobrecarga cognitiva y falta de transparencia, especialmente para consumidores digitales vulnerables. El texto propone un modelo reforzado de contratación en espacios inmersivos que incorpore principios de equidad, legibilidad y responsabilidad.

### **Palabras clave**

Consentimiento digital, contratos electrónicos, metaverso, plataformas inmersivas, protección del consumidor, buena fe objetiva.

## **Abstract**

This research examines the legal challenges of digital consent in immersive platforms, focusing on virtual reality environments such as Decentraland, Roblox, Sandbox, and VRChat. These platforms enable legally significant acts via avatars, raising questions about the validity of the consent given. The study explores contractual doctrines such as estoppel, legal appearance, and objective good faith, applying a qualitative methodology through document analysis of terms and conditions contrasted with legal standards in Colombia and the European Union. It concludes that consent in these settings poses significant risks of misinformation, cognitive overload, and lack of transparency, particularly for vulnerable digital consumers. The paper proposes a strengthened contractual model in immersive spaces that incorporates fairness, clarity, and accountability principles.

## **Keywords**

Digital consent, electronic contracts, metaverse, immersive platforms, consumer protection, objective good faith.

## INTRODUCCIÓN

La era digital ha transformado las formas de interactuar, negociar y adquirir productos y servicios. En este contexto, los entornos inmersivos, caracterizados por el uso de realidad virtual (VR), aumentada (AR) o extendida (XR), han reconfigurado las prácticas contractuales y el ejercicio de la autonomía privada. En ellos, los usuarios no solo observan o leen, sino que “habitan” espacios digitales tridimensionales, mediante avatares que les permiten actuar, decidir y comprometerse en dinámicas que simulan —o sustituyen— interacciones físicas tradicionales. Estas prácticas emergentes desafían las categorías tradicionales del Derecho Privado, especialmente aquellas vinculadas a la teoría del consentimiento y a la protección del consumidor.

Frente a esta realidad, surgen varias preguntas, por ejemplo si el consentimiento otorgado en estos entornos puede considerarse libre, informado y válido. ¿Puede el simple gesto de un avatar, la navegación continuada en una sala virtual o la aceptación implícita de términos invisibles dar lugar a vínculos contractuales exigibles? ¿Hasta qué punto la apariencia gráfica, la gamificación o los algoritmos de personalización afectan la capacidad del usuario para comprender las consecuencias jurídicas de sus actos? ¿Qué mecanismos existen —o deben existir— para proteger al consumidor en estas nuevas arquitecturas digitales?

Y en particular, ¿hasta qué punto las condiciones impuestas en los términos de uso de plataformas inmersivas como Decentraland, Roblox, Sandbox y VRChat respetan el derecho de información, tal como lo exigen los ordenamientos jurídicos?

Estas preguntas exigen una revisión crítica de las teorías clásicas del consentimiento, del derecho de las obligaciones como la buena fe objetiva, la teoría de los actos propios y la apariencia jurídica, y se las confronta con teorías contemporáneas del Derecho de los Contratos como la teoría de la confianza legítima, la transparencia contractual y la teoría relacional. Adicionalmente, se revisa el tratamiento legal del con-

sentimiento en Colombia y en la Unión Europea, proponiendo un marco normativo comparado que permita identificar vacíos, contradicciones y buenas prácticas, así como en estándares internacionales como los Principios de UNIDROIT y la guía de la OCDE para la economía digital.

## METODOLOGÍA

La presente investigación adopta una metodología cualitativa de tipo jurídico-dogmática, con enfoque analítico y crítico. El estudio parte de una revisión exhaustiva de las condiciones de uso y términos contractuales de cuatro plataformas representativas de entornos inmersivos: Decentraland, Roblox, Sandbox y VRChat. La selección de estas plataformas responde a su relevancia en el mercado global de experiencias digitales, su impacto en la formación de interacciones socioeconómicas entre particulares, y su desarrollo jurídico incipiente pero normativamente vinculante.

Asimismo, se realiza un análisis normativo comparado de las disposiciones legales aplicables al consentimiento digital en Colombia y en la Unión Europea, particularmente aquellas que regulan la formación del consentimiento, la transparencia contractual y la protección de consumidores en entornos digitales. En este punto, se consideran las normas del Código Civil colombiano, la Ley 1581 de 2012 (protección de datos personales), la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), así como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) y la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

En el plano doctrinal, se integran estudios contemporáneos publicados en revistas científicas indexadas y artículos académicos disponibles en bases como Google Scholar, Dialnet y RedALyC. Se da especial énfasis a las doctrinas de la confianza legítima (*Vertrauenshaftung*), la apariencia jurídica, la teoría de los actos propios y la transparencia informativa en los contratos digitales.

Finalmente, el análisis se estructura en tres momentos: (1) revi-

sión conceptual del consentimiento digital y sus categorías asociadas; (2) estudio empírico-descriptivo de las condiciones contractuales en las plataformas seleccionadas; y (3) evaluación crítica de los riesgos jurídicos identificados y propuestas de criterios para una protección reforzada del consumidor digital en entornos inmersivos.

### **Consentimiento digital**

La irrupción de los entornos inmersivos como parte de la transformación digital ha desdibujado las fronteras tradicionales del derecho civil, en particular del derecho de contratos. Plataformas como Decentraland, Roblox, VRChat y Sandbox permiten a los usuarios interactuar mediante avatares en escenarios tridimensionales, desarrollando actos que poseen potencialidad jurídica: aceptar términos, adquirir bienes digitales, formar relaciones de consumo o incluso comparecer a escenarios que simulan procesos de resolución de conflictos. Esta nueva realidad plantea una pregunta fundamental: ¿puede considerarse válido el consentimiento otorgado en estos espacios?

La formación del consentimiento en el derecho privado tradicional se asienta en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, y la presunción de que los contratantes actúan con plena información y capacidad. No obstante, los entornos digitales inmersivos presentan condiciones materiales radicalmente distintas. La mediación tecnológica, la carga sensorial y emocional, el uso de inteligencia artificial, y la naturaleza lúdica o simulada de la interacción, erosionan estas presuposiciones. Como advierte Noain Sánchez (2016), los entornos tecnológicos complejos alteran la comprensión tradicional del consentimiento, pues pueden inducir al usuario a adherirse sin reflexión a condiciones unilaterales.

En particular, la figura del avatar adquiere centralidad. Este no solo actúa como extensión digital del usuario, sino que puede operar como canal de manifestación de voluntad. Ello implica interrogantes en torno a la validez del acto jurídico realizado: ¿puede una conducta realizada por

un avatar en un entorno inmersivo generar apariencias jurídicas que comprometan a su representado? Desde la doctrina alemana de la confianza legítima (*Vertrauenshaftung*), se podría afirmar que si la conducta genera una expectativa razonable en la contraparte, el consentimiento puede tener eficacia precontractual o incluso contractual (Bercovitz, 2003).

Esta aproximación se refuerza desde la teoría de los actos propios. Como señala Bernal (2017), quien genera una apariencia y permite que otro se vincule en virtud de ella, queda vinculado por sus propios actos, siempre que se satisfagan los presupuestos de identidad de sujeto, contradicción y confianza inducida. En los espacios inmersivos, aceptar condiciones con un gesto del avatar, o ingresar y permanecer en espacios donde se activan reglas contractuales, podría constituir una conducta relevante en este sentido.

La buena fe objetiva también cobra especial relevancia. En tanto principio general del derecho, implica actuar con lealtad, honestidad y respeto al otro contratante. En contextos de asimetría tecnológica, buena fe significa también proteger al contratante vulnerable. Esta idea se vincula con la teoría de la transparencia contractual, desarrollada por autores como Hans-W. Micklitz (2011), que advierten que la sobrecarga cognitiva, la opacidad algorítmica y el diseño persuasivo de las plataformas pueden neutralizar la comprensión real del usuario.

En ese marco, es necesario preguntarse si los términos y condiciones utilizados en plataformas inmersivas cumplen con los estándares del consentimiento informado. Tal como lo plantea la doctrina del consentimiento informado en el derecho del consumo (Mejía, 2022), debe garantizarse que el consumidor reciba información clara, suficiente, oportuna y comprensible. Sin embargo, un análisis de los términos de uso de Roblox, Decentraland o VRChat muestran cláusulas extensas, en inglés, cargadas de tecnicismos, que limitan responsabilidad, autorizan tratamiento de datos y remiten a jurisdicciones extranjeras, sin que el usuario promedio logre comprender sus efectos.

El análisis documental de las condiciones de uso de plataformas inmersivas como Decentraland, Roblox, VRChat y Sandbox permitió identificar patrones comunes en la configuración del consentimiento digital de los usuarios, así como en las limitaciones impuestas a sus derechos contractuales. A partir de la revisión sistemática y el estudio jurídico doctrinal, se encontraron los siguientes hallazgos principales:

- 1. Prevalencia del consentimiento presunto o tácito:** En las cuatro plataformas, el consentimiento del usuario se basa en su aceptación previa de los términos y condiciones generales mediante un clic o el acceso continuado a los servicios. Esta forma de consentimiento puede resultar problemática desde el punto de vista de la protección del consumidor, pues muchas veces se omite información clave o se presenta en lenguaje técnico que dificulta su comprensión. Se evidencia una escasa consideración al principio del consentimiento informado. En Roblox, por ejemplo, los términos de servicio establecen que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje vinculante en California, y que la plataforma se reserva el derecho de modificar las condiciones en cualquier momento, con efectos inmediatos. De igual manera, Decentraland establece un régimen jurídico descentralizado mediante una DAO (Organización Autónoma Descentralizada), donde las decisiones sobre normas se adoptan por votación entre los tenedores del token MANA, sin garantías claras para usuarios comunes que no participan del ecosistema económico interno.
- 2. Ausencia de mecanismos efectivos para revisar o rechazar condiciones particulares:** Las plataformas analizadas operan bajo cláusulas tipo “take it or leave it”, sin ofrecer al usuario posibilidades reales de negociación. En este contexto, la autonomía de la voluntad se ve debilitada y el consentimiento resulta más formal que sustancial. Esta situación choca con las exigencias de buena fe contractual y de equidad en las relaciones de consumo, especialmente en escenarios internacionales donde se aplican

principios del derecho europeo del consumidor.

3. **Insuficiencia de garantías para usuarios vulnerables:** Se observaron múltiples cláusulas que limitan la responsabilidad de las plataformas, incluso ante fallos técnicos, pérdida de activos digitales o problemas de seguridad en los entornos virtuales. Estas limitaciones, unidas a la escasa transparencia algorítmica y la sobrecarga cognitiva de los entornos tridimensionales, agravan la vulnerabilidad de los consumidores. Como advierte Noain Sánchez (2016), el consentimiento en ambientes digitales no puede presuponerse válido cuando el usuario no comprende el contenido contractual ni tiene posibilidad real de rechazar cláusulas abusivas. La adhesión formal —por medio de un clic o de la mera navegación— se convierte en una ficción jurídica que disfraza la falta de voluntad libre e informada.
4. **Escasa adaptación de las teorías contractuales al contexto inmersivo:** En la práctica jurídica y académica, todavía no se han desarrollado marcos normativos adecuados que reconozcan las particularidades del consentimiento en el metaverso. Sin embargo, teorías como la de la confianza legítima, la apariencia jurídica y la teoría relacional del contrato permiten interpretar de forma razonable los actos realizados por avatares como portadores de efectos jurídicos, siempre que se demuestre la generación de una expectativa razonable de compromiso.
5. **Relevancia del principio de buena fe objetiva en contextos de incertidumbre tecnológica:** El análisis doctrinal revela que la buena fe sigue siendo un criterio fundamental para resolver disputas contractuales en estos escenarios. La existencia de deberes de información, cooperación y lealtad adquiere mayor fuerza cuando los contratos se celebran en entornos mediados por tecnología inmersiva.

Uno de los aspectos centrales para la validez del consentimiento

en contextos inmersivos digitales es el principio de buena fe. Este principio, opera como pilar fundamental en la interpretación y ejecución de los contratos (Rodríguez, 2019). En entornos virtuales como Decentraland, Roblox o VRChat, la buena fe adquiere nuevas complejidades: la interacción mediada por avatares y algoritmos no elimina la exigencia de actuar conforme a criterios de honradez, lealtad y cooperación, sino que la refuerza ante los riesgos de desinformación y abuso de poder técnico.

La buena fe objetiva en espacios inmersivos exige transparencia, veracidad y protección del otro contratante, sobre todo cuando se trata de un consumidor. De acuerdo con Bernal Pulido (2015), el principio de buena fe funciona como criterio hermenéutico que permite superar rigideces normativas para asegurar equidad en el vínculo obligacional. Esta visión cobra especial relevancia cuando el consentimiento se manifiesta mediante gestos o acciones en entornos de realidad aumentada o metaversos, donde la forma y la apariencia adquieren peso significativo.

En conexión con este principio se encuentra la doctrina de la confianza legítima, desarrollada principalmente en la jurisprudencia alemana. Según esta teoría, quien genera en otro una expectativa razonable de confianza —por su comportamiento previo, su rol o sus declaraciones—, está obligado a no defraudarla. En el contexto digital, esta expectativa puede generarse mediante la programación de interfaces que simulan aceptación, la continuidad de navegación o la interacción persistente con un entorno que aparenta brindar consentimiento tácito. Esta doctrina ha sido útil para establecer responsabilidad precontractual y se presenta como una herramienta eficaz para proteger a usuarios no expertos en plataformas tecnológicas (Noain Sánchez, 2016).

El consentimiento informado, otro concepto clave, ha sido ampliamente tratado en los marcos del derecho médico, pero encuentra una proyección relevante en el derecho digital. Como señala Camacho y Soto (2022), el consentimiento informado implica no solo aceptar, sino comprender las consecuencias, limitaciones y riesgos del acto que se con-

siente. En plataformas como Roblox o Decentraland, donde los términos y condiciones son extensos, en inglés técnico y con referencias cruzadas a otras políticas, la comprensión real por parte del usuario es altamente improbable. Este escenario plantea un problema de validez y eficacia del consentimiento prestado, en particular cuando se trata de menores de edad o personas en condición de vulnerabilidad digital.

Los desafíos se amplifican cuando consideramos que la información se presenta en estructuras visuales atractivas, en contextos lúdicos y con mecanismos que priorizan la experiencia inmersiva por encima del entendimiento jurídico. Como lo ha advertido la OCDE (2021), la sobrecarga cognitiva digital se convierte en una barrera para la autodeterminación del usuario, erosionando el principio de transparencia que exige que toda cláusula contractual sea clara, accesible y comprensible.

El derecho comparado —especialmente en la Unión Europea— ha avanzado en esta dirección. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establece estándares de consentimiento que implican claridad, especificidad e información suficiente, lo cual entra en tensión con las prácticas actuales de las plataformas inmersivas (Reglamento UE 2016/679). El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial también contempla obligaciones específicas para el diseño de sistemas que interactúan con humanos, exigiendo información suficiente y evitando manipulaciones subliminales (Noain Sánchez, 2023).

Desde una perspectiva internacional, los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) refuerzan el principio de buena fe y la protección contra cláusulas abusivas, lo que puede extenderse, con debidas adaptaciones, al ámbito del comercio digital e inmersivo. La doctrina civilista moderna, como propone Rodríguez Ferrer (2021), debe abrirse al diálogo con estos principios supranacionales para abordar los nuevos escenarios de interacción jurídica.

En este contexto, los contratos en mundos inmersivos no pueden seguir regulándose como si fueran simples contratos clickwrap o brow-

sewrap. Se requiere una nueva teoría del consentimiento digital, capaz de integrar las dimensiones sensoriales, cognitivas, tecnológicas y jurídicas de estos entornos. Ello supone repensar la función informativa del consentimiento, rediseñar las interfaces desde la ética del diseño y reforzar los deberes precontractuales de información y advertencia.

La aplicación del principio de los actos propios también permite exigir coherencia a las plataformas: si éstas configuran sus mundos virtuales de forma tal que el usuario se ve inducido a actuar como si estuviera consintiendo, luego no pueden alegar que tal comportamiento carecía de valor jurídico. La coherencia comportamental esperada en el tráfico jurídico se extiende, así, a las plataformas tecnológicas (Bernal, 2015).

Esta necesidad de adecuación normativa no es solo nacional. El Conpes 4024 de 2021 en Colombia, sobre la transformación digital de la justicia, reconoce que los sistemas judiciales deben adaptarse a nuevas formas de interacción, incluyendo las plataformas digitales, el metaverso y los entornos inmersivos (DNP, 2021). Esta visión puede extenderse a la contratación privada en espacios digitales, promoviendo reformas que permitan adaptar el derecho de contratos al nuevo paradigma tecnológico.

La creciente expansión de los entornos inmersivos exige también una revisión ética y normativa de las condiciones generales de uso. La técnica no puede convertirse en instrumento de desinformación ni de evasión de responsabilidades. Debemos avanzar hacia un derecho que reconozca al avatar como una prolongación digital del sujeto jurídico, y al consentimiento digital como un acto complejo que exige garantías reforzadas, especialmente cuando está en juego la dignidad y la libertad contractual del consumidor.

### **Transparencia contractual, asimetría técnica y protección al consumidor digital**

En los entornos inmersivos, la presentación de los términos y

condiciones contractuales adquiere una relevancia especial, debido a que los usuarios interactúan a través de interfaces sensoriales y altamente visuales que pueden limitar su capacidad de comprensión, lo que afecta la validez del consentimiento otorgado. En estos espacios virtuales, los usuarios muchas veces no leen —ni comprenden— el contenido de las cláusulas contractuales que aceptan, dado que estas se presentan mediante enlaces externos, documentos extensos y lenguaje jurídico-técnico poco accesible. Como plantea Rodotà (2006), la autodeterminación informativa debe garantizarse también en los nuevos entornos digitales, lo que exige una reformulación de los parámetros de transparencia contractual y claridad informativa.

La transparencia contractual es uno de los pilares de la protección al consumidor y se encuentra ampliamente desarrollada en el derecho de la Unión Europea, en normas como la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores y en el Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 (GDPR). En este último, el consentimiento del titular de los datos debe ser libre, informado, específico e inequívoco, lo cual exige mecanismos claros y accesibles para su otorgamiento. Cuando se trasladan estos principios a los entornos inmersivos, surgen interrogantes sobre si es posible considerar válido un consentimiento otorgado mediante una simple interacción gráfica, como el asentimiento de un avatar o la navegación pasiva por una plataforma.

Autores como Micklitz (2020) han advertido sobre la existencia de una “vulnerabilidad digital estructural” en los consumidores, debido al desequilibrio informativo, la asimetría técnica y el diseño persuasivo de las plataformas. En el caso de VRChat, Decentraland o Roblox, los términos de uso establecen cláusulas que eximen a la plataforma de responsabilidad por fallos, errores o consecuencias derivadas del uso de sus espacios, sin garantizar mecanismos efectivos de reclamación o resolución de conflictos. Por ejemplo, en Roblox, las condiciones de servicio prevén que cualquier disputa deberá resolverse mediante arbitraje obligatorio en California, lo que representa una carga desproporcionada para

un consumidor colombiano o europeo.

En Colombia, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) establece que toda información debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna y verificable, especialmente en las relaciones de consumo electrónico. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), mediante guías sobre comercio electrónico, ha exigido que las plataformas digitales faciliten información clara sobre las condiciones del servicio, derechos de retracto, garantías y tratamiento de datos personales. En este sentido, el Decreto 1377 de 2013 también regula el consentimiento informado para el uso de datos personales.

Desde la teoría jurídica, se puede recurrir a los desarrollos sobre contratos de adhesión, cláusulas abusivas y control judicial de las condiciones generales. Como sugiere J. Ferrer (2022), en los contratos digitales celebrados en el metaverso se requiere una protección reforzada, no solo frente a la imposición unilateral de términos, sino también frente a las condiciones técnicas que impiden el acceso real a la información relevante. Esto incluye prácticas como el dark pattern design, la sobrerrepresentación gráfica o la saturación sensorial, que afectan la comprensión efectiva del usuario.

En síntesis, la protección al consumidor digital en entornos inmersivos exige un rediseño del marco normativo e interpretativo sobre el consentimiento contractual, incorporando criterios como la transparencia reforzada, la accesibilidad comunicativa, la responsabilidad por apariencia jurídica y la equidad técnica entre las partes. Como señala Bernal (2017), “no puede aceptarse un consentimiento jurídicamente válido cuando la voluntad ha sido cooptada, simulada o inducida mediante técnicas que distorsionan la capacidad de juicio del usuario” (p. 142).

A esto se suma la necesidad de controles preventivos y correctivos sobre los contratos digitales masivos en estos entornos, especialmente cuando los usuarios están en condiciones de vulnerabilidad técnica, económica o informativa. El rol de las agencias de protección al consu-

midor, de las autoridades de datos y del poder judicial será clave para garantizar un equilibrio justo en los nuevos escenarios de contratación digital inmersiva.

El avance de las tecnologías inmersivas y la creciente automatización de las interacciones en plataformas digitales demandan una relectura profunda del papel que juega la ética en la construcción de sistemas jurídicos adecuados al entorno digital. La **ética digital**, entendida como el conjunto de principios que orientan la conducta humana mediada por tecnologías, se posiciona como un elemento fundamental para garantizar la equidad, transparencia y dignidad humana en la arquitectura normativa del metaverso y otras realidades inmersivas (Gómez Gómez, 2023).

En este contexto, emerge con fuerza el concepto de **justicia algorítmica**, esto es, la necesidad de evaluar y controlar los impactos que tienen los algoritmos, sistemas de inteligencia artificial y mecanismos de decisión automatizada en los derechos fundamentales de los usuarios. La opacidad de estos sistemas, conocida como *black box effect*, y su potencial para reproducir sesgos discriminatorios, evidencian la urgencia de una gobernanza tecnológica que incorpore valores éticos en su diseño y despliegue (Naranjo, 2022).

Por ejemplo, en los contratos celebrados en plataformas como Decentraland, Roblox o VRChat, los algoritmos no solo median la experiencia del usuario, sino que también determinan, de forma tácita, condiciones de acceso, posibilidades de personalización y limitaciones a la autonomía contractual. Esta mediación algorítmica plantea una tensión con los principios del derecho privado clásico, especialmente con la buena fe y la transparencia, al reducir el margen de comprensión o intervención del usuario sobre los términos contractuales generados dinámicamente (Márquez, 2020).

El **CONPES 4024 de 2020** sobre transformación digital en Colombia reconoce explícitamente que los servicios públicos y privados digitales deben integrar estándares éticos, particularmente en materia de

transparencia algorítmica y responsabilidad en el uso de datos personales. Esta orientación también está en línea con los desarrollos de la **Unión Europea**, como el **Reglamento de Inteligencia Artificial** en discusión (Parlamento Europeo, 2023), que promueve un enfoque basado en el riesgo para evitar que los sistemas de IA afecten negativamente los derechos de las personas, incluidas aquellas que interactúan en plataformas virtuales como consumidores o ciudadanos digitales.

Así, el principio de justicia algorítmica no puede desvincularse del marco normativo de protección al consumidor. El **consentimiento informado**, como manifestación de voluntad libre, específica e informada, debe reforzarse en estos entornos, en los que el diseño gráfico, las animaciones, la arquitectura emocional y la gamificación pueden inducir a error o manipular cognitivamente al usuario. Como lo expresa González (2023), se requiere una “ética del diseño digital” que evite la configuración engañosa de decisiones contractuales y promueva la autodeterminación informativa.

En este sentido, la aplicación de la ética digital y la justicia algorítmica en la configuración de contratos en el metaverso debe incluir **estándares de explicabilidad, auditabilidad y participación humana**. No se trata solo de que el consumidor acepte unas condiciones, sino de que comprenda su alcance real, las implicaciones de su interacción con sistemas automatizados y la manera como se utilizan sus datos en tiempo real para perfilar comportamientos, limitar accesos o condicionar experiencias virtuales (OECD, 2021).

Por tanto, la consolidación de una ética digital robusta, alineada con la justicia algorítmica, no solo protege a los usuarios frente a abusos contractuales, sino que legitima el uso de estas plataformas como espacios jurídicos válidos. Esto implica reconocer nuevas formas de desigualdad digital, promover la inclusión, y asegurar que los avances tecnológicos estén siempre al servicio de los derechos humanos y no en su contra.

Uno de los aspectos más críticos en la validez del consentimiento

digital en plataformas inmersivas radica en la participación de menores de edad. Roblox, por ejemplo, es una plataforma ampliamente utilizada por niños y adolescentes, quienes están en una etapa de desarrollo cognitivo y emocional que limita su capacidad de comprender las implicaciones jurídicas de las cláusulas aceptadas. Desde el derecho civil, la capacidad para contratar implica un entendimiento suficiente de los efectos del acto jurídico, lo que resulta problemático cuando se trasladan estos requisitos al entorno digital.

El artículo 1504 del Código Civil colombiano establece que los menores no pueden celebrar válidamente contratos sin la autorización de sus representantes legales. Sin embargo, en entornos virtuales, esta autorización es muchas veces ficticia, ya que basta un clic o el ingreso a la plataforma para que se dé por aceptado el consentimiento, sin control alguno sobre la edad real del usuario o el involucramiento de sus padres. Esto contraviene los principios de protección reforzada de la niñez previstos en instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) y en legislaciones como la Ley 1098 de 2006 en Colombia.

La ausencia de filtros efectivos de edad, la opacidad de las condiciones contractuales y la naturaleza persuasiva de los entornos inmersivos expone a los menores a riesgos legales, económicos y emocionales. La doctrina ha comenzado a proponer mecanismos de consentimiento doble (menor + tutor) y rediseño de las interfaces adaptadas a infancias, pero su implementación aún es escasa (Camacho & Soto, 2022).

La estructura técnica de las plataformas inmersivas se basa en modelos algorítmicos que personalizan la experiencia de cada usuario. Esta personalización, si bien mejora la experiencia, también plantea desafíos éticos y jurídicos sobre la validez del consentimiento cuando la voluntad del usuario ha sido moldeada, inducida o manipulada por mecanismos invisibles.

El Reglamento de Inteligencia Artificial (AI Act) de la Unión Europea alerta sobre los “sistemas de IA de alto riesgo” que pueden in-

fluir indebidamente en la toma de decisiones. En los contratos digitales celebrados en el metaverso, estos riesgos se acentúan debido a la fusión de datos, emociones y elementos persuasivos en tiempo real. Como lo advierte Márquez (2020), existe una zona gris entre la influencia legítima del diseño y la manipulación ilegítima de la voluntad contractual. El consentimiento dado en un entorno con arquitectura emocional —que explota vulnerabilidades cognitivas mediante colores, sonidos, interacciones o recompensas— puede carecer de genuinidad. En este sentido, los principios de transparencia, trazabilidad y explicabilidad algorítmica deben formar parte del marco jurídico para reconocer la validez del consentimiento en estos escenarios.

Con base en los hallazgos de esta investigación y en la literatura revisada, es necesario avanzar hacia un modelo reforzado de consentimiento que reconozca las especificidades técnicas, cognitivas y jurídicas del metaverso y otras plataformas inmersivas. Este modelo debe descansar sobre cinco pilares:

1. **Accesibilidad comunicativa:** La información debe presentarse en formatos adaptables a distintos niveles de comprensión (visual, auditiva, simbólica) y en el idioma del usuario.
2. **Consentimiento fragmentado y gradual:** En lugar de aceptar todos los términos al inicio, el consentimiento puede ser solicitado en distintos momentos críticos (uso de datos, compras, interacción con IA), aumentando su especificidad.
3. **Verificación de comprensión:** Uso de tests breves, explicaciones animadas o ejemplos gráficos antes de aceptar cláusulas críticas.
4. **Control y retracto simplificados:** El usuario debe poder revocar su consentimiento fácilmente, incluso dentro del entorno inmersivo, mediante comandos sencillos.
5. **Diseño ético de interfaces (ethical by design):** Las decisiones

contractuales no deben estar escondidas entre estímulos lúdicos, sino presentadas de forma clara, visible y sin coerción visual o emocional.

Los desafíos planteados no pueden ser abordados únicamente desde el derecho nacional. Se requiere una articulación multinivel que involucre legislación interna, soft law internacional y estándares técnicos. Las directrices de la OCDE sobre protección del consumidor en la era digital (2021), los Principios UNIDROIT y el AI Act de la UE ofrecen bases sobre las que pueden construirse marcos armonizados para proteger a los consumidores digitales en espacios inmersivos. En América Latina, la Red Iberoamericana de Protección al Consumidor Digital y los mecanismos de cooperación jurídica internacional (como el Convenio de La Haya) podrían desempeñar un papel clave en el diseño de protocolos transnacionales de consentimiento digital. A su vez, el rol de los jueces como intérpretes de cláusulas abusivas y garantes del debido proceso se torna central.

La contratación en entornos inmersivos representa uno de los retos más complejos del derecho privado contemporáneo. Como se ha expuesto, el consentimiento digital no puede entenderse bajo las mismas categorías que rigen los contratos en el mundo físico o incluso en la web 2.0. El surgimiento de la web 3.0, los metaversos y la inteligencia artificial exigen una renovación teórica, doctrinal y normativa profunda. Este estudio ha evidenciado que los principios de buena fe, confianza legítima y transparencia contractual siguen siendo relevantes, pero deben reinterpretarse en clave tecnológica y algorítmica. Queda abierta la agenda para avanzar en propuestas legislativas, rediseño de políticas públicas de consumo digital, educación ciudadana en entornos virtuales y, sobre todo, en la consolidación de un derecho privado que, sin renunciar a sus bases, se proyecte hacia los desafíos de la próxima década.

## Referencias bibliográficas

- Bernal Pulido, C. (2015). *La buena fe en el derecho de los contratos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bercovitz, R. (2003). *Lecciones de derecho civil: Contratos*. Thomson-Civitas.
- Camacho, C., & Soto, M. (2022). *Consentimiento informado en entornos digitales: Desafíos desde el derecho privado*. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, 9(2), 85–112.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2021). *Documento CONPES 4024: Política de transformación digital e inteligente de la justicia en Colombia*.
- Gómez Gómez, M. (2023). *La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales*. Universidad Nacional de Colombia.
- González, D. (2023). *Ética del diseño digital y protección al consumidor*. *Derecho y Tecnología*, 15(1), 55–78.
- Noain Sánchez, A. (2016). *El consentimiento informado en la sociedad digital*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), 123–145.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2021). *Manual sobre política de competencia en la era digital*. OECD Publishing.
- Parlamento Europeo. (2023). *Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial (AI Act)*.
- Rodotà, S. (2006). *La vida y las reglas: Entre el derecho y lo no humano*. Trotta.



# **El Futuro del Trabajo es Inclusivo: Tecnología Adaptativa y Transformación Digital**


The Future of Work is Inclusive: Adaptive Technology and Digital Transformation


**Marcela Lissete Gómez Gómez**

Magíster en Derecho laboral y Seguridad social

Universidad del Atlántico

Barranquilla, Colombia

 <https://orcid.org/0009-0005-9451-9077>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch12>

## **Resumen**

En aras de responder a estas realidades por medio de la revisión documental se analizó, la inclusión laboral de personas en situación de discapacidad, el cual es un tema de actualidad y de especial interés para empresas de carácter público y privado debido a las políticas de articulación de la situación de discapacidad con el mundo. La cuarta revolución industrial ha traído consigo una serie de cambios sociales que han transformado la vida laboral de las personas, obligando a replantear las habilidades que serán necesarias en un futuro para desempeñar un puesto de trabajo y ejercerlos de forma activa y de manera eficaz. La transformación digital no se limita a la adopción de nuevas tecnologías, sino que implica un cambio profundo en las estructuras y culturas organizativas, que puede tener un impacto positivo o negativo en la inclusión laboral de grupos históricamente desfavorecidos, como personas con discapacidad, mujeres. En aras de responder a estas realidades, se requiere promover la justicia social en todos los entornos laborales, la cantidad de organizaciones que permiten la inclusión de ciertos niveles de discapacidad dentro de sus procesos personales, garantizando el acceso y adaptabilidad de los puestos de trabajo para un adecuado desarrollo de las actividades laborales en función de sus fortalezas, por medio de la tecnología adaptativa que permite reducir las brechas y abrir espacios.

## **Palabras claves**

Trabajo inclusivo, Tecnología Adaptativa, Transformación Digital.

## **Abstract**

In order to address these realities, a documentary review was conducted to analyze the labor inclusion of people with disabilities, a current topic of particular interest to both public and private companies due to policies that integrate disability into the global landscape. The Fourth Industrial Revolution has brought about a series of social changes that have transformed people's working lives, forcing a rethinking of the skills that will be necessary in the future to perform a job actively and effectively. Digital transformation is not limited to the adoption of new technologies; it implies a profound change in organizational structures and cultures, which can have a positive or negative impact on the labor inclusion of historically disadvantaged groups, such as people with disabilities and women. In order to respond to these realities, it is necessary to promote social justice in all work environments, increasing the number of organizations that allow the inclusion of certain levels of disability within their personal processes, guaranteeing access to and adaptability of jobs for the proper development of work activities based on their strengths, through adaptive technology that reduces gaps and opens up opportunities.

## **Keywords**

Inclusive Work, Adaptive Technology, Digital Transformation.

## INTRODUCCIÓN

La sostenibilidad del futuro laboral depende de su capacidad para ser inclusivo, y esto solo será posible si la tecnología adaptativa y la transformación digital se orientan hacia la igualdad de oportunidades. Vivimos una época marcada por la Cuarta Revolución Industrial, donde la inteligencia artificial, el big data, la automatización y la conectividad están redefiniendo las dinámicas laborales.

La Industria 4.0 ha traído consigo una serie de cambios sociales que han transformado la vida de las personas, obligando a replantear las habilidades que serán necesarias en un futuro para desempeñar un puesto de trabajo y ejercer la ciudadanía activa de manera eficaz. Existe un interés creciente por concretar estas habilidades, al tiempo que emerge una revolución de las competencias, en la que el trabajo en equipo se plantea como la competencia genérica más demandada y utilizada en cualquier sector. García-Garnica, M., Guardía, J., & Olmos-Gómez, M. (2023).

La transformación digital no es solo un cambio tecnológico, es un cambio cultural, organizacional y social. Está reconfigurando le están dando a los perfiles ocupacionales exigencias que requieran habilidades digitales, pensamiento crítico, adaptabilidad, y competencias socioemocionales. Está transformando la organización y los espacios laborales como: el trabajo remoto, el trabajo por medios de plataformas digitales, y por proyectos.

Con este contexto, las oportunidades son enormes, pero también se manifiestan, los riesgos de exclusión para poblaciones vulnerables. La transformación digital no es solo un cambio tecnológico, es un cambio que está alterando las bases del trabajo, las estructuras jerárquicas tradicionales, dando paso a modelos más flexibles y horizontales, facilitando nuevas y dinámicas modalidades, Estas nuevas formas de organización demandan cambios en la gestión del talento humano, en la cultura organizacional y en la protección de los derechos laborales.

Ahora, estas nuevas dinámicas laborales implican que se requieran competencias y perfiles determinados, por lo que las ocupaciones habituales se están reemplazando, por sistemas como la automatización, las inteligencias artificiales y la robótica, pero estas mismas, también están generando nuevas demandas en áreas como análisis de datos, ciberseguridad, gestión de comunidades digitales, desarrollo de software y servicios creativos.

Muchos empleos tradicionales desaparecerán, otros entrarán en funcionamiento, y la mayoría requerirán habilidades mixtas y una constante actualización. En este sentido, no se trata únicamente de introducir nuevas herramientas o automatizar proceso, implica una redefinición de los roles, de las competencias y las dinámicas de interacción en el mundo laboral, lo que se puede ver en contexto como nuevas oportunidades en la creación de nuevos empleos más flexibles y fructíferos, que propicia el aumento en riesgos de exclusión y desigualdad.

Las poblaciones vulnerables personas con discapacidad, mujeres, adultos mayores, comunidades rurales, minorías étnicas, enfrentan barreras adicionales para participar en el nuevo ecosistema laboral. La falta de acceso a tecnología, conectividad o formación adecuada puede profundizar las brechas existentes. Por ello, es fundamental que las políticas de transformación digital se diseñen con un enfoque inclusivo, asegurando que nadie quede atrás, en el futuro del trabajo. Ahora bien, se requiere que para esta transición laboral se diseñen herramientas que permitan la inclusión de la gran mayoría de las personas. “La inclusión laboral de personas en situación de discapacidad es un tema de actualidad de especial interés para empresas de carácter público y privado debido a las políticas de articulación de la situación de discapacidad con el mundo laboral” Alegre, C., Narbona, M., & Martínez, R. (2023).

Por consiguiente, se deben de crear puentes que permitan la adaptabilidad laboral, para ello, se puede recurrir a la tecnología adaptativa que incluye herramientas diseñadas para facilitar la participación

de personas con discapacidades o con barreras específicas en entornos laborales digitales. En el mundo del trabajo que depende crecientemente de plataformas digitales, software especializado y entornos virtuales, las tecnologías adaptativas no son un lujo, sino una necesidad para garantizar la igualdad de oportunidades, herramientas como: los lectores de pantalla y asistentes de voz: fundamentales para personas con discapacidad visual, permitiéndoles interactuar con documentos, correos electrónicos, plataformas de trabajo y sistemas de gestión empresarial. Los Software de reconocimiento de voz: útil para personas con movilidad reducida que no pueden utilizar un teclado o un ratón. Esta tecnología les permite redactar textos, navegar por la web y controlar sus dispositivos mediante comandos de voz. Las Aplicaciones con lenguaje claro y símbolos gráficos: pensadas para personas con dificultades cognitivas, facilitando la comprensión de instrucciones, la ejecución de tareas y la interacción en entornos laborales digitales. Por último, entornos de realidad virtual (VR): que permiten simular situaciones laborales y contextos de aprendizaje de manera segura y personalizada, ofreciendo formación inclusiva para personas con diversas discapacidades o necesidades específicas.

Estas tecnologías, cuando se combinan con un enfoque de diseño universal, es decir, aquel que considera desde el inicio la diversidad de capacidades humanas, tienen el potencial de romper barreras estructurales en el empleo. De esta forma, se promueve no solo el acceso, sino también la participación plena y efectiva en el mercado laboral. La tecnología adaptativa no sólo transforma la vida de quienes la utilizan, sino que también enriquece los entornos de trabajo, fomentando la diversidad, la innovación y la equidad.

## METODOLOGÍA

La presente investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, con carácter descriptivo y analítico, orientado a comprender los desafíos y oportunidades que la transformación digital y las tecnologías adaptativas se plantean desde el derecho laboral tomando el marco de la inclusión laboral. El método utilizado es de revisión documental y análisis jurídico-comparado, a partir, de las consultas de normas nacionales e internacionales relacionadas con el derecho al trabajo, la no discriminación y la accesibilidad laboral. la inclusión y nuevas tecnologías. La jurisprudencia relevante que aborda la protección de derechos laborales en escenarios digitales y de innovación tecnológica.

El análisis de informes de organismos internacionales como la OIT, ONU y CEPAL, que analizan el impacto de la digitalización y la inteligencia artificial en el empleo inclusivo. La metodología adoptada permite comprender cómo las Tecnología Adaptativas, pueden responder ante los cambios tecnológicos garantizando un futuro del trabajo que sea inclusivo, justo y respetuoso de la dignidad humana.

## RESULTADOS

A partir del análisis realizado se pudo evidenciar que la tecnología adaptativa es un puente de la inclusión laboral, pese a los avances y los desafíos importantes y los marcos normativos, esto por sí solos, no son suficientes. La inclusión requiere acción, en primer lugar, la implementación de ajustes razonables en los lugares de trabajo: adaptar los entornos físicos, los procesos y las herramientas para que todas las personas puedan desempeñar sus funciones de manera efectiva.

Los marcos jurídicos y éticos del mundo actual exigen otra mirada. Exigen garantizar, de manera efectiva, la igualdad de oportunidades en el acceso y en el ejercicio del trabajo. Diversos instrumentos internacionales y nacionales reafirman este compromiso, pero los marcos normativos, por sí solos, no son suficientes. La inclusión requiere acción.

En primer lugar, la implementación de ajustes razonables en los lugares de trabajo: adaptar los entornos físicos, los procesos y las herramientas para que todas las personas puedan desempeñar sus funciones de manera efectiva. Requiere también garantizar el acceso equitativo a la formación profesional, para que la inclusión no sea apenas un eslogan, sino una realidad que se construye desde la educación y la capacitación. Es indispensable, además, trabajar en la eliminación de estereotipos y prejuicios que todavía persisten en muchas culturas organizacionales. No basta con abrir la puerta: hay que asegurar que el clima laboral sea verdaderamente respetuoso, inclusivo y valorador de la diversidad. Por supuesto, es fundamental construir entornos laborales accesibles: accesibles desde lo físico, lo comunicativo, lo tecnológico, lo actitudinal.

Sin embargo, para que este potencial se materialice, es imprescindible que las organizaciones asuman un compromiso activo. No basta con disponer de la tecnología, es necesario integrarla en los procesos de trabajo, adaptar la cultura organizacional y capacitar tanto a las personas beneficiarias como a sus compañeros y líderes. Para que la inclusión no sea apenas un eslogan, sino una realidad que se construye desde la educación y la capacitación. Es preciso, además, trabajar en la eliminación de estereotipos y prejuicios que todavía persisten en muchas culturas organizacionales. No basta con abrir la puerta: hay que asegurar que el clima laboral sea verdaderamente respetuoso, inclusivo y valorador de la diversidad.

A pesar de los avances que hemos visto, los desafíos siguen siendo profundos. La inclusión digital y laboral no es aún una realidad para todos. Primero, enfrentamos una brecha digital persistente. En contextos sociales y educativos en Colombia y en muchos países carecen todavía de acceso adecuado a dispositivos tecnológicos y a una conectividad de calidad. Sin este acceso, la puerta a la inclusión digital permanece cerrada. Segundo, existe una falta de formación: existen personas especialmente en zonas rurales o en poblaciones vulnerables no han desarrollado aún las competencias digitales básicas necesarias para participar en el

entorno laboral actual. Tercero, subsisten prejuicios culturales. La edad, el género, la condición física, cognitiva o mental, siguen siendo factores que generan discriminación y exclusión en los procesos de selección, formación y promoción laboral. Superar estas barreras culturales es tan importante como resolver las brechas tecnológicas.

Por eso, nuestras líneas de acción deben ser claras:

- Ampliar el acceso a la conectividad y a los dispositivos.
- Invertir en programas de formación digital inclusiva.
- Transformar las culturas organizacionales, para que la diversidad sea reconocida como un valor y no como una carga.

La tecnología adaptativa (lectores de pantalla, software de reconocimiento de voz, teclados especiales, inteligencia artificial aplicada a la accesibilidad, entre otros) sí ha tenido efectos positivos en la inclusión laboral, pero los resultados todavía son desiguales y dependen mucho del contexto. Sin embargo, para que este potencial se materialice, es imprescindible que las organizaciones asuman un compromiso activo. No basta con disponer de la tecnología; es necesario integrarla en los procesos de trabajo, adaptar la cultura organizacional y capacitar tanto a las personas beneficiarias como a sus compañeros y líderes.

**Casos exitosos:** tecnología adaptativa e inclusión laboral Internacionales

- **Apple:** VoiceOver, Control por voz, compatibilidad con dispositivos auditivos.
- **Microsoft:** Xbox Adaptive Controller para accesibilidad en videojuegos.
- **SAP:** entornos digitales adaptados para personas con autismo.
- Colombia

- **Inclutec:** soluciones de tecnología asistiva para educación y empleo.
- **Fundación Corona + Asdown Colombia:** herramientas adaptativas para mejorar empleabilidad de personas con discapacidad intelectual.

**Casos exitosos:** cuando la tecnología adaptativa abre puertas, ejemplos que nos demuestran que la tecnología, cuando se orienta correctamente, puede ser un puente real hacia la inclusión. En el ámbito internacional, empresas como Apple han sido pioneras en la incorporación de tecnologías adaptativas en sus dispositivos. Los iPhone y iPad integran de serie herramientas como VoiceOver (lector de pantalla para personas con discapacidad visual), Control por voz para personas con movilidad reducida, y compatibilidad con dispositivos auditivos.

Microsoft, por su parte, ha desarrollado hardware como el Xbox Adaptive Controller, diseñado específicamente para que personas con diversas discapacidades motoras puedan disfrutar de los videojuegos, rompiendo una barrera cultural y de ocio que durante años estuvo cerrada.

En el mundo corporativo, SAP ha implementado programas de empleo para personas con autismo, acompañados de entornos digitales adaptados y plataformas que permiten la personalización sensorial y cognitiva de las tareas laborales.

En Colombia, también hay ejemplos inspiradores.

La empresa Inclutec, un startup de base tecnológica, ha desarrollado soluciones de tecnología asistida para entornos educativos y laborales, incluyendo software de comunicación aumentativa y alternativas de control de computadoras para personas con movilidad reducida. Asimismo, organizaciones como Fundación Corona y Asdown Colombia, en alianza con empresas del sector privado, han promovido el uso de herramientas de tecnología adaptativa para mejorar la empleabilidad de personas con discapacidad intelectual.

Finalmente, estos casos nos enseñan algo fundamental: la inclusión no es un límite, es una oportunidad. Cuando se invierte en tecnología adaptativa, se construyen entornos de trabajo más diversos, más humanos y más innovadores, generando al mismo tiempo, valor social, valor económico y valor reputacional.

## DISCUSIÓN

### **Tecnología adaptativa**

La tecnología adaptativa es fundamental para la inclusión digital, social y cultural. En el ámbito laboral, permite a los empleados con discapacidades realizar sus tareas de manera eficiente e independiente. Con el avance de la inteligencia artificial (IA) y el aprendizaje automático, se espera que estas tecnologías se vuelvan aún más personalizadas y predictivas, anticipando las necesidades del usuario y adaptándose en tiempo real. Esto podría incluir interfaces que cambien automáticamente su tamaño de fuente o contraste según el entorno de iluminación, o asistentes de IA que ofrezcan apoyo cognitivo a personas con dificultades de memoria o concentración.

La tecnología adaptativa incluye herramientas diseñadas para facilitar la participación de personas con discapacidades o con barreras específicas en entornos laborales digitales. Ejemplos:

- Lectores de pantalla y asistentes de voz para personas con discapacidad visual.
- Software de reconocimiento de voz para personas con movilidad reducida.
- Aplicaciones con lenguaje claro y símbolos gráficos para personas con dificultades cognitivas.
- Entornos de realidad virtual que simulan situaciones laborales para procesos de formación inclusivos.

Estas tecnologías, combinadas con un enfoque de diseño universal, permiten romper barreras estructurales y promover una verdadera participación laboral.

## Tecnología adaptativa: un puente hacia la inclusión

La tecnología adaptativa desempeña un papel crucial como puente hacia la inclusión laboral. Se trata de un conjunto de herramientas y soluciones tecnológicas diseñadas específicamente para facilitar la participación activa de personas con discapacidades o con barreras específicas en los entornos laborales cada vez más digitalizados.

En un mundo del trabajo que depende crecientemente de plataformas digitales, software especializado y entornos virtuales, las tecnologías adaptativas no son un lujo, sino una necesidad para garantizar la igualdad de oportunidades.

Algunos ejemplos representativos incluyen:

- **Lectores de pantalla y asistentes de voz:** fundamentales para personas con discapacidad visual, permitiéndoles interactuar con documentos, correos electrónicos, plataformas de trabajo y sistemas de gestión empresarial.
- **Software de reconocimiento de voz:** útil para personas con movilidad reducida que no pueden utilizar un teclado o un ratón. Esta tecnología les permite redactar textos, navegar por la web y controlar sus dispositivos mediante comandos de voz.
- **Aplicaciones con lenguaje claro y símbolos gráficos:** pensadas para personas con dificultades cognitivas, facilitando la comprensión de instrucciones, la ejecución de tareas y la interacción en entornos laborales digitales.
- **Entornos de realidad virtual (VR):** que permiten simular situaciones laborales y contextos de aprendizaje de manera segura y personalizada, ofreciendo formación inclusiva para personas con diversas discapacidades o necesidades específicas.

Estas tecnologías, cuando se combinan con un enfoque de diseño universal, es decir, aquel que considera desde el inicio la diversidad de capacidades humanas, tienen el potencial de romper barreras estructurales en el empleo. De esta forma, se promueve no solo el acceso, sino también la participación plena y efectiva en el mercado laboral.

En la era contemporánea, el avance tecnológico y científico ha transformado significativamente los ámbitos laborales y educativos, haciendo indispensables las habilidades del siglo XXI como el pensamiento crítico, la creatividad, la colaboración y la resolución de problemas. La educación STEM (Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas) emerge como una respuesta esencial para estos desafíos, enfocándose no solo en conocimientos técnicos, sino también en competencias transversales que preparan a los estudiantes para resolver problemas del mundo real con creatividad e innovación. Este enfoque promueve un aprendizaje activo y experiencial, integrando metodologías como el Aprendizaje Basado en Problemas y Proyectos Masaquiza, R., Arce, K., Pozo, D., & Gualoto, O. (2024).

Sin embargo, para que este potencial se materialice, es imprescindible que las organizaciones asuman un compromiso activo. No basta con disponer de la tecnología; es necesario integrarla en los procesos de trabajo, adaptar la cultura organizacional y capacitar tanto a las personas beneficiarias como a sus compañeros y líderes. La tecnología adaptativa no solo transforma la vida de quienes la utilizan, sino que también enriquece los entornos de trabajo, fomentando la diversidad, la innovación y la equidad.

### **La inclusión laboral como principio y derecho**

Incluir no es un acto de caridad, es una obligación jurídica y un imperativo ético. Diversos marcos normativos nacionales e internacionales reafirman este compromiso:

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Disca-

pacidad (ONU, 2006)

- Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030)
- Ley 1618 de 2013 (Colombia) sobre inclusión de personas con discapacidad.
- Políticas de empleabilidad para poblaciones vulnerables en los planes nacionales de desarrollo.

La inclusión requiere ajustes razonables, acceso equitativo a la formación, eliminación de estereotipos y creación de ambientes laborales accesibles. Incluir es un derecho, es una obligación jurídica, y es, sobre todo, un imperativo ético que interpela la esencia misma de nuestras sociedades democráticas. Durante mucho tiempo, a las personas con discapacidad, a las poblaciones tradicionalmente excluidas, se les ofrecieron “espacios especiales”, “rutas alternativas”, o simplemente la tolerancia de un sistema que no estaba hecho para ellas. Eso hoy ya no es aceptable. Los marcos jurídicos y éticos del mundo actual nos exigen otra mirada. Nos exigen garantizar, de manera efectiva, la igualdad de oportunidades en el acceso y en el ejercicio del trabajo.

Diversos instrumentos internacionales y nacionales reafirman este compromiso, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas aprobada en 2006 proclama que las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. A elegir libremente su empleo. A recibir un salario justo. A contar con condiciones laborales dignas.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular el ODS 8, nos llaman a promover un crecimiento económico sostenido e inclusivo, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos sin distinciones ni discriminaciones.

En el ámbito nacional, la Ley 1618 de 2013 de Colombia constituye un hito importante: garantiza el ejercicio efectivo de los derechos

de las personas con discapacidad en múltiples esferas de la vida social, incluyendo de manera explícita el derecho al trabajo. Además, los Planes Nacionales de Desarrollo han venido incorporando progresivamente políticas de empleabilidad para poblaciones vulnerables, como un eje transversal de los programas de desarrollo social y económico.

Pero los marcos normativos, por sí solos, no son suficientes. La inclusión requiere acción, se requieren en primer lugar, la implementación de ajustes razonables en los lugares de trabajo: adaptar los entornos físicos, los procesos y las herramientas para que todas las personas puedan desempeñar sus funciones de manera efectiva, también se garantiza el acceso equitativo a la formación profesional, para que la inclusión no sea apenas un eslogan, sino una realidad que se construye desde la educación y la capacitación.

Es indispensable, además, trabajar en la eliminación de estereotipos y prejuicios que todavía persisten en muchas culturas organizacionales. No basta con abrir la puerta: hay que asegurar que el clima laboral sea verdaderamente respetuoso, inclusivo y valorador de la diversidad. Y por supuesto, es fundamental construir entornos laborales accesibles: accesibles desde lo físico, lo comunicativo, lo tecnológico, lo actitudinal. En definitiva, señoras y señores: promover la inclusión laboral no solo es cumplir con la ley. Es afirmar con hechos concretos que creemos en una sociedad donde cada persona, con su talento y su dignidad, puede aportar y crecer.

### **La transformación digital del trabajo**

La transformación digital no es solo un cambio tecnológico: es un cambio cultural, organizacional y social. Está reconfigurando, los perfiles ocupacionales diversos empleos desaparecerán, otros se crearán, y la mayoría se transformarán, las competencias requeridas habilidades digitales, pensamiento crítico, adaptabilidad, y competencias socioemocionales. Las formas de organización laboral: trabajo remoto, plataformas digitales, y trabajo por proyectos.

Con este contexto, las oportunidades son enormes, pero también lo son los riesgos de exclusión para poblaciones vulnerables: personas con discapacidad, mujeres, adultos mayores, habitantes rurales, entre otros.

Las transformaciones digitales están implicando cambios culturales, organizacional y social, no solo la adopción de nuevas herramientas. Este proceso redefine roles, competencias y formas de interacción en el trabajo, exigiendo habilidades mixtas y una actualización constante. La automatización y la inteligencia artificial desplazan tareas rutinarias, pero generan nuevas demandas en áreas como análisis de datos, ciberseguridad y servicios creativos.

Esta transformación se manifiesta en diversos planos:

- **Los perfiles ocupacionales:** La automatización, la inteligencia artificial y la robótica están desplazando tareas rutinarias, pero también están generando nuevas demandas en áreas como análisis de datos, ciberseguridad, gestión de comunidades digitales, desarrollo de software y servicios creativos. Muchos empleos tradicionales desaparecerán, otros emergerán, y la mayoría requerirán habilidades mixtas y una constante actualización.
- **Las competencias requeridas:** No basta con conocimientos técnicos específicos hoy son fundamentales habilidades como el pensamiento crítico, la adaptabilidad, la resiliencia, la creatividad, y las competencias socioemocionales que permiten colaborar en entornos multiculturales y altamente cambiantes. Además, la alfabetización digital se convierte en una competencia transversal, esencial para todos los trabajadores, sin importar su sector o nivel jerárquico.
- **Las formas de organización laboral:** Las estructuras jerárquicas tradicionales están dando paso a modelos más flexi-

bles y horizontales. Se consolidan modalidades como el trabajo remoto, el trabajo híbrido, el trabajo por proyectos, y el trabajo en plataformas digitales (gig economy). Estas nuevas formas de organización demandan cambios en la gestión del talento, en la cultura organizacional y en la protección de los derechos laborales.

En este contexto, las oportunidades son enormes: podemos crear empleos más productivos, flexibles y satisfactorios. Sin embargo, también aumentan los riesgos de exclusión y desigualdad las poblaciones vulnerables personas con discapacidad, mujeres, adultos mayores, comunidades rurales, minorías étnicas enfrentan barreras adicionales para participar en el nuevo ecosistema laboral. La falta de acceso a tecnología, conectividad o formación adecuada puede profundizar las brechas existentes. Por ello, es fundamental que las políticas de transformación digital se diseñen con un enfoque inclusivo, asegurando que nadie quede atrás en el futuro del trabajo.

### **Oportunidades en la Diversidad: Un Futuro Colaborativo**

Los desafíos son significativos, las oportunidades son igualmente vastas. En un entorno laboral que prioriza la inclusión, las empresas pueden aprovechar la diversidad para fomentar la innovación y la creatividad. Al incorporar distintas perspectivas, las organizaciones se vuelven más resilientes y capaces de adaptarse a un mundo en constante cambio.

El futuro del trabajo en este contexto de transformación digital debe ser necesariamente inclusivo. Para lograrlo, necesitamos articular esfuerzos concertados que aborden las necesidades específicas de las poblaciones vulnerables y eliminen las barreras existentes. La tecnología adaptativa debe ser vista como una herramienta clave en este proceso, ayudando a crear un entorno laboral que celebre la diversidad y promueva la igualdad de oportunidades.

En este camino hacia un futuro del trabajo inclusivo, cada paso

cuenta. Apostar por la formación, la conectividad y el acceso equitativo a la tecnología es fundamental. Solo así podremos construir un modelo laboral que no solo sea sostenible, sino que también celebre las diferencias que nos hacen únicos. Reconocer y enfrentar estos retos es el primer paso para garantizar que nadie quede atrás en esta era digital.

Las plataformas digitales y el trabajo por proyectos también ofrecen un terreno fértil para la inclusión. Estas modalidades de trabajo permiten a personas de diversas circunstancias y habilidades participar en proyectos globales sin necesidad de mudarse a un centro urbano. Así, se promueve un ecosistema donde el talento se mide por la capacidad y no por el acceso físico a ciertos espacios laborales.

Por ello, resulta esencial que las políticas de transformación digital se formulen con un enfoque inclusivo. Esto implica diseñar programas que ofrezcan igualdad de oportunidades para todos y garantizar que la digitalización no profundice las desigualdades existentes. Una sociedad verdaderamente inclusiva no solo beneficia a los individuos, sino que también enriquece a la economía y promueve el bienestar común.

Los retos de la inclusión en los entornos laborales a medida que nos adentramos en esta nueva era laboral, surgen una preocupación inminente: ¿quién se queda atrás? Las poblaciones vulnerables, personas con discapacidad, mujeres, adultos mayores, y habitantes de zonas rurales, enfrentan barreras adicionales que pueden llevar a una mayor exclusión en el entorno laboral digitalizado. Sin acceso adecuado a tecnología y formación, es probable que estas brechas se amplíen en lugar de cerrarse.

A lo que nos permite formularnos unas propuestas sobre las realidades del mundo laboral digital y la poca accesibilidad de las personas con diversidad funcional. Estas formulaciones nos permitieron evidenciar que, si las entidades encargadas trabajaran en pro de estas realidades las brechas en el acceso al trabajo, en este caso en el trabajo digital, el panorama sería lo oportuno de lo que se evidencia.

## ¿Qué debemos hacer?

1. Políticas públicas proactivas que incentiven la empleabilidad inclusiva.
2. Educación digital inclusiva desde la primera infancia hasta la adultez mayor.
3. Alianzas entre Estado, empresa, academia y sociedad civil para crear entornos de trabajo accesibles.
4. Evaluar la tecnología con criterios de justicia social, no solo de eficiencia.

Entonces, ¿qué debemos hacer para que la inclusión laboral y digital no sea solo una aspiración, sino una realidad efectiva?

En primer lugar, necesitamos políticas públicas proactivas. Políticas que no se limiten a enunciar principios, sino que incentiven de manera concreta la empleabilidad inclusiva en todos los sectores productivos.

Segundo, debemos apostar por una educación digital inclusiva a lo largo de todo el ciclo de vida. Desde la primera infancia, para formar generaciones nativas digitales más conscientes, hasta la adultez mayor, para que nadie quede rezagado en esta transformación.

Tercero, es indispensable fortalecer las alianzas entre el Estado, las empresas, la academia y la sociedad civil. La inclusión no es tarea de un solo actor: requiere un trabajo conjunto para crear entornos de trabajo accesibles, flexibles y respetuosos de la diversidad.

Por último, es fundamental que evaluemos la tecnología no solo por su eficiencia económica, sino por su contribución a la justicia social. La tecnología que excluye no es progreso. Solo será verdadera innovación aquella que amplíe derechos y democratice oportunidades.

## Conclusiones

El futuro del trabajo está intrínsecamente vinculado con la inclusión y la equidad, especialmente en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial, donde la tecnología adaptativa y la transformación digital desempeñan un papel crucial. La transformación digital no se limita a la adopción de nuevas tecnologías, sino que implica un cambio profundo en las estructuras y culturas organizativas, que puede tener un impacto positivo o negativo en la inclusión laboral de grupos históricamente desfavorecidos, como personas con discapacidad, mujeres y poblaciones rurales (Arcos et al., 2018; Muñoz & Quintana, 2019).

El progreso hacia un modelo de trabajo que responda a los contextos de transformación digital debe ser necesariamente inclusivo. Para lograrlo, necesitamos articular esfuerzos concertados que aborden las necesidades específicas de las poblaciones vulnerables y eliminen las barreras existentes. La tecnología adaptativa debe ser vista como una herramienta clave en este proceso, ayudando a crear un entorno laboral que celebre la diversidad y promueva la igualdad de oportunidades.

En este camino hacia un futuro del trabajo inclusivo, cada paso cuenta. Apostar por la formación, a la conectividad y el acceso equitativo y a la tecnología es fundamental. Solo así podremos construir un modelo laboral que no solo sea sostenible, sino que también celebre las diferencias que nos hacen únicos, reconocer y enfrentar estos retos es el primer paso para garantizar que nadie quede atrás en esta era digital.

El futuro del trabajo no puede ser construido solo por y para quienes hoy lideran los avances tecnológicos. Debe construirse con y para todas las personas, en toda su diversidad. La tecnología adaptativa y la transformación digital deben ser herramientas de justicia, no de exclusión. La tecnología adaptativa y la transformación digital no deben convertirse en nuevas herramientas de exclusión, deben de ser, por el contrario, herramientas de justicia, de equidad, de ampliación de derechos.

El trabajo cuenta con garantías y deberes civiles, los estados deben de trabajar fuertemente en crear espacios de inclusión deben de ir acompañados con políticas publicas que reduzcan los las brechas existentes creando líneas de acción para reducir la falta de acceso a tecnologías digitales, por la carencia de acceso a dispositivos y conectividad. Prevenir y reducir los Prejuicios culturales que excluyen por edad, género, condición física o mental. A pesar de los avances que hemos visto, los desafíos siguen siendo profundos. La inclusión digital y laboral no es aún una realidad para todos.

### **Referencias bibliográficas**

Alegre, C., Narbona, M., & Martínez, R. (2023). *Inclusión laboral para personas en situación de discapacidad en hoteles*. Brazilian Journal of Business, 5(2), 1402–1411. <https://doi.org/10.34140/bjbv5n2-043>

Naciones Unidas. (2017, noviembre 13). *La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adop-ta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Función Pública. (s.f.). *Políticas de inclusión y diversidad en el empleo público*. <https://www.funcionpublica.gov.co/-/entidades-publicas-del-pais-deben-cumplir-con-politicas-de-inclusion-y-diversidad-en-el-empleo-publico>

Función Pública. (s.f.). *Ley 1618 de 2013*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52081>

Masaquiza, R., Arce, K., Pozo, D., & Gualoto, O. (2024). *Desarrollo de habilidades del siglo XXI a través de la educación STEM*. Revista Imaginario Social, 7(2). <https://doi.org/10.59155/is.v7i2.191>


Naciones Unidas. (2024, enero 26). *Crecimiento económico*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>

## **Herencia digital: perfiles monetizados y el reto sucesorio en Derecho de Familia**

Digital inheritance: monetized profiles and the succession challenge in Family Law


### **Felipe Formagio Ribeiro de Souza**

Estudiante Investigador  
Universidad Presbiteriana Mackenzie Campinas  
São Paulo, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-6032-7916>


### **Gabrielli de Moura Ruiz**

Estudiante Investigador  
Universidad Presbiteriana Mackenzie Campinas  
São Paulo, Brasil

 <https://orcid.org/0009-0000-4233-1826>


### **Isabelle de Quintal**

Estudiante Investigador  
Universidad Presbiteriana Mackenzie Campinas  
São Paulo, Brasil

 <https://orcid.org/0009-0008-3503-9649>


### **Isadora Comuni Salzani**


Estudiante Investigador  
Universidad Presbiteriana Mackenzie  
Campinas  
São Paulo, Brasil

 <https://orcid.org/0009-0001-7163-1390>

### **Mayara Ferraz Fonseca**

Estudiante Investigador  
Universidad Presbiteriana Mackenzie Campinas  
São Paulo, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-6739-664X>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch13>

## **Resumen**

Las redes sociales y su constante desarrollo han alterado significativamente la estructura del patrimonio contemporáneo. La permanencia digital es tal que los datos y el contenido en ella mantienen relevan-

cia incluso después de la muerte, dando origen al concepto de herencia digital, cuyo tratamiento jurídico aún es incierto, especialmente ante la naturaleza híbrida de estos bienes, los cuales presentan, simultáneamente, naturaleza existencial y patrimonial. En este contexto, la presente investigación analiza críticamente el encuadre jurídico de los perfiles digitales monetizados en el ámbito del Derecho Sucesorio, con enfoque en su naturaleza híbrida y en los desafíos derivados de su transmisión post mortem. Para ello, se adoptó una metodología cualitativa, de carácter exploratorio y abordaje jurídico-comparativo, con enfoque interdisciplinario, a partir de una revisión bibliográfica y análisis documental y normativo. Así, se examinaron producciones académicas y legislaciones nacionales relacionadas con el tema, además del estudio del modelo jurídico portugués. De esta manera, se concluye que la corriente intermedia desarrollada por la doctrina, que reconoce la naturaleza híbrida de los perfiles digitales monetizados, es la que mejor se adecúa a los principios constitucionales, pues permite la sucesión de los aspectos económicos y la preservación de la esfera existencial. Se destaca, además, la importancia de la fijación de criterios técnicos y jurídicos para la partición económica de los perfiles monetizados, posibilitando la distinción de los contenidos de naturaleza existencial y patrimonial. Por último, a pesar de la posibilidad de disponer, en vida, sobre el destino de los bienes digitales, se constata la urgencia de una legislación específica capaz de brindar la debida seguridad jurídica al tema, razón por la cual se presenta el modelo jurídico portugués como una relevante referencia.

### **Palabras clave**

Derecho de Familia; Patrimonio digital; Herencia digital; Perfiles monetizados; Lacuna legislativa.

### **Abstract**

Social networks and their constant development have significantly altered the structure of contemporary patrimony. Digital permanence is such that the data and content contained therein maintain relevance

even after death, giving rise to the concept of digital inheritance, whose legal treatment is still uncertain, especially given the hybrid nature of these assets, which simultaneously present an existential and patrimonial nature. In this context, the present research critically analyzes the legal classification of monetized digital profiles within the scope of Succession Law, focusing on their hybrid nature and the challenges arising from their post mortem transmission. To this end, a qualitative methodology was adopted, of an exploratory nature and a comparative legal approach, with an interdisciplinary focus, based on bibliographic research and documentary and normative analysis. Thus, academic productions and national legislations related to the theme were examined, in addition to the study of the Portuguese legal model. In this way, it is concluded that the intermediate current developed by doctrine, which recognizes the hybrid nature of monetized digital profiles, is the one that best adapts to constitutional principles, as it allows for the succession of economic aspects and the preservation of the existential sphere. Furthermore, the importance of establishing technical and legal criteria for the economic distribution of monetized profiles is highlighted, enabling the distinction between existential and patrimonial content. Finally, despite the possibility of disposing of digital assets during one's lifetime, the urgency of specific legislation capable of bringing due legal certainty to the topic is noted, which is why the Portuguese legal model is presented as a relevant reference.

### **Keywords**

Family Law; Digital patrimony; Digital Inheritance; Monetized Profiles; Legislative Gap.

## INTRODUCCIÓN

**Contexto:** economía digital, creator economy y emergencia de activos digitales

La creciente digitalización de las interacciones sociales y económicas ha remodelado la estructura del patrimonio contemporáneo. Las plataformas de redes sociales, que originalmente servían sobre todo a la expresión personal, se han convertido en entornos de trabajo, consumo y creación de riqueza. Como resultado, se ha formado un conjunto de activos inmateriales cuyo valor depende del compromiso de las audiencias conectadas. En 2023, aproximadamente 5.4 mil millones de personas (alrededor del 67% de la población mundial), estaban conectadas a internet (International Telecommunication Union, 2023).

Ante este escenario, el crecimiento exponencial de la economía digital puede atribuirse a diversos factores que se han consolidado a lo largo de los últimos años. La popularización del acceso a internet, la presencia casi ubicua de los smartphones y el fortalecimiento de las redes sociales como espacios de convivencia, expresión e intercambio han hecho que el entorno digital se convierta en una parte esencial de la vida cotidiana. En Brasil, la conectividad doméstica se acerca a la universalización: fue registrado acceso a internet en 72.5 millones de hogares en 2023 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2024). Con esto, emergen nuevas formas de generación de ingresos y circulación de valor.

En este contexto, se observa también que las inversiones en publicidad digital en Brasil alcanzaron R\$ 16.4 mil millones solo en el primer semestre de 2023 (IAB Brasil/Kantar, 2023). Este monto revela la centralidad de las plataformas online en la asignación de fondos de marketing y, en consecuencia, en la remuneración de creadores e influencers. Además, la investigación de Nielsen de 2023 revela que el 71% de los brasileños confían más en las recomendaciones hechas por influencers digitales que en la publicidad tradicional. Consecuentemente, los perfiles monetizados han dejado de ser meros espacios personales para

convertirse en verdaderas unidades productivas digitales, exigiendo una reflexión jurídica sobre su naturaleza y tratamiento en el contexto de herencia, partición y sucesión patrimonial.

Además, el fenómeno no se restringe a las grandes celebridades. La denominada creator economy ya moviliza a millones de personas en todo el mundo que, a través de la producción de contenido digital, desarrollan verdaderas marcas personales y transforman sus perfiles en fuentes de ingresos. Cabe destacar que, en muchos casos, la muerte no finaliza la actividad de estos; al contrario, la presencia digital continúa siendo explotada, e incluso intensificada, después del fallecimiento.

Así, el avance de la economía digital y la monetización de perfiles online proyectan nuevos desafíos jurídicos, especialmente en cuanto a la sucesión de estos activos. Por lo tanto, es en este escenario actual donde reside la denominada herencia digital, entendida como el conjunto de datos, activos y cuentas digitales que permanecen después de la muerte de su titular y será abordada de ahora en adelante. Se destaca que la peculiaridad del término reside en el hecho de que muchos de estos bienes poseen un carácter híbrido, es decir, son, al mismo tiempo, existenciales, por estar relacionados a la personalidad del de cujus, y patrimoniales, por generar ingresos. Este entrelazamiento demanda del derecho un enfoque innovador, que supere la lógica dicotómica tradicional de la sucesión patrimonial, basada en la distinción entre bienes de naturaleza patrimonial, transmisibles, y bienes personalísimos, intransmisibles.

**Problema de investigación:** perfiles monetizados como bienes híbridos en la sucesión

A partir de la monetización de perfiles digitales surge un nuevo desafío en el campo del Derecho de Familia y de Sucesiones: cómo tratar, jurídicamente, los activos digitales híbridos después del fallecimiento del titular. La sucesión tradicional presupone la transmisión de bienes patrimoniales a los herederos, según los moldes del art. 1.784 del Código Civil (Ley nº 10.406/2002). Sin embargo, los perfiles monetizados desafían

este modelo al presentar, simultáneamente, aspectos patrimoniales, como contratos de publicidad con marcas, ingresos recurrentes vía monetización y seguidores comprometidos, y aspectos existenciales, relacionados con la imagen en sí, la intimidad, el honor y la percepción social del ser.

La doctrina, conforme se abordará en el presente artículo, ha venido clasificando el acervo digital en bienes patrimoniales, bienes existenciales y bienes híbridos; los perfiles monetizados se sitúan en esta última categoría porque conjugan ingresos económicos continuos y contenido personalísimo. La ausencia de criterios uniformes de encuadramiento dificulta la partición, la evaluación de valor y la definición de poderes de gestión por parte del caudal hereditario, problemas objeto de esta investigación.

La ausencia de un marco regulatorio en Brasil sobre la sucesión digital impone obstáculos prácticos y teóricos a los herederos. La legislación vigente, como el Marco Civil de Internet (Ley n° 12.965/2014 - MCI) y la Ley General de Protección de Datos (Ley n° 13.709/2018 - LGPD), no dispone de forma expresa sobre la transmisibilidad post mortem de datos digitales y perfiles. La LGPD, incluso, al tratar a la persona natural como sujeto de derechos, margina a los fallecidos, conforme a la interpretación sistemática del art. 1° de la LGPD y del art. 6° del CC (Ley n° 10.406/2002). Debido a esto, se crea una laguna normativa que somete a los herederos a los términos de uso impuestos unilateralmente por las plataformas digitales, en razón de los contratos de adhesión, que, por regla general, prohíben la cesión o continuidad del perfil digital.

Esta brecha normativa coloca a los sucesores en una posición de vulnerabilidad, especialmente en lo que respecta a los perfiles monetizados, que pueden ser, incluso, la principal fuente de ingresos de la familia. Con esto, la ausencia de previsibilidad jurídica no solo dificulta la partición de los bienes, sino que también afecta directamente el ejercicio del derecho a la herencia, constitucionalmente asegurado por el art. 5°, inciso XXX, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

## Objetivos

Ante este nuevo escenario, el presente trabajo tiene como objetivo analizar de forma crítica el encuadramiento jurídico de los perfiles digitales monetizados en el ámbito del Derecho Sucesorio, con especial atención a su naturaleza híbrida y a los desafíos prácticos y teóricos que surgen al tratarse de la transmisión post mortem. Para ello, se adopta un enfoque comparado entre los sistemas jurídicos de Brasil y de Portugal, buscando comprender cómo cada ordenamiento trata la herencia digital, qué soluciones normativas se utilizan actualmente y de qué forma los herederos pueden ejercer sus derechos sobre estos activos.

Se pretende, además, resaltar la necesidad de normas claras y eficaces para lidiar con la sucesión de perfiles digitales, equilibrando, de este modo, los derechos de la personalidad del fallecido con los intereses económicos legítimos de los herederos del de cujus. Además, la elección del ordenamiento jurídico portugués como parámetro comparativo se debe al hecho de que este ya dispone de instrumentos normativos específicos sobre la temática, como el artículo 17º de la Ley nº 58/2019 y el artículo 18º de la Carta Portuguesa de Derechos Humanos (Ley nº 27/2021) en la Era Digital.

De esta forma, el artículo busca contribuir al debate sobre la herencia digital, proponiendo una reflexión sobre la necesaria actualización del ordenamiento jurídico brasileño frente a los desafíos impuestos por la economía digital. Al traer a colación la problemática de los perfiles monetizados como bienes de naturaleza híbrida, se espera colaborar en la construcción de un marco normativo que garantice seguridad jurídica, efectividad sucesoria y respeto a la dignidad post mortem.

## METODOLOGÍA

### Tipo de investigación

La presente investigación, de índole exploratoria, busca la consecución de los objetivos indicados en el apartado anterior, y se basa en la metodología cualitativa, de carácter jurídico-comparativo, con enfoque interdisciplinario y fundamentado en fuentes secundarias de investigación.

### Procedimientos

Ante lo expuesto, los procedimientos de investigación adoptados consisten en dos tópicos metodológicos: a) la revisión bibliográfica y b) el análisis documental y normativo.

Así, en lo que concierne al primer tópico, se consultaron producciones académicas especialmente enfocadas al tema en estudio, las cuales contemplan temas como la sucesión hereditaria, los derechos de la personalidad, la protección de datos personales post mortem, los bienes digitales, la (in)transmisibilidad de los activos online y análisis jurídico-comparativos del derecho luso-brasileño.

Asimismo, en lo que respecta al segundo tópico, se realizó el examen sistemático de diplomas legislativos pertinentes al tema, tales como el Código Civil brasileño (Ley n° 10.406/2002), el Marco Civil de Internet (Ley n° 12.965/2014), la Ley General de Protección de Datos (Ley n° 13.709/2018) y la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

Además, se prestó especial atención al enunciado 687 del Consejo de la Justicia Federal (CJF), el cual representa un relevante intento de sistematización de las diversas teorías desarrolladas por la doctrina civil patria y reconoce la transmisibilidad de bienes digitales en la sucesión hereditaria.

Finalmente, en vista del carácter jurídico-comparativo propuesto

y adoptado, se estudió el ordenamiento jurídico portugués, en especial la Ley nº 58/2019, que ejecuta el Reglamento General sobre la Protección de Datos (RGPD) y la Carta Portuguesa de Derechos Humanos en la Era Digital (Ley nº 27/2021).

### **Justificación Metodológica**

En vista de los procedimientos de investigación adoptados, la revisión bibliográfica y el análisis documental y normativo se justifican por la existencia de legislaciones específicas, producciones académicas y obras doctrinarias que versan sobre el tema propuesto en sí, y/o aspectos a él relacionados.

Además, la elección de Portugal como ordenamiento jurídico de comparación no se dio de manera aleatoria, sino ordenada. Esto se debe a que el dicho país cuenta con un ordenamiento avanzado en relación con la herencia digital y la continuidad de la protección de datos del fallecido, previendo incluso la posibilidad de elección en vida de una persona para representar al de cujus en el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y eliminación de sus datos personales, pero que, al igual que la situación enfrentada por Brasil, se encuentra en constante desarrollo frente a los avances e innovaciones derivados de la era digital.

## **RESULTADOS**

Con el fallecimiento de una persona, el ordenamiento jurídico brasileño establece, en los términos del artículo 1.784 del Código Civil (Ley nº 10.406/2002), que “abierta la sucesión, la herencia se transmite, desde luego, a los herederos legítimos y testamentarios” (propia traducción), traduciendo el principio de saisine. Se trata del momento de desencadenamiento de una de las consecuencias jurídicas más relevantes de la muerte: la transferencia del patrimonio del de cujus a sus sucesores.

La doctrina tradicional entiende la herencia como la universalidad de relaciones jurídicas patrimoniales transmisibles post mortem, excluyendo de la sucesión los derechos personalísimos. Sin embargo,

este patrimonio, clásicamente entendido como un “conjunto de derechos y deberes que se transmiten a los herederos legítimos o testamentarios, excepto si fueran personalísimos o inherentes a la persona del de cuius” (DINIZ, 2025, p. 68, propia traducción), ha sido ampliado, en la contemporaneidad, por nuevas manifestaciones jurídicas y tecnológicas que demandan del Derecho de Sucesiones una reinterpretación estructural.

Es en este contexto que se inserta la llamada herencia digital, concepto aún en consolidación, pero ya ampliamente debatido en el ámbito jurídico. Así, la herencia digital corresponde al “conjunto de datos, de activos digitales que, en síntesis, son bienes digitalizados, por regla general, guardados en internet en una nube” (SCARLET, 2018, p. 38 apud GONÇALVES, 2023, p. 3, propia traducción). Se trata, pues, de bienes y datos intangibles que subsisten en el ambiente digital después de la muerte del titular, incluyendo desde archivos almacenados en la nube, dominios de websites, criptomonedas, perfiles en redes sociales, hasta derechos de autor sobre obras digitales y canales monetizados.

### **De los bienes digitales**

La herencia digital se compone de bienes digitales que, en su esencia, son datos accesibles por medios electrónicos. La distinción entre los tipos de bienes digitales no es solo teórica, sino que tiene repercusiones directas en la forma en que serán tratados en sede de sucesión.

[Los bienes digitales son] aquellos bienes incorpóreos, los cuales son progresivamente insertados en Internet por un usuario, consistiendo en informaciones de carácter personal que aportan alguna utilidad a este, tenga o no contenido económico. De esta forma, son bienes comprendidos como intangibles, no siendo palpables, que reúnen la producción de activos digitales de los individuos. (ZAMPIER, 2021, p. 63 apud FALCÃO & CARNEIRO, 2024, p. 4, propia traducción).

Actualmente, tales bienes se clasifican en tres categorías: patrimoniales, existenciales o sensibles, e híbridos. Los primeros son aquellos que poseen contenido económico directo y cuantificable; son bienes, por lo tanto, de naturaleza patrimonial. Ejemplos típicos incluyen criptomonedas, millas aéreas y saldos en carteras digitales. Estos bienes, por su naturaleza económica, son integrables al caudal hereditario y susceptibles de partición; la discusión pertinente no reside en este tópico. Los existenciales, a su vez, se refieren a los datos y contenidos personalísimos, como mensajes privados, correos electrónicos, fotografías personales, publicaciones en redes sociales y datos sensibles almacenados en la nube. La naturaleza existencial de estos bienes, muchas veces asociada a la intimidad, a la memoria y a la identidad del fallecido, plantea desafíos en cuanto a su transmisibilidad, por involucrar la tutela de los derechos de la personalidad post mortem.

Finalmente, la doctrina creó los llamados bienes híbridos, los cuales se configuran en los casos en que hay entrelazamiento entre valor económico y expresión personal, como ocurre con perfiles de influencers digitales. En este tipo de activo, el compromiso público, aunque fundado en aspectos subjetivos y afectivos, genera ingresos, posicionando el perfil como un bien patrimonial-existencial. La dualidad de estos bienes impone la necesidad de enfoques casuísticos y ponderados, especialmente para evitar violaciones a la dignidad post mortem o perjuicios a la legítima de los herederos.

De los impactos en el derecho de familia y de la integración de los perfiles al caudal hereditario

En este escenario de los bienes digitales híbridos, surge el centro de la discusión. Esto se debe a que la monetización de contenidos digitales introduce una nueva capa de complejidad en el campo sucesorio. Plataformas como Instagram, YouTube, TikTok y Twitch permiten que los usuarios conviertan el engagement en capital financiero, por medio de visualizaciones, alianzas comerciales y programas de afiliados.

El fenómeno de la monetización de perfiles digitales representa una nueva realidad económica, en la cual personalidades como influencers digitales logran obtener ingresos significativos a través del compromiso del público. Artistas y músicos famosos, como Michael Jackson, Elvis Presley y Bob Marley, generaron millones póstumamente, alcanzando marcas de US\$ 287 millones, US\$ 40 millones y US\$ 23 millones, respectivamente, según una investigación de Forbes en el año 2018.

Como resultado, la propia identidad digital se convierte en un recurso de ingresos para el titular de la cuenta y su familia, planteando la cuestión de garantizar la continuidad económica póstuma al titular de la cuenta. En este sentido, el perfil digital, al contrario de ser solo un lugar de expresión personal, se convierte en un activo económico, a ser acumulado y disseminado. Este es el punto de percepción que confiere un ángulo totalmente nuevo a la herencia ahora: el fallecido puede no haber dejado una propiedad terrenal o una cuenta bancaria, pero espera que los herederos puedan recibir su canal de YouTube con monetización activa, por ejemplo, cuya explotación posterior por terceros puede generar ingresos continuos, garantizando la subsistencia de los herederos. Esto refuerza la necesidad de atribuir seguridad jurídica a estos bienes e integrarlos de modo sistemático al Derecho de Sucesiones.

Así, la incorporación de estos bienes al caudal hereditario del heredero causa conflictos: los herederos, por un lado, buscan la continuidad del legado digital, principalmente por razones económicas; por otro, encuentran barreras impuestas por las plataformas, cláusulas de intransmisibilidad y lagunas legales.

En este contexto, el Enunciado 687 de la Jornada de Derecho Civil del CJF representa uno de los intentos más relevantes de sistematización doctrinaria en Brasil. Reconoce que “el patrimonio digital puede integrar el caudal hereditario de bienes en la sucesión legítima del titular fallecido, admitiéndose, además, su disposición en forma testamentaria o por codicilo” (CONSEJO DE LA JUSTICIA FEDERAL, 2018, propia

traducción), evidenciando la necesidad de equilibrio entre dos valores fundamentales: la privacidad del fallecido (protegida constitucional y civilmente) y el derecho de herencia (también protegido constitucionalmente).

No obstante la significancia interpretativa del Enunciado 687 del CJF, es importante reconocer que la realidad normativa brasileña ha evolucionado lentamente en lo que respecta a las legislaciones de las sucesiones digitales. La ausencia de un marco legal específico genera inseguridad jurídica y ciertamente lleva a la judicialización recurrente de casos, que podrían ser solucionados de forma más uniforme y ágil con directrices legales claras.

### **Del derecho comparado: la legislación Portuguesa como ejemplo**

En Brasil, la ausencia de legislación específica sobre la sucesión de bienes digitales revela un panorama normativo desactualizado, cuyo origen está en el hecho de que toda la legislación, que abarca el tema, fue concebida antes de la consolidación de la economía digital y el ascenso de los perfiles monetizados. Aunque el art. 5º, inciso LXXIX, de la Constitución Federal de 1988 reconoce la protección de datos personales, incluidos los digitales, como derecho fundamental, y que el Marco Civil de Internet (Ley nº 12.965/2014 - MCI) y la Ley General de Protección de Datos (Ley nº 13.709/2018 - LGPD) establecen directrices relevantes para la tutela de la privacidad, ninguna de estas normas aborda, de forma directa y suficiente, la problemática de la transmisibilidad post mortem de datos digitales, perfiles sociales o contenidos monetizados.

La LGPD, en especial, al referirse exclusivamente a la “persona natural” en su artículo 1º, deja de contemplar, de forma expresa, la protección de datos de personas fallecidas; se trata de una omisión que, interpretada a la luz del artículo 6º del Código Civil (Ley nº 10.406/2002), termina por excluir a los muertos del ámbito normativo de la legislación, generando inseguridad jurídica e impidiendo el acceso de los herederos a los bienes digitales del de cujus.

Algunos doctrinarios, sin embargo, argumentan que la exclusión de los fallecidos de la LGPD no es absoluta. Ana Luiza Nevares (2021, pp. 183-184 apud BATISTA, 2021, p. 59, propia traducción) sostiene que la personalidad jurídica proyecta efectos más allá de la muerte, de modo que el respeto a la intimidad y a la privacidad del individuo debe extenderse post mortem. Autores como Colombo, Leal y Korkmaz (BATISTA, 2021, p. 59) refuerzan la tesis de que, aunque la legislación brasileña no mencione expresamente a los fallecidos, esto no implica su exclusión tácita, pues los datos personales, por su naturaleza, mantienen relevancia incluso después de la extinción de la personalidad civil.

Así, la LGPD no prevé reglas sobre la sucesión de datos digitales en caso de fallecimiento del titular. La protección implícita de datos post mortem concedida por la LGPD busca asegurar el derecho a la privacidad del individuo; sin embargo, la disposición no orienta sobre cómo gestionar los datos del fallecido por los herederos o transferirlos como herencia. Tal laguna legislativa tiene implicaciones prácticas significativas: si no hay disposiciones testamentarias específicas, los herederos se ven obligados a cumplir con los contratos de adhesión firmados por el de cujus en vida y estipulados unilateralmente por las plataformas digitales, que generalmente no permiten la transferencia y la cesión de las cuentas, aunque estas sean frecuentemente fuentes importantes de ingresos.

Al contrario de este escenario de incertidumbre en Brasil, el sistema jurídico portugués es uno de los más avanzados en relación con el tratamiento del patrimonio digital. De hecho, el artículo 17º de la Ley nº 58/2019, que ejecuta el Reglamento General sobre la Protección de Datos (RGPD), establece que el fallecimiento del titular no impide la continuidad de la protección de sus datos, sobre todo cuando estos se encuadran como datos sensibles o relacionados con la intimidad.

Artículo 17º Protección de datos personales de personas fallecidas

1 - Los datos personales de personas fallecidas son pro-

tegidos en los términos del RGPD y de la presente ley cuando se integren en las categorías especiales de datos personales a que se refiere el n.º 1 del artículo 9.º del RGPD, o cuando se refieran a la intimidad de la vida privada, la imagen o los datos relativos a las comunicaciones, salvados los casos previstos en el n.º 2 del mismo artículo (Ley nº 58, 2019, propia traducción).

Además, la ley portuguesa, en el mismo artículo, reconoce al titular de los datos el derecho de designar a un alguien para que lo represente, después de su muerte, en el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y eliminación de sus datos personales, lo que confirma la importancia de la autodeterminación informacional post mortem y la seguridad jurídica para los herederos.

2 - Los derechos previstos en el RGPD relativos a datos personales de personas fallecidas, comprendidos en el número anterior, en particular los derechos de acceso, rectificación y supresión, son ejercidos por quien la persona fallecida haya designado a tal efecto o, en su falta, por sus respectivos herederos (Ley nº 58, 2019, propia traducción).

Este compromiso fue ahora reafirmado en la Carta Portuguesa de Derechos Humanos en la Era Digital (Ley nº 27/2021), pues su artículo 18 contiene una disposición explícita para la protección de datos cuando una persona muere, elevando así este asunto al dominio de la política pública y responsabilidad institucional.

#### Artículo 18º Derecho al testamento digital

1 - Todas las personas pueden manifestar anticipadamente su voluntad en lo que concierne a la disposición de sus contenidos y datos personales, en particular los constantes de sus perfiles y cuentas personales en plata-

formas digitales, en los términos de las condiciones contractuales de prestación del servicio y de la legislación aplicable, incluso en cuanto a la capacidad testamentaria (Ley n° 27, 2021, propia traducción).

Las dos legislaciones, en conjunto, indican una reglamentación sistemática que busca proteger la privacidad, la memoria del fallecido y también las ideas de sucesión digital. Así, mientras en Brasil los herederos se ven sujetos a un contexto de legalidad incierta debido a la ausencia de reglas claras, el modelo portugués se basa en criterios objetivos que equilibran los derechos constitucionales a la personalidad con la teoría general de la sucesión universal. Al permitir que el titular opte por el destino de sus datos y perfiles en vida, Portugal ofrece un modelo normativo que puede servir de inspiración en la construcción de una legislación específica dentro de Brasil.

De las corrientes doctrinarias sobre la (in)transmisibilidad de los perfiles monetizados

El debate sobre herencia digital y testamentos destaca las contradicciones aplicadas a partir de dos sistemas de derechos fundamentales: por un lado, los derechos de personalidad, en particular la intimidad y la vida privada; por otro lado, los derechos de propiedad y sucesión de los herederos, también garantizados por la Constitución Federal y el Código Civil (Ley n° 10.406/2002) brasileños. Esta situación delicada alcanza un nivel completamente nuevo cuando se trata de la sucesión de perfiles en redes sociales, cuentas de correo electrónico, plataformas de contenido monetizado y otros activos digitales que combinan valor afectivo, identidad y relevancia económica.

En el plano constitucional, la inviolabilidad de la vida privada está expresamente protegida en los incisos X, XI y XII del art. 5° de la Constitución de la República de Brasil de 1988, siendo considerada derecho fundamental. En complemento, el Código Civil (2002), en su artículo 21, establece que “la vida privada de la persona natural es invio-

lable, y el juez, a requerimiento del interesado, adoptará las providencias necesarias para impedir o hacer cesar acto contrario a esta norma” (Código Civil, propia traducción). En el mismo sentido, el Marco Civil de Internet, en su art. 7º, inciso I, asegura “la inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada, su protección e indemnización por el daño material o moral derivado de su violación” (Ley nº 12.965/2014 - MCI, propia traducción). La Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD), por su parte, incluye, entre sus fundamentos, el respeto a la privacidad (art. 2º, inciso I) y a la inviolabilidad de la intimidad (art. 2º, inciso IV).

En contrapartida, el art. 5º, inciso XXX, de la Constitución de 1988 también asegura el derecho de herencia como derecho fundamental, lo que impone el deber de ponderar estos intereses conflictivos. La controversia gira en torno, por lo tanto, a una cuestión básica: ¿hay transmisión o no del patrimonio digital a los herederos? Obsérvese que la problemática recae sobre los bienes digitales existenciales, en razón del carácter personalísimo que los marca.

Es justamente del intento de equilibrar estos valores (autonomía privada del fallecido, protección de la intimidad y derecho patrimonial de los sucesores) que se identifican las principales tendencias doctrinarias sobre la transmisión de bienes digitales. En Brasil, la falta de legislación específica sobre herencia digital ha llevado a una situación de inestabilidad interpretativa, en la cual la doctrina fue impulsada a llenar el vacío normativo con construcciones teóricas que, a pesar de diferentes, buscan reconciliar tales valores. En este contexto, se destacan tres principales corrientes doctrinarias, basadas en diferentes fundamentos y consecuencias prácticas.

La primera corriente propone la intransmisibilidad de los bienes digitales de naturaleza existencial, defendiendo que, por estar intrínsecamente relacionados a la esfera de la intimidad, estos bienes no deben integrar el caudal hereditario. Básicamente, la herencia digital “muere” con su titular. Esta posición es adoptada, en gran parte, por las plataformas

digitales, cuyos términos de uso prevén la extinción de las cuentas con la muerte del titular, sin posibilidad de transferencia inter vivos o causa mortis. El problema central de este enfoque es que refuerza el poder unilateral de las empresas, desconsiderando los intereses patrimoniales de los herederos, incluso cuando el perfil digital posee un valor económico significativo, como ocurre en los casos de influencers digitales y perfiles con monetización activa. Aquí, el acceso a los datos digitales post mortem dependería de la demostración de una justificación relevante, como el interés en la preservación del patrimonio familiar o la continuidad de la actividad económica.

La segunda corriente propone una solución intermedia, al distinguir los aspectos patrimoniales de los existenciales de los bienes digitales. Según este entendimiento, solamente los elementos de valor económico podrían ser transferidos a los herederos, mientras que los contenidos existenciales permanecerían protegidos como proyecciones post mortem de la personalidad del de cujus.

[Esta corriente], que aparenta ser mayoritaria en el derecho civil brasileño, [...] entiende que debe haber un fraccionamiento del patrimonio digital, comprendiendo la aplicación de la regla general del derecho sucesorio para la transmisión de bienes digitales de naturaleza patrimonial –resaltando aquellos bienes en los cuales, al momento de la adquisición, quedó claro y evidente que el consumidor estaba adquiriendo el derecho de uso y no la propiedad del bien– y también para la proyección de los bienes digitales existenciales e híbridos cuando haya consentimiento, en vida, por el usuario, y, además, cuando tal transmisión no genere perjuicios a la personalidad de terceros o a aspectos de la personalidad del fallecido que permanecen bajo tutela jurídica después de la muerte (HONORATO & LEAL, 2020, p. 381 apud GONÇALVES, 2023, p. 5, propia traducción).

Así, los perfiles híbridos (como perfiles monetizados) serían parcialmente transmisibles: solo el derecho de explotar económicamente la cuenta podría ser heredado, excluyéndose el acceso a mensajes privados o publicaciones sensibles, por ejemplo. “Según esta visión, debe haber distinción entre datos referentes al plano existencial y datos comerciales. Para los primeros, no se admite presunción de continuidad de la personalidad después de la muerte, mientras que los segundos pueden ser gestionados póstumamente como patrimonio” (GONÇALVES, 2023, p. 5, propia traducción).

A pesar de representar un avance en relación con la posición anterior, esta teoría enfrenta dificultades prácticas relevantes, como la delimitación objetiva entre el contenido existencial y el contenido patrimonial, así como la ausencia de criterios normativos claros cuanto a la autoridad responsable de esta clasificación y el momento adecuado para su realización. Además, la escisión de un mismo bien digital puede generar problemas operacionales y jurídicos significativos, especialmente en lo que respecta a la partición, la valoración económica del caudal hereditario y la preservación de la integridad de la memoria del fallecido.

Aun así, esta corriente se ha mostrado, hasta el momento, la más razonable y equilibrada entre las tres. Esto se debe a que reconoce la complejidad de los activos digitales contemporáneos, permitiendo la protección de la intimidad y la memoria del fallecido, sin ignorar los legítimos intereses patrimoniales de los herederos, sobre todo cuando tales bienes constituyen una fuente de ingresos para toda la familia o representan un valor expresivo en el conjunto de la herencia.

La tercera corriente, por último, sostiene la transmisibilidad universal de los bienes digitales, independientemente de su naturaleza patrimonial o existencial. Parte del principio de la sucesión universal previsto en el artículo 1.784 del Código Civil brasileño (Ley nº 10.406/2002), según el cual la herencia comprende el conjunto de bienes y derechos del fallecido, salvo los de carácter claramente personalísimo. Como los bie-

nes digitales, incluso los existenciales, pueden contener desdoblamientos patrimoniales relevantes (por ejemplo, derechos de autor sobre textos, fotos o videos publicados), serían susceptibles de sucesión, mediante un juicio de ponderación en el caso concreto.

Esta posición se alinea con la idea de que los derechos de la personalidad no se extinguen completamente con la muerte, sino que se proyectan para proteger la memoria, la imagen y el honor del fallecido, de forma compatible con los intereses legítimos de los herederos. Esta corriente, aunque defendible, enfrenta resistencia debido a los derechos de personalidad del fallecido. Esto se debe a que “no hay un tratamiento unitario idóneo para tutelar situaciones tan dispares en cuanto a su contenido y función” (BARBOSA & ALMEIDA, 2021, p. 13 apud GONÇALVES, 2023, p. 10, propia traducción).

Ante las divergencias doctrinarias y las dificultades prácticas en la delimitación entre aspectos existenciales y patrimoniales de los bienes digitales, es posible concluir que, aunque las corrientes teóricas busquen ofrecer soluciones interpretativas para los casos de omisión, el testamento es la mejor y más segura herramienta de regulación en la herencia digital. Por medio de él, el titular de la cuenta puede declarar explícitamente sus voluntades relativas a la disposición de sus perfiles, cuentas y medios digitales, especialmente cuando las cuentas se vuelven lucrativas. Esta disposición testamentaria prevé decisiones delicadas, refuerza la previsibilidad para los herederos, evita roces familiares o la decisión de barreras inquebrantables por parte de las plataformas. Además, el testamento permite establecer ciertas protecciones, como el respeto al contenido original, la prohibición de manipulación de la imagen del fallecido y límites éticos a la explotación económica de los perfiles. En este sentido, la autonomía privada, debidamente ejercida en vida, parece ser la forma más sabia de equilibrar los derechos de la personalidad y la consideración económica y simbólica del patrimonio digital en la perspectiva sucesoria.

Por lo tanto, el principal desafío de la regulación no reside solo

en definir si los bienes digitales son o no transmisibles, sino en construir criterios jurídicos seguros, proporcionales y aplicables, que respeten tanto la función patrimonial como la dimensión simbólica de estos activos. La tendencia contemporánea apunta a la necesidad de un enfoque normativo que reconozca la pluralidad de los bienes digitales, acoja su diversidad funcional (afectiva, identitaria, económica) y promueva una protección equilibrada de la personalidad del fallecido y de los derechos de los herederos.

## DISCUSIÓN

El análisis crítico de los resultados obtenidos en el presente estudio revela que, entre las corrientes doctrinarias analizadas, la posición intermedia, que reconoce la naturaleza híbrida de los perfiles digitales monetizados, conjugando elementos existenciales y patrimoniales, es la que mejor se coaduna con los principios constitucionales brasileños y con la lógica del sistema jurídico del país. Esto se debe a que, al rechazar tanto la incomunicabilidad absoluta de los bienes digitales, como sostiene la primera corriente, cuanto la transmisibilidad irrestricta y automática, como propone la tercera, el entendimiento considerado ideal proporciona un punto de equilibrio que prestigia, simultáneamente, la dignidad de la persona humana y el derecho a la herencia.

Con base en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, se observa que el derecho a la intimidad, a la vida privada, al honor y a la imagen (art. 5º, X), así como los derechos de la personalidad previstos en los arts. 11 a 21 del Código Civil brasileño (Ley nº 10.406/2002), no se extinguen con la muerte, sino que se proyectan post mortem, propiciando protección a la memoria del fallecido. Por otro lado, el mismo texto constitucional consagra el derecho a la herencia como garantía individual (art. 5º, XXX), asegurando a los sucesores la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales del de cujus. De esta forma, esta tensión normativa es especialmente sensible en el contexto de la herencia digital, en el que el perfil del fallecido puede

contener, al mismo tiempo, elementos íntimos, como mensajes, memorias y datos sensibles, y valor económico afectivo, como asociaciones comerciales, base de seguidores y monetización de contenido.

En este contexto, la adopción de la corriente intermedia se impone como medida necesaria de ponderación entre los principios constitucionales en evidente colisión. Con esto, la aplicación del principio de la máxima efectividad de los derechos fundamentales justifica la distinción entre el contenido existencial y el contenido patrimonial de los perfiles digitales monetizados, permitiendo la sucesión solo de los aspectos de naturaleza económica, mientras preserva los derechos personalísimos en la esfera de la memoria y de la intimidad. Tal enfoque es coherente con el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, CRFB/88), que debe orientar la hermenéutica constitucional e infraconstitucional brasileña, incluso en el contexto de las nuevas tecnologías y de las relaciones digitales.

A partir de esta premisa, se proponen soluciones prácticas capaces de conferir efectividad al modelo híbrido de sucesión digital. La primera de ellas consiste en la fijación de criterios técnicos y jurídicos para la partición económica de los perfiles monetizados. Los referidos criterios deben incluir la evaluación pericial del valor de mercado del perfil, la separación entre contenidos existenciales y patrimoniales, la transferencia de la titularidad administrativa de los contratos de monetización, así como asociaciones con plataformas de streaming, redes sociales o anunciantes.

Paralelamente, es recomendable que el titular del perfil digital disponga, en vida, sobre el destino de sus bienes digitales por medio de un instrumento jurídico adecuado (TEPEDINO et al., 2025, pp. 173-177, propia traducción), preferentemente un testamento que contemple cláusulas específicas acerca de la continuidad o exclusión del contenido, la designación de curador digital, el nombramiento de sucesor administrativo, y la autorización expresa (o prohibición) para la explotación eco-

nómica de su imagen. Esta disposición testamentaria funcionaría como verdadero ejercicio de la autonomía de la voluntad, legitimada por el art. 1.857 del Código Civil brasileño (Ley n° 10.406/2002), permitiendo al titular manifestar su intención cuanto al destino de su patrimonio digital, con los límites impuestos por el orden público y por los derechos de la personalidad.

La necesidad de una legislación específica sobre herencia digital en el ordenamiento jurídico brasileño también se muestra urgente, una vez que la ausencia de normas claras acarrea inseguridad jurídica, tanto para los herederos cuanto para los proveedores de servicios digitales, contribuyendo a la judicialización excesiva y a decisiones conflictivas entre los tribunales.

En este punto, el modelo jurídico portugués se presenta como referencia relevante. La doctrina lusa reconoce expresamente el instituto de la sucesión digital, confiriendo efectos jurídicos al testamento digital e imponiendo deberes de cooperación a los proveedores en lo que se refiere al acceso y a la gestión de los perfiles de usuarios fallecidos (TARTUCE, 2019, pp. 871-878, propia traducción). Además, la legislación portuguesa admite la figura del representante digital, lo que fortalece el aspecto existencial de la sucesión, garantizando mayor protección a los derechos de la personalidad del titular fallecido (art. 17° de la Ley n° 58/2019 - Portugal).

Brasil puede y debe inspirarse en esta experiencia comparada para formular directrices normativas mínimas que regulen la sucesión digital. Tales directrices deben incluir el reconocimiento legal de la transmisibilidad patrimonial de los perfiles digitales monetizados, la previsión de la eficacia del testamento digital, inclusive para fines de manifestación de última voluntad en cuanto a la privacidad, la extensión de la Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) a los datos post mortem, y la reglamentación de las obligaciones de los proveedores con la previsión de canales formales para que los herederos comprueben su

legitimidad para administrar el acervo digital.

En ausencia de esta reglamentación, se observa la proliferación de riesgos prácticos y jurídicos, como la pérdida de valor de activos digitales relevantes, la interrupción de ingresos vinculados a la explotación de imagen o contenido, la supresión indebida de memorias familiares, y los conflictos entre herederos en cuanto al acceso o a la exclusión de perfiles. Además, cláusulas contractuales unilaterales insertadas por proveedores extranjeros frecuentemente imponen restricciones a la transmisibilidad de cuentas y perfiles, en desacuerdo con los principios de la sucesión legítima y del derecho a la herencia, exigiendo revisión a la luz de los derechos fundamentales brasileños.

Por lo tanto, se concluye que la sucesión digital de perfiles monetizados exige un enfoque jurídico sensible a las especificidades de los bienes híbridos que conjugan, en un mismo soporte, valores afectivos, identidad personal y contenido económico. Ante esto, la solución intermedia adoptada en este artículo, con base en el modelo híbrido, propone una conciliación razonable entre los derechos de la personalidad post mortem y los derechos patrimoniales de los herederos, alineándose con los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana, de la autonomía de la voluntad y del derecho a la herencia. Así, se trata, por lo tanto, de un camino viable, jurídicamente sostenible y socialmente deseable ante los desafíos impuestos por la era digital.

### **Referencias bibliográficas**

Conselho da Justiça Federal. (s.f.). *Enunciado n.º 1826: O patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido*. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1826>

Diniz, M. H. (2025). *Curso de direito civil brasileiro* (39.<sup>a</sup> ed., Vol. 6). Saraiva. <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553627066/>

Felix Falcão, R. C., & Furtado Cândido Carneiro, P. C. (2025). *Herança*

*digital: Como a ausência de previsão legal reflete no direito sucessório no que tange às redes sociais Facebook e Instagram.* Revista Brasileira de Direito Civil, 33(4), 309–328. <https://rbdcivil.ibdci-vil.org.br/rbdc/article/view/1013>

Gonçalves, L. M. (2024). *Exploração post mortem de bens digitais.* Revista Brasileira de Direito Civil, 32(3), 201. <https://rbdcivil.ibdci-vil.org.br/rbdc/article/view/835>

Greenburg, Z. O., & Robehmed, N. (2018, outubro 31). *The highest-paid dead celebrities of 2018.* Forbes. <https://www.forbes.com/sites/zackomalleygreenburg/2018/10/31/the-highest-paid-dead-celebrities-of-2018/>

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (2024, julho 16). *Internet foi acessada em 72,5 milhões de domicílios do país em 2023.* Agência IBGE Notícias. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41024-internet-foi-aces-sada-em-72-5-milhoes-de-domicilios-do-pais-em-2023>

International Telecommunication Union. (2023, outubro 10). *Internet use: Facts and figures 2023.* <https://www.itu.int/itu-d/reports/statistics/2023/10/10/ff23-internet-use/>

Lana, H. A., & Ferreira, C. F. (2023). *A herança digital e o direito sucessório: Nuances da destinação patrimonial digital.* Instituto Brasileiro de Direito de Família. <https://ibdofam.org.br/artigos/1989/A%2Bheran%C3%A7a%2Bdigital%2Be%2Bo%2Bdi-reito%2Bsucess%C3%B3rio%3A%2Bnuances%2Bda%2Bdestina-ç%C3%A3o%2Bpatrimonial%2Bdigital>

Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (2002). *Código Civil.* Brasil. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)

Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. (2014). *Marco Civil da Internet.* Brasil. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)

- Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. (2018). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasil. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm)
- Lei n.º 58, de 8 de agosto de 2019. (2019). *Regulamento (UE) 2016/679 na ordem jurídica nacional*. Portugal. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/58-2019-123815982>
- Lei n.º 27, de 17 de maio de 2021. (2021). *Carta portuguesa de direitos humanos na era digital*. Portugal. <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244>
- Lopes, C. N. (s.f.). *Controle de constitucionalidade (princípios norteadores)*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. [https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_53.pdf](https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf)
- Mota, A. C. M. (2022). *Sucessão de bens digitais: A admissibilidade da herança digital (Tesis de maestria, Universidade de Coimbra)*. Repositório Científico da UC. <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/103672>
- Nielsen. (2022, mayo). *Getting closer: Influencers help brands build more personal consumer connections*. <https://www.nielsen.com/pt/insights/2022/getting-closer-influencers-help-brands-build-more-personal-consumer-connections/>
- Tartuce, F. (2019). *Herança digital e sucessão legítima: Primeiras reflexões*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1), 871–878. [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019\\_01\\_0871\\_0878.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0871_0878.pdf)
- Tepedino, G., Nevares, A. L. M., & Meireles, R. M. V. (2024). *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões (5.ª ed., Vol. 7)*. Forense. <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994556/>

# La “identidad digital” en internet: creación de perfiles falsos en redes sociales


“Digital identity” on the net: the creation of fake profiles on social media


**María González García Viñuela**

Magíster en Derecho de la ciberseuridad y entorno digital

Universidad de Valladolid

Castilla y León, España

 <https://orcid.org/0009-0005-9282-9514>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch14>

## Resumen

Los avances tecnológicos de las últimas décadas han aumentado la preocupación por la protección de los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen y protección de datos) en internet. El hecho de que la Red no tenga barreras territoriales dificulta la persecución y sanción de este tipo de conductas. Ante esta nueva realidad los Estados han comenzado a incorporar expresamente en sus normas sustantivas penales el castigo de los ciberdelitos. Los ordenamientos nacionales también cuentan con mecanismos en vía civil para el castigo de las conductas menos graves. Sin embargo, no se ha planteado la creación de instrumentos mundiales que respondan a la persecución de este tipo de conductas, teniendo en cuenta su carácter transnacional.

## Palabras clave

Identidad digital, derecho al honor, intimidad y propia imagen; derecho a la protección de datos; ciberdelincuencia; perfiles falsos en redes sociales

## Abstract

Technological advances in recent decades have brought with them concerns about how to protect personal rights (like honor, privacy, self-image, and data protection) on the Net. The fact that the Internet has no territorial barriers makes it difficult to prosecute and punish this type of behavior. Faced with this new reality, States have begun to expressly incorporate the punishment of cybercrime into their substantive crimi-

nal laws. National legal systems also have civil mechanisms in place to punish less serious conducts. However, given the transnational nature of cybercriminality, the creation of global instruments that respond to and prosecute cybercrime has not been considered.

### **Keywords**

Digital identity; right to honor, privacy, and personal image; right to data protection; cybercrime; fake profiles on social media

## **INTRODUCCIÓN**

Desde mediados del siglo XX se han producido tres cambios relevantes con repercusión en la evolución social: la Sociedad de la Información a través de la llamada “Revolución Informática”; la Sociedad de Riesgos; y, la aparición de la Sociedad Global, que ha supuesto el desvanecimiento de las fronteras nacionales (Anguita Osuna, 2018: 108).

La tecnología avanza a mayor ritmo que la regulación legal. Para tratar de hacer frente a las nuevas formas de comisión de delitos, parece necesaria una legislación, permanentemente revisada y actualizada, que reúna y sistematice todos los delitos cibernéticos. Son pocos los países que disponen de una legislación adecuada para hacer frente a este nuevo enfoque de la criminalidad.

Para combatir la delincuencia que tiene lugar en el ciberespacio son necesarios medios especializados capaces de ofrecer una respuesta eficaz. El aumento exponencial de los ciberdelitos exige a los Estados no solo una regulación sustantiva y procesal adecuadas, sino también que cuente con Fuerzas y Cuerpos de Seguridad especializados, competentes para detectar y perseguir a los ciberdelincuentes.

La ciberdelincuencia en España ha pasado de los 40.000 delitos, en 2011; a los 375.000, en 2022. En el período comprendido entre 2011 y 2016, se aprecia un crecimiento aritmético, que se ha transformado en geométrico de 2017 a 2022. Dentro de la modalidad de ciberdelitos, los fraudes informáticos, amenazas y coacciones y falsificación informática

son, respectivamente, los más cometidos. Este trabajo se centra en la creación de perfiles falsos en redes sociales, tipificado en el ordenamiento jurídico español como una modalidad del delito de coacciones, por el impacto que tiene en la identidad digital.

## **Planteamiento de la cuestión**

La creación de perfiles en redes sociales puede vulnerar los derechos tradicionales de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen) y el derecho a la protección de datos. La regulación prevista para estos derechos puede resultar insuficiente o no del todo adecuada para garantizar el reproche, tanto en vía civil como penal para los casos más graves, de este tipo de conductas. Por ello, cabe plantearse si, tras el desarrollo tecnológico alcanzado en las últimas décadas, la protección prevista para estos derechos es suficiente para dar una respuesta jurídica adecuada y suficiente al daño reputacional que se puede ocasionar a una persona con este tipo de conductas.

A pesar de que la investigación se centra en el estudio de un ordenamiento jurídico concreto, el español, presenta también una dimensión internacional ya que, al tratarse de conductas realizadas en la Red, los eventuales autores y perjudicados pueden localizarse en cualquier país. De ahí, la necesidad de una regulación global.

Las conductas de creación de perfiles falsos están siempre relacionadas con la usurpación de identidad. El ordenamiento jurídico español, junto con la tradicional protección en vía civil de los derechos de la personalidad, introdujo, en 2022, un tipo penal para proteger a los usuarios frente a la creación de perfiles falsos en redes sociales.

Las principales cuestiones que se van a abordar y a las que se pretende dar respuesta son: (1) cuál de los ordenamientos, civil o penal, es más idóneo para hacer frente al extraordinario incremento de la creación de perfiles falsos en la Red; (2) si la conducta penal introducida en el Código Penal español en 2022 debería extenderse al resto de los países

para combatir los ciberdelitos; y, (3) cómo podría lograrse una cooperación transnacional eficaz en la lucha contra este tipo de intromisiones.

Para ello, se ha realizado, por un lado, un breve estudio de la regulación, europea y transnacional, examinando: qué países cuentan con una tipificación penal expresa de la creación de perfiles falsos en redes sociales; su ubicación sistemática; los bienes jurídicos afectados; y, los elementos típicos del delito en el ordenamiento jurídico español, y, por otro, se ha analizado la posibilidad de aplicar otro tipo de sanción, civil o incluso administrativa para el castigo de estas conductas.

### **Instrumentos europeos e internacionales en materia de delincuencia informática**

La globalización está íntimamente relacionada con las nuevas tecnologías, fundamentalmente a través de la Red. Actualmente la Red cuenta con más de cinco millones de usuarios, lo que representa más de la mitad de la población mundial, entre los que también se encuentran individuos o grupos de individuos que realizan actividades ilícitas, los ciberdelincuentes (Cocchini, 2021: 70). Esto ha llevado a numerosos países a la convicción de la necesidad de una legislación sobre delincuencia informática, que facilite la investigación, persecución y sanción de los delitos cometidos a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

La primera respuesta sobre delincuencia informática se esboza en el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos, denominado «Manual Tallin», redactado por la ONU en 1977.

En el ámbito europeo, pero de aplicación transnacional, el Consejo de Europa redactó el Convenio Europeo sobre Ciberdelincuencia, aprobado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, que establece pautas de actuación en los ámbitos penal y procesal (Corcoy Bidasolo, 2007, pp. 8-9), siendo actualmente el texto más relevante en esta materia. Ha sido

suscrito por 54 países, tanto Estados miembros de la UE como terceros países, entre los que se encuentran potencias mundiales como Estados Unidos.

Se trata del primer Tratado de carácter internacional que aborda los delitos informáticos a través de leyes nacionales y la cooperación entre Estados. En este Convenio se establecen tres objetivos esenciales: (1) armonizar el Derecho penal material, (2) promulgar medidas procesales en el ámbito digital y (3) establecer un régimen activo y funcional de cooperación internacional.

Este texto presenta algunas deficiencias. Uno de sus principales fallos es la excesiva libertad que otorga a los Estados para tipificar las conductas en los ordenamientos internos, lo que dificulta la uniformidad en la aplicación del Derecho penal. El otro es que el rápido avance de la tecnología y la irrupción de la inteligencia artificial hacen que este instrumento se haya quedado obsoleto.

### **Concepto de ciberdelincuencia**

La construcción del concepto de ciberdelincuencia es eminentemente doctrinal. Algunos autores utilizan los términos «cibercrimen» o «ciberdelito» para referirse a aquellas conductas que aprovechan las comunicaciones electrónicas para la comisión de una acción delictiva (Barrio Andrés, 2018: 38). Se pone el acento en los medios de comisión del delito, definiéndolos como delitos perpetrados en el ciberespacio o espacio virtual (Subijana Zunzunegui, 2008: 171).

Romeo Casabona (2006) introduce un elemento esencial, la falta de consentimiento, al definir la ciberdelincuencia como el “conjunto de conductas relativas al acceso, apropiación, intercambio y puesta a disposición de información en entornos TIC, perpetradas sin consentimiento o autorización, de tal manera que se afecten bienes jurídicos diversos ya sean de naturaleza individual o supraindividual” (Romeo Casabona, 2006: 9). Este elemento es fundamental en la tipificación que reciente-

mente se ha introducido en el ordenamiento jurídico español del delito de creación de perfiles falsos.

### **El Derecho penal como ultima ratio**

El Derecho penal debe responder ante las nuevas amenazas haciendo uso de los mecanismos de que dispone, pero sin conculcar sus principios estructurales, en especial, el principio de última ratio (Barrio Andrés, 2011: 279), manifestación del principio de intervención mínima (Luzón Peña, 2016: 42), conforme al cual, el Derecho penal solo debe intervenir ante los conflictos sociales cuando sea estrictamente necesario (Cancio Meliá y Pérez Manzano, 2019: 80); y, por supuesto, el principio de legalidad, como límite impuesto por el Estado de Derecho al ejercicio del ius puniendi, que se concreta en el aforismo *nullum crime nulla poena sine lege* y que supone que no puede imponerse ninguna pena que no esté prevista en la Ley (Muñoz Conde y García Arán, 2022: 91). Por tanto, es necesario delimitar cuáles son las conductas más graves, que precisan del derecho penal para su reproche; y, para las demás, es suficiente la sanción civil.

### **La identidad digital**

No cabe duda que las comunicaciones, la seguridad y el acceso a la información han experimentado un enorme progreso gracias a la mejora de las tecnologías. Sin embargo, también ha traído consigo nuevas amenazas como el aumento de la delincuencia cometida a través de la red, entre la que se encuentra el robo de identidad personal, que afecta a la vida íntima de las personas.

Las cuentas de correo electrónico, los perfiles editados en las redes sociales, los chats, los foros o la mensajería instantánea integran la identidad digital de la persona concebida como el conjunto de datos que permiten que se comunique en la Red, intervenga en redes sociales y opere en las páginas web (De Prada Rodríguez y Santos Alonso, 2013: 225). Por tanto, son datos que identifican o hacen identificables a las personas

en las interacciones online.

En el contexto de la sociedad tecnológica, dominada por la comunicación a través de la Red, el concepto de «identidad» encuentran nuevos desafíos como el anonimato, los pseudónimos, los perfiles falsos y la suplantación de identidad digital. La identidad se puede definir como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, pertenecientes a un individuo determinado, o compartidos por todos los miembros de una determinada categoría o grupo social (Borghello y Temperini, 2016: 291-292). Hoy en día no cabe duda de que existe una identidad digital que “no sólo nos representa de alguna manera, sino que está en constante interacción con nuestra identidad física y moral”, (Tarodo Soria, 2025: 410). Si bien la suplantación de la identidad digital puede adoptar diferentes formas, los elementos esenciales y la finalidad no varían. Esta finalidad consiste en obtener la información que permita la identificación de la persona y el uso posterior de la misma para hacerse pasar por el verdadero titular de tales credenciales. Estas acciones suelen llevar consigo consecuencias perjudiciales para el individuo, tanto personales, tales como la pérdida reputacional o daños a su honor e imagen personales, como patrimoniales (pérdidas económicas) (Borghello y Temperini, 2016: 297-298).

## METODOLOGÍA

Para la elaboración de este artículo se ha utilizado la metodología propia de la Ciencia jurídica. En particular, la Ciencia del Derecho penal, dividida en dos grandes ramas: la orientación criminológica, que estudia el delito como fenómeno social y biopsicológico; y la orientación jurídico-dogmática que estudia el delito y sus consecuencias como fenómeno jurídico previsto en las normas y que precisa ser interpretado y aplicado (Muñoz Conde y García Arán, 2022: 177), siendo este el enfoque utilizado en este trabajo. Y la Ciencia del Derecho civil, que supone el estudio sistemático y analítico de las normas que regulan las relaciones entre personas, conforme a las reglas de interpretación y aplicación

previstas en el art. 3.1 CC. Así, las normas civiles se deben interpretar atendiendo al sentido propio de las palabras, en relación con el contexto; los antecedentes históricos y legislativos; y, la realidad social del tiempo en que deben aplicarse; y deben atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de la propia norma.

## RESULTADOS

La preocupación por adoptar una legislación específica frente al crecimiento de los delitos informáticos que se sirven de una usurpación de la identidad utilizando datos de identificación personal para la comisión de otros delitos tiene su origen en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones, de 22 de mayo 2007. La razón de su tipificación radicaría en la necesidad de facilitar la cooperación judicial y policial en todos los Estados miembros (Comisión Europea, 2007: 8).

La Directiva 2013/40/UE establece un enfoque integrado contra la ciberdelincuencia y aboga por el establecimiento de medidas eficaces contra la usurpación y otras infracciones relacionadas con la identidad. En 2014, haciéndose eco de esta Directiva, la Fiscalía General del Estado alertaba ante el incremento de acciones de usurpación de la identidad en foros, chats, redes sociales y, en general, en medios de comunicación electrónicos (FGE, 2014: 742), y defendía la necesidad de una tipificación específica de estas conductas en un capítulo independiente bajo la rúbrica de la suplantación de la identidad online, dentro del Título XVIII del Libro II CP, relativo a las falsedades (FGE, 2014: 748). Esta no fue la ubicación elegida por el legislador a la hora de su tipificación expresa.

### **Tipificación expresa de los ciberdelitos**

Para la tipificación en el plano sustantivo de los ciberdelitos a nivel comparado, se ha recurrido a dos técnicas normativas. Algunos países como Chile, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Holanda o Venezuela han optado por el recurso a las leyes penales especiales. Otros

países como Alemania, Argentina, Austria, España, Italia o Portugal se han decantado por la tipificación de las nuevas figuras delictivas en su propio CP (Barrio Andrés, 2018: 57).

En particular, numerosos países cuentan con una tipificación específica de la suplantación de la identidad digital (Solarí Merlo, 2023: 202). Aquí nos referiremos a aquéllos que castigan la suplantación de la identidad en sentido estricto, dejando los que castigan la apropiación de datos como acto previo a la comisión de otros delitos.

Los primeros países en tipificar expresamente la suplantación de identidad digital fueron Estados Unidos (en concreto, el Estado de California) y Francia en 2011. En el caso de Francia, el art. 226.4.1 de su Ley castiga la usurpación de la identidad de tercero o el uso de uno o más datos que permitan identificarlo con el fin de perturbar su tranquilidad o atentar contra su honor, haciendo expresa mención a la imposición de la misma pena cuando el delito se cometa “en una red pública de comunicación en línea”. En 2013 introdujeron esta conducta delictiva, en sus respectivos ordenamientos, Costa Rica y Perú. Otros países europeos que castigan estos hechos son Suecia (2015), Países Bajos (2016), Alemania (2017) y recientemente Dinamarca (2022). En Suecia y Países Bajos, la conducta tipificada se refiere al uso de datos personales que siendo identificativos de una persona sean susceptibles de causar un daño financiero o un «inconveniente más que menor», o cualquier perjuicio derivado de ese uso, respectivamente. En el caso de Alemania, la tipificación es análoga en algunos aspectos a la española, pues también requiere que se lleve a cabo sin autorización, pero difiere en que exige expresamente que pueda perjudicar significativamente y de forma reiterada el modo de vida de la persona suplantada (Ibid.: 203-206).

Otros países como Brasil, Chile, Colombia, Ecuador e Italia no tipifican el delito de suplantación de la identidad digital de forma expresa pero esta conducta queda recogida en el delito genérico de suplantación de la identidad, es decir, que la regulación del delito tradicional de su-

plantación de identidad es aplicable también a su comisión a través de las TIC. El art. 494 del CP italiano castiga la sustitución ilícita de una persona atribuyéndose, a sí mismo o a otra persona, un nombre o estado falso o cualquier otra cualidad a la que la Ley atribuya efectos jurídicos, cuando el hecho no sea constitutivo de otro delito contra la fe pública (Ibid.: 207-208).

Finalmente, hay países que cuentan con Proyectos de reforma de sus legislaciones, pero que todavía no han incorporado este delito en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Esto es así en Argentina, México o Uruguay (Ibid.: 208-209).

En España, la tipificación específica y generalizada de los delitos tecnológicos se produce con la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta reforma supuso la transposición de la Directiva 2013/40/UE. En particular, se introdujeron los delitos de stalking (art. 172 ter 1 CP), intrusismo informático (art. 197 CP), estafa informática (actual art. 248 CP, tras la LO 14/2022), daños informáticos (art. 264 CP) y el child grooming (actual art. 183 CP, LO 10/2022).

### **Introducción expresa de la conducta de creación de perfiles falsos en redes sociales**

El art. 172 ter CP, castiga las conductas de acoso permanente a una persona como delito contra la libertad, modalidad en la que encajan algunas conductas de suplantación de la identidad de un tercero. Este precepto castigaba conductas de acoso que incidieran en la libertad de las personas realizadas con la finalidad específica de adquirir productos o mercancías, contratar servicios o hacer que terceras personas contacten con la víctima. El Preámbulo de la LO 1/2015 pone de manifiesto que esta modificación viene a ofrecer una respuesta a conductas de cierta gravedad que no podían ser calificadas y castigadas como amenazas ni coacciones. En él se señala que hay conductas de determinada gravedad que, sin llegar a suponer un anuncio explícito o no de la intención de causar un mal (amenaza) o sin el empleo directo de violencia para coartar la

libertad de la víctima (coacción), se menoscaba gravemente su libertad sometiéndola a una vigilancia o persecución constante mediante actos de hostigamiento. Con tal redacción, sin embargo, quedaban al margen los supuestos denunciados por la FGE en los que se pretendía que el castigo tuviera lugar por el mero hecho de hacerse pasar por un tercero en las relaciones online, es decir, “utilizar falsamente o usurpar la identidad real de otra persona, de tal modo que esa conducta sea susceptible de conducir a error sobre la verdadera identidad, cualquiera que sea la finalidad que con ello se pretenda” (FGE, 2014: 743-744).

La creación de perfiles falsos se incorpora como delito autónomo en el art. 172 ter CP, introducido por la LO 10/2022, tipificándose como una modalidad de acoso en el Capítulo III, de las coacciones, del Título VI, delitos contra la libertad. Con anterioridad a esta reforma, la suplantación de la personalidad ajena en redes sociales era considerada por la doctrina como una figura diferente del delito de usurpación civil del art. 401 CP, pues éste exige una clara suplantación constante de una persona por parte de otra, no solo mediante acciones virtuales y esporádicas sino con la intención de permanencia temporal (Velasco Núñez y Sanchís Crespo, 2019: 225-226). En ocasiones se ha mantenido que la creación de un perfil falso en una red social es constitutiva de un delito de falsedad en documento privado mercantil de acuerdo con el art. 392, en relación con el art. 390.1.1º CP. Incluso, de forma minoritaria, se ha considerado como un delito de revelación de datos personales o como un delito de coacciones (De Prada Rodríguez y Santos Alonso, 2013: 225-226). Finalmente, algunos autores han planteado la posibilidad de castigar estas conductas a través del delito de stalking del art. 172 ter 1. 3ª CP.

La jurisprudencia ha venido castigando este tipo de conductas como injurias, vejaciones injustas o falsedad en documento mercantil, de lo que se desprende que las conductas más graves ya encontraban acomodo en el CP antes de la introducción de un tipo autónomo que se refiere expresamente a la creación de este tipo de perfiles en la Red y, por tanto, a efectos de condena, no puede entenderse que la conducta en sí

sea nueva.

## **Análisis de los aspectos más relevantes del delito**

El origen de la criminalización del delito de stalking se sitúa en Estados Unidos en los años 90 tras el asesinato de varias personas. Posteriormente se tipificó como delito en el Derecho anglosajón y más tarde llegó a Europa continental.

Los aspectos más relevantes de dicha conducta, tal y como se define en el artículo 172 ter 5 del Código Penal español, son: (1) los bienes jurídicos protegidos y (2) los requisitos para que la conducta sea perseguida y castigada como delito.

### **Bien jurídico protegido**

En cuanto a la ubicación sistemática del delito, atendiendo al bien jurídico protegido, distinguimos tres bloques: delitos contra el patrimonio (Estados Unidos –California– y Costa Rica); delitos contra la fe pública (Brasil, Chile, Colombia, Italia, Países Bajos, Perú y el Proyecto de Argentina) y delitos relativos a la persona o a la personalidad (Alemania, Dinamarca, Ecuador, Francia, Suecia y las propuestas de México y Uruguay). Los ordenamientos que primero tipificaron estas conductas lo hicieron, con carácter general, asociadas al patrimonio; mientras que posteriormente se fueron vinculando a los delitos contra la libertad y la seguridad, (como España); y los que recogen la modalidad virtual junto con el delito genérico de usurpación del estado civil, asocian la conducta a la vulneración de la fe pública (Solari Merlo, 2023: 210).

En el ordenamiento jurídico español, con carácter general, el bien jurídico común a los tres capítulos del Título VI del Libro II CP es la libertad del individuo en los términos recogidos en el art. 17 CE. No obstante, las conductas tipificadas en cada uno de los capítulos de este título afectan a una concreta manifestación de esa libertad. En el caso de las coacciones, es la libertad general de actuación, es decir, que se tutela la libertad de llevar a cabo lo decidido previamente (Cuerda Arnau, 2022:

172). La jurisprudencia del TS señala, como criterio de distinción entre las coacciones y las amenazas, el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción que, en el caso de las amenazas, será cuando incida sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias, mientras que en el de las coacciones será cuando afecte a su voluntad de obrar (STS 2183/2000). De este modo, el sujeto amenazado ve perturbado su derecho al sosiego y a la tranquilidad personal en el normal desarrollo de su vida, así como el derecho a comportarse y decidir libremente, sin ningún tipo de intimidación; mientras que, en la coacción el individuo ha decidido libremente lo que quiere hacer o no hacer, y es en el momento de la ejecución cuando el sujeto activo del delito infiere violentamente en su libertad (Cuerda Arnau, 2022: 172).

Dentro de este bien jurídico, cabe plantearse si en el caso de creación de perfiles falsos, la manifestación de la libertad que es objeto de protección es la libertad entendida como libertad general de actuación del sujeto o libertad de obrar, o si, como ya se ha mencionado, estamos ante un delito pluriofensivo que afecta a otros bienes jurídicos como la integridad moral al exigirse que se ocasione a la víctima una situación de humillación, hostigamiento o acoso, la intimidad o incluso la propia imagen, siendo entonces más conveniente una ubicación diferente de esta figura.

Esta última es la opinión de un amplio sector doctrinal, que considera que el bien jurídico protegido es el binomio libertad-seguridad (Baucells I Lladós, 2014: 10; Gutiérrez Castañeda, 2013: 584; De La Cuesta Arzamendi y Mayodormo Rodrigo, 2011: 43-45). Esta consideración supone que tales conductas afectarían además de a la libertad de obrar, a la libertad entendida como proceso de formación de la voluntad.

En segundo lugar, atendiendo al requisito de crear en la víctima una determinada situación, el bien jurídico protegido es la integridad moral. Las torturas y otros delitos contra la integridad moral se regulan en el Título VII del Libro II CP (arts. 173 a 177 CP) y el Título VII bis,

que castiga la trata de seres humanos (art. 177 bis CP). La integridad moral, está consagrada en el art. 15 CE como un derecho fundamental, y se entiende como un atributo de la persona dotado de autonomía propia e independiente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor. Se concibe como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, con independencia de su situación o relaciones con otras personas. El TC español viene sosteniendo que el derecho a la integridad moral protege la inviolabilidad del ser humano no solo contra ataques dirigidos a causar lesión en su cuerpo o espíritu sino contra cualquier clase de intervención en ellos que no cuente con el consentimiento del titular (STC 137/1990).

Un sector doctrinal venía considerando que el bien jurídico protegido era la integridad moral, si bien matizando que cualquier atentado contra la integridad moral exige que se produzca un sentimiento de humillación y envilecimiento que no son consustanciales a algunas modalidades de acoso (Villacampa Estiarte, 2010: 46).

Finalmente, también podrían verse afectados los derechos a la intimidad personal y la propia imagen, consagrados como derechos fundamentales en el art. 18.1 CE, especialmente el derecho a la propia imagen, ya que el tipo habla específicamente del uso de la imagen de una persona. Estos delitos se regulan en el Título X CP, que consta de dos capítulos, respectivamente relativos al descubrimiento y revelación de secretos (Capítulo I, arts. 197 a 201 CP) y al allanamiento de morada, domicilio de las personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (Capítulo II, arts. 202 a 204 CP).

El derecho a la intimidad, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, ligado al respeto de su dignidad como persona, prevista en el art. art. 10.1 CE, frente a la acción y el conocimiento de los demás, atribuyendo a su titular el poder de defender ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a su divulgación por terceros y a una publicidad no querida (STC 58/2018).

La garantía de la vida privada de una persona y de su reputación tiene en la actualidad una dimensión positiva que excede el ámbito del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE y se traduce en un derecho de control sobre los datos del propio individuo. Así, la llamada «libertad informática» es el derecho a controlar el uso de los datos contenidos en un programa informático (habeas data) y engloba, entre otros aspectos, la oposición de una persona a que sus datos personales sean usados para fines distintos del interés legítimo que justificó su obtención (STS 1465/2022).

Respecto a estos bienes jurídicos, la aprobación definitiva del CP de 1995, en aplicación del carácter fragmentario y parcial del Derecho penal no incluyó la mera utilización de imágenes como recogía el Anteproyecto, al considerar que la protección de este bien jurídico está suficientemente garantizada con la LO 1/1982, de 5 de mayo. Por tanto, el Derecho penal no protege la propia imagen como bien jurídico autónomo ni directa ni indirectamente, sin perjuicio de que, a través de las imágenes entendidas como objeto material del delito, se puedan lesionar otros objetos formales como el honor y la intimidad, protegidos por la Ley penal (De Las Heras Vives, 2018: 450).

Algunos autores consideran la identidad digital como un bien jurídico autónomo que debería ser objeto de tutela. La identidad digital está íntimamente relacionada con el libre desarrollo de la personalidad y con otros bienes objeto de tutela penal en nuestro ordenamiento jurídico como el honor, la intimidad y la propia imagen cuando las conductas se desarrollan en el espacio virtual (Solari Merlo, 2021: 411). La suplantación online se define como aquellos actos en los que el sujeto interactúa en el espacio virtual haciéndose pasar por un tercero y sin su consentimiento. No se trata de un mero enmascaramiento de la realidad sino de un límite al disfrute de la personalidad en internet (Ibid.: 411).

Por tanto, de conformidad con lo anteriormente expuesto, cabe plantearse cuál es el bien jurídico protegido en la suplantación de iden-

tividad digital, tal como está regulada en el CP español. La referencia a la creación de una situación de acoso, hostigamiento o humillación como requisito indispensable para que el hecho de abrir un perfil falso en redes sociales, páginas de contacto u otro medio de difusión pública sin consentimiento del sujeto pasivo encaje en la conducta típica, puede interpretarse en el sentido de que en cualquier caso se estaría atentando contra la integridad moral, mientras que si se atiende a la ubicación sistemática de la figura delictiva, el bien jurídico tutelado sería la libertad. En mi opinión se trata de un delito pluriofensivo en el que los bienes tutelados son tanto la libertad como la integridad moral, así como el honor, la intimidad y la propia imagen del titular del perfil creado y, fundamentalmente, la identidad digital.

Todos estos bienes jurídicos tutelados, en caso de tipificación expresa del delito, debería ubicarse en un título propio, que llevara como rúbrica “de los delitos contra la identidad digital”, reubicando en él todas las figuras delictivas que constituyen delitos contra las personas y que afectan también a estos bienes jurídicos cuando se cometan a través de las TIC.

### **Conducta típica: elementos**

El art. 172 ter 5 CP castiga una suerte de suplantación momentánea de la identidad que consiste en el uso de la imagen, real o no, de un tercero, sin su consentimiento, para realizar alguna de estas conductas: publicar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier otro medio de difusión pública (Sánchez Benítez, 2023: 50-51). Estamos ante un delito de resultado, cuya consumación requiere que se cause una situación de «acoso, hostigamiento o humillación».

Para que el hecho encaje en la conducta prevista en el tipo penal es necesaria no solo la apertura del perfil falso, sino también la concurrencia de unos requisitos adicionales como son: la falta de consentimiento del titular del perfil abierto y que tenga lugar en redes sociales, páginas

de contacto o cualquier medio de difusión pública. Además, esta conducta, tiene que causar a la víctima una situación de acoso, hostigamiento o humillación.

### **Inexistencia de consentimiento**

El consentimiento es un elemento relevante de este tipo penal, ya que determinará la existencia o no de responsabilidad penal.

La prestación del consentimiento por el titular del bien jurídico protegido plantea algunos problemas que tienen difícil solución. Por un lado, la libertad, pues el consentimiento supone la manifestación externa de la libertad del sujeto, por lo que la autonomía y la libertad constituyen el punto de partida de la imputación penal. Por otro lado, la disponibilidad de los bienes jurídicos, es decir, si los bienes jurídicos individuales son disponibles o no, y en caso de serlo, si lo son todos o sólo algunos (Íñigo Corroza, 2022: 170). Para poder dar respuesta a estas cuestiones hay que delimitar qué se entiende por consentimiento, cuál es el bien jurídico afectado y cuáles son las circunstancias del caso concreto.

El consentimiento se puede definir como la exteriorización libre y voluntaria de la voluntad del sujeto. La doctrina penal no solo española, sino también la alemana y anglo-americana, debaten sobre si el consentimiento debe entenderse como acuerdo, asentimiento, conformidad o ejercicio de autonomía. La manifestación del titular del bien jurídico a la injerencia en éste, que determine la inexistencia del delito, puede deberse a que esa exteriorización de la voluntad convierta el hecho en atípico o a que excluya la antijuridicidad de la conducta (Ibid.: 172). En los mismos términos se pronuncia otro sector doctrinal, que sostiene que el consentimiento puede operar excluyendo la tipicidad en los casos en que la definición positiva del delito precisa la voluntad adversa del sujeto pasivo, ya que en estos casos no existe lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado; o destruyendo la antijuridicidad de la acción, pero persistiendo la estructura típica del delito (Quintano Ripollés, 1950: 329).

Finalmente, otros autores sostienen que, cuando el consentimiento es jurídicamente válido por haberlo emitido el titular del bien jurídico con plena capacidad y sin que concurra ningún vicio de la voluntad se diferencian tres supuestos. En primer lugar, aquéllos en los que de entrada no hay tipicidad por falta de relevancia jurídica (negativa) y de todo indicio injusto. En segundo lugar, aquéllos en los que el consentimiento jurídicamente válido es eficaz y permite la conducta, que de entrada es atípica por suponer la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y por la falta de adecuación social, por considerar que se trata de una conducta socialmente normal y cotidiana, de manera que el permiso o autorización por el consentimiento supone una causa de justificación debida a la ponderación de intereses. En tercer lugar, en algunas figuras delictivas, el propio precepto penal pone de relieve que, además de la exención del consentimiento válido excluyente de la antijuridicidad, el consentimiento de hecho del sujeto pasivo, aunque en términos jurídicos sea plenamente válido no excluyendo la antijuridicidad del acto, es suficiente para excluir la ilicitud penal de la conducta consentida. Por tanto, el consentimiento fáctico será causa de exclusión solo de la tipicidad penal siempre que concurran determinadas condiciones que dependen de cada tipo (Luzón Peña, 2016: 360-362).

En segundo lugar, respecto a la disponibilidad del bien jurídico, el CP encierra intereses diversos, como pueden ser los que afectan a la realidad básica del individuo (vida, salud e integridad), los relativos a la proyección de su persona (libertad en sus diversas manifestaciones, ya sea libertad sexual, libertad de obrar e intimidad), intereses funcionales (los que protegen el honor, el patrimonio, la institución de la familia o la inviolabilidad del domicilio) y los intereses relativos a la protección de las condiciones de vida en sociedad (salud pública, medio ambiente, seguridad vial, orden socioeconómico, orden público, Constitución, Administración Pública o Administración de Justicia). Los más relevantes son los vinculados de forma mediata o inmediata a la persona, es decir, los bienes jurídicos individuales como son la vida, la integridad física y

moral, el patrimonio, la intimidad, el honor, la libertad ambulatoria, la libertad sexual y la libertad general de actuación (Íñigo Corroza, 2022; 172-173). En este caso, estamos ante un bien jurídico pluriofensivo de carácter individual, como son la libertad de obrar, la intimidad, la integridad moral, la identidad digital y la propia imagen.

### **Creación de anuncios o perfiles falsos**

En una primera aproximación al concepto de anuncio o perfil falso, podemos definirlo como aquel que no cumple con los términos y condiciones que establece una determinada plataforma, no pertenecen al titular del perfil o simulan pertenecer a este. Este tipo de perfil se crea con fines de cometer diferentes delitos como stalking, cyberbullying, delitos pornográficos, delitos que atentan contra la reputación digital, manipulación mediática, etc. (Rodas Sandoval, 2018: 67). A nivel operacional, se entiende por perfil falso a efectos de cualquier investigación, aquel que sea creado por cualquier usuario con el fin de manipular, usurpar o generar una nueva identidad digital, para crear cualquier tipo de contenido (Ibid.)

### **Difusión a través de las redes sociales**

El concepto de redes sociales se entiende como una aplicación online que permite al usuario, de forma descentralizada, crear perfiles públicos basados en un nombre y a los que se pueden acompañar imágenes, fotografías, videos, textos y otros datos, que permiten interactuar con terceras personas de forma remota; compartir información; generar contenidos, así como participar en movimientos sociales y corrientes de opinión.

### **Situación de acoso, hostigamiento o humillación**

Para que la conducta típica consistente en utilizar la imagen de una persona sin su consentimiento, con la finalidad de abrir perfiles falsos en redes sociales sea punible se exige que la misma ocasione a la víctima una situación de acoso, hostigamiento o humillación.

El acoso, en defecto de un concepto legal, se puede definir como aquellas acciones que, sin llegar a producir el anuncio expreso de causar un mal o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima, se llevan a cabo de manera reiterada con la finalidad de menoscabar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima con independencia de su sexo, sometiéndola a una persecución o vigilancia constante, o realizando otros actos continuos de hostigamiento. Estas conductas de acoso tienen como objetivo el control, la búsqueda de intimidad y la necesidad de manipulación de la vida y actividades de la víctima, provocando inseguridad y miedo vinculados causalmente al hostigamiento, así como inferirle sentimientos de temor por su integridad física, de persecución y desestabilización, e incluso, vejación y humillación (Martínez Atienza, 2020: 18). El elemento esencial del acoso es el patrón de comportamiento intrusivo en la vida de otra persona contra su voluntad, del que se desprende un riesgo objetivo de causar un mal o desagrado a una persona con el consiguiente desasosiego, preocupación e incluso miedo experimentado de forma razonable por la víctima (De La Cuesta Arzamendi y Mayordomo Rodrigo, 2011: 23-24).

### **Exigibilidad de los requisitos del art. 172 ter 1 CP**

Por último, es necesario analizar si también se exige la concurrencia de los requisitos del delito de stalking del art. 172 ter 1 CP. Estos requisitos son: repetición de la conducta, falta de legitimidad y alteración de la vida cotidiana. Algunos autores consideran que, por su ubicación sistemática, existe una conexión entre ambos delitos y, por lo tanto, deben exigirse (Díaz y García-Conlledo, 2023); mientras que otros lo consideran un artículo independiente y no exigen la concurrencia de estos requisitos (Sánchez Benítez, 2023). La ubicación sistemática del delito de creación de perfiles falsos en redes sociales, entre los delitos contra la libertad, como modalidad de coacción no es, a mi juicio, correcta, por lo que considero que los requisitos del delito de stalking no son exigibles para la creación de perfiles falsos en redes sociales. Los bienes jurídicos protegidos en los delitos convencionales no son suficientes para la ade-

cuada recriminación de este tipo de conductas en la red. Este delito debería tipificarse en un título separado donde se proteja la identidad digital como derecho autónomo.

### **Delimitación entre el reproche penal y la sanción civil**

No todos los supuestos de creación de un perfil falso, sin consentimiento, utilizando la imagen de una persona producen una situación de acoso, hostigamiento o humillación, por lo que en estos casos la conducta no es punible penalmente.

El ordenamiento jurídico español cuenta con mecanismos de respuesta en vía civil a través de la LO 1/1982. Estas conductas encuentran acomodo en el elenco, no exhaustivo, de intromisiones ilegítimas en los mencionados derechos, previsto en el art. 7, haciendo una interpretación extensiva de lo establecido en el número 6, según el cual, se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado en el art. 2 de esta LO, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. En este precepto, a diferencia del tipo penal que se refiere únicamente al uso de la imagen, se protege la intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen no solo por el uso de la imagen, sino también de otros datos identificativos de una persona como el nombre o la voz. Dentro del término «de naturaleza análoga» a los fines comerciales o publicitarios, se pueden entender incluidos los fines de realizar anuncios o crear perfiles falsos. Además, a diferencia de la vía penal, en la civil es posible la tutela de los derechos al honor, intimidad y propia imagen también de las personas fallecidas.

Sin embargo, en los casos en los que con la creación del perfil falso se produzca tal situación de acoso, hostigamiento o humillación, considero que sí es necesaria la intervención del Derecho penal, pero que no es necesaria la tipificación expresa del delito, porque podía castigarse por dos vías, bien a través del tipo básico de los delitos contra la integridad moral, previsto en el art. 173.1 CP, o como delito de stalking del art.

172 ter 1. 3ª CP. De establecer una tipificación expresa de estas conductas, debería hacerse en un título autónomo cuyo bien jurídico protegido sea la identidad digital.

## DISCUSIÓN

Aunque los sistemas del Common Law, a diferencia de los sistemas de Derecho continental, no siguen esta vocación codificadora, también cuentan con mecanismos para determinar qué conductas son perseguibles, por lo que la cuestión de si el derecho penal es la mejor forma de combatirlos también les concierne; y cuentan con mecanismos de derecho civil para las conductas menos graves.

Para concluir, intentaré responder a las tres preguntas que planteé al principio de este artículo.

1. La respuesta penal no es siempre la más idónea para hacer frente al incremento de los atentados contra la dignidad en internet. El Derecho penal debe reservarse para los casos más graves en los que se pone en peligro la convivencia social. No todos los supuestos de creación de perfiles falsos, sin consentimiento, que utilizan la imagen de una persona generan situaciones de acoso, hostigamiento o humillación, por lo que en estos casos la conducta no es punible penalmente. Los ordenamientos jurídicos deben contar con otros mecanismos de respuesta para estos otros casos, en procedimientos civiles y administrativos.

El ordenamiento jurídico ya contaba con cauces suficientes para el castigo de estas conductas sin necesidad de creación expresa de un tipo autónomo. Sin embargo, si considero necesario contar con algún instrumento jurídico de ámbito mundial donde se recojan las conductas delictivas cometidas a través de la Red. El hecho de que este tipo de delitos se pueda cometer en cualquier lugar dificulta su identificación y sanción, por lo que un instrumento global permitiría, al menos, delimitar de manera unánime cuales son las conductas más peligrosas, cómo se deben tipificar y donde se debe enjuiciar al sujeto responsable. Para los

demás casos, los Estados deben gozar de más libertad para determinar, en vía civil o en su caso administrativa, la sanción de estas conductas.

2. La regulación proporciona seguridad jurídica. Sin embargo, una regulación excesiva supone la quiebra de los principios generales del propio Derecho penal, como el de última ratio o intervención mínima, conforme al cual el Derecho penal solo debe perseguir las conductas más peligrosas para la convivencia social. La idoneidad de la introducción de figuras jurídicas similares a la prevista en el art. 172 ter 5 CP español depende de la posibilidad de su armonización con los demás preceptos del ordenamiento jurídico en cuestión y de la posibilidad de aplicación de otras figuras ya previstas para el castigo de estas conductas.

La creación de perfiles falsos en redes sociales ya era reprochable penalmente y venía siendo castigada por la jurisprudencia española con arreglo a distintos tipos previstos en el CP. Por tanto, no estamos ante una nueva conducta delictiva, sino ante la tipificación expresa de una conducta ya castigada con anterioridad a su introducción en el art. 172 ter 5 CP. No obstante, la jurisprudencia no seguía un criterio unánime en la calificación de estos hechos, sino que los castigaba inicialmente como un delito de usurpación del estado civil, y, en otros casos, aunque en menor medida, como delitos de injurias, vejaciones injustas o falsedad en documento mercantil. Si bien todos estos tipos son suficientes para el castigo penal de esta conducta, no es menos cierto que los delitos tecnológicos pueden suponer la vulneración de otros bienes jurídicos diferentes a los protegidos en los delitos cometidos en el espacio físico; por ejemplo, el derecho a la identidad digital. Entiendo que, si consideramos que es necesaria la protección de otros bienes jurídicos, estaría justificada la tipificación expresa de estos delitos cometidos a través de la Red, pero en ese caso, deberían ubicarse sistemáticamente en un título propio.

3. La creación de instrumentos globales para hacer frente a la ciberdelincuencia y su enjuiciamiento, teniendo en cuenta su carácter transnacional, no se ha considerado más allá del Convenio de Budapest

de 2001. La excesiva libertad concedida a los Estados para tipificar las conductas en su legislación nacional y el rápido avance de las tecnologías dificultan la uniformidad en la aplicación de la Ley penal. Este texto, aunque supone un paso adelante en el intento de cooperar en la lucha contra la ciberdelincuencia, no es suficiente. La rápida evolución tecnológica y el impacto de la inteligencia artificial, parece evidenciar una necesidad de actualización del Convenio, así la aprobación de otras normas transnacionales.

La existencia de cooperación entre los Estados con el fin de lograr un mayor éxito en el enjuiciamiento de la ciberdelincuencia es una cuestión de voluntad política. Ningún instrumento jurídico es universalmente vinculante; solo son vinculantes para los Estados que se adhieren a ellos y los ratifican.

## Referencias bibliográficas

- Anguita Osuna, J. E. (2018). Análisis histórico-jurídico de la lucha contra la ciberdelincuencia en la Unión Europea. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 4(1), 107–126. <https://doi.org/10.18847/1.7.7>
- Barrio Andrés, M. (2011). La ciberdelincuencia en el Derecho español. *Revista de las Cortes Generales*, (83), 273–305. <https://doi.org/10.33426/rcg/2011/83/473>
- Barrio Andrés, M. (2018). *Delitos 2.0: Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Wolters Kluwer.
- Baucells i Lladós, J. (2014). La irreflexiva criminalización del hostigamiento en el proyecto de Código Penal. *Revista General de Derecho Penal*, (21), 1–17.
- Borghello, C., & Temperini, M. G. I. (2016). Suplantación de identidad digital como delito informático. En M. Kieffer (Coord.), *Cibercrimen: Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet* (pp. 291–311). B de F.
- Cancio Meliá, M., & Pérez Manzano, M. (2019). Principios del Derecho penal (II). En J. A. Lascuraín Sánchez (Coord.), *Manual de introducción al Derecho penal* (pp. 69–90). BOE.
- Cocchini, A. (2021). Los ciberataques de los actores no estatales y la “ciberdiligencia debida” de los Estados. *Revista UNISCI*, 19(55), 69–98. <https://doi.org/10.31439/unisci-106>
- Corcoy Bidasolo, M. (2007). Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: Particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (21), 7–32. <http://hdl.handle.net/10810/25001>

- Cuerda Arnau, M. L. (2022). Delitos contra la libertad (II): Amenazas. Coacciones. En J. L. González Cussac (Coord.), *Derecho penal: Parte especial* (7.ª ed., pp. 171–199). Tirant lo Blanch.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L., & Mayordomo Rodrigo, V. (2011). Acoso y Derecho penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (25), 21–48. <https://www.ehu.es/es/web/ivac/cuaderno-eguzkilore-25>
- De las Heras Vives, L. (2018). El derecho a la propia imagen en España: Un análisis desde el Derecho constitucional, civil y penal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (8), 435–453. <https://revista-aji.com/articulos/2018/8/435-453.pdf>
- De Prada Rodríguez, M., & Santos Alonso, J. (2013). Suplantación de identidad en internet: Necesidad de reforma del Código Penal. *Anuario Jurídico Villanueva*, (7), 215–229. <https://digiuv.villanueva.edu/handle/20.500.12766/338>
- Díaz y García Conlledo, M. (2023). Comentario al art. 172 ter CP. En M. L. Cuerda Arnau (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (1.ª ed., t. I, pp. 1137–1142). Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez Castañeda, A. (2013). Acoso - stalking: Art. 173 ter. En L. Álvarez García (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (1.ª ed., pp. 581–588).
- Íñigo Corroza, E. (2022). El consentimiento de la víctima: Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 75, 167–203. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP>
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho penal: Parte general* (3.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Martínez Atienza, G. (2020). *El acoso y su protección especialmente penal. Experiencia.*

- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2022). *Derecho penal: Parte general* (11.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Quintano Ripollés, A. (1950). Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2(3), 321–344. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/541>
- Rodas Sandoval, M. C. (2018). Análisis sobre el uso de perfiles falsos de figuras políticas en Guatemala a través de la red social Twitter durante los años 2015-2017 [Tesis, Universidad Rafael Landívar].
- Romeo Casabona, C. M. (2006). De los delitos informáticos al cibercrimen: Una aproximación conceptual y político-criminal. En C. M. Romeo Casabona (Coord.), *El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales* (pp. 1–43). Colmenares.
- Sánchez Benítez, C. (2023). Tratamiento jurídico-penal del acoso en España, especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022, de 12 de abril y 10/2022, de 6 de septiembre. BOE.
- Solari Merlo, M. N. (2021). Encaje jurídico de las conductas de suplantación en la era digital. En P. Simón Castellano & A. Abadías Selma (Coords.), *Cuestiones penales a debate* (pp. 405–429). J. M. Bosch Editor.
- Solari Merlo, M. N. (2022). Suplantación de identidad digital: ¿Necesidad de criminalización? *Cuadernos de Política Criminal*, (136), 125–163.
- Solari Merlo, M. N. (2023). *La identidad digital ante el Derecho penal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Subijana Zunzunegui, I. J. (2008). El ciberterrorismo: Una perspectiva legal y judicial. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (22), 169–187. <https://www.ehu.eus/documen>

ts/1736829/2176658/Eguzkilore+22.pdf

Tarodo Soria, S. (2025). Patient autonomy in the context of digital health. *Bioethics*, 39(5), 404–413. <https://doi.org/10.1111/bioe.13410>

Velasco Núñez, E., & Sanchís Crespo, C. (2019). Delincuencia informática: Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal penal de 2015. Tirant lo Blanch.

Villacampa Estiarte, C. (2010). La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: Presente y futuro. *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, (4), 33–57. <http://www.uv.es/recrim/recrim10/recrim10a03.pdf>

### Otras Fuentes y Legislación

Comisión Europea. (2007). *Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia* [COM(2007) 267 final]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52007DC0267>

Consejo de Europa. (2001). *Convención sobre cibercrimen*. Budapest. <https://rm.coe.int/1680081561>

Consejo de Europa. (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Estambul. <https://rm.coe.int/1680462543>

Constitución Española. (1978). *Constitución Española* (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información. (2013). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/40/oj>

Fiscalía General del Estado. (2014). Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del

Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA\\_SITE/recursos/pdf/MEMFIS14.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS14.pdf)

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (1982). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1/con>

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (2000). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/12/5/con>

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (2010). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (2015). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (1889). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

## **Jurisprudencia**

Tribunal Constitucional de España. (2018, junio 4). STC 58/2018 [ECLI:ES:TC:2018:58]. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25683>

Tribunal Constitucional de España. (1990, julio 19). STC 137/1990 [ECLI:ES:TC:1990:137]. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1562>

Tribunal Supremo de España. (2022, abril 20). STS 1465/2022 [ECLI:ES:TS:2022:1465]. <https://www.poderjudicial.es/search/>

AN/openDocument/645033570cfa79da/20220429


Tribunal Supremo de España. (2000, marzo 18). STS 2183/2000 [ECLI:ES:TS:2000:2183]. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/83fd36b86a65c6f3/20030830>


# Innovación en la Enseñanza Jurídica: Uso de IA en Simulaciones de Violencia de Género

Innovation in Legal Education: Use of AI in Gender Violence Simulations

**Paola Jimena Noya Cabrera**

Master en Derecho Empresarial  
Universidad Privada Domingo Savio  
Santa Cruz, Bolivia

 <https://orcid.org/0009-0009-5978-3007>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch15>

## Resumen

Esta investigación analiza la implementación de simulaciones educativas basadas en inteligencia artificial (IA) para mejorar la formación ética de estudiantes de derecho en el manejo de casos de violencia de género. El estudio se realizó con 45 estudiantes de séptimo semestre de Procedimiento Penal en la Universidad Privada Domingo Savio, Santa Cruz (Bolivia), durante 2025. Empleando un diseño explicativo con métodos mixtos, se evaluó cómo estas herramientas tecnológicas influyen en el desarrollo de competencias éticas prácticas. Los resultados revelan que el 80% de participantes identificó correctamente dilemas éticos en casos simulados, mientras el 60% tomó decisiones éticas coherentes con principios jurídicos. Se observó una significativa brecha entre la autoevaluación de competencias y su aplicación práctica, particularmente en situaciones que requieren equilibrar confidencialidad y protección a víctimas. Los grupos focales evidenciaron que las simulaciones con IA proporcionan un entorno seguro para practicar decisiones complejas, desarrollar empatía y fortalecer capacidades analíticas, siendo valoradas por el 82% de estudiantes como herramientas que mejoran su preparación práctica. El estudio concluye que esta metodología innovadora transforma significativamente la educación jurídica tradicional al integrar experiencias prácticas realistas que fomentan reflexión crítica y toma de decisiones responsables. Se recomienda implementar capacitación docente especializada, protocolos institucionales para validación de algoritmos,

y promover investigación interdisciplinaria que garantice un uso ético de estas tecnologías en la formación de abogados comprometidos con la justicia social.

### **Palabras clave**

Inteligencia artificial, educación jurídica, violencia de género, ética profesional, simulaciones educativas.

### **Abstract**

This research analyzes the implementation of educational simulations based on artificial intelligence (AI) to improve the ethical training of law students in handling cases of gender-based violence. The study was conducted with 45 seventh-semester students of Criminal Procedure at the Private University Domingo Savio, Santa Cruz (Bolivia), during 2025. Using an explanatory design with mixed methods, the study evaluated how these technological tools influence the development of practical ethical competencies. The results reveal that 80% of participants correctly identified ethical dilemmas in simulated cases, while 60% made ethical decisions consistent with legal principles. A significant gap was observed between the self-assessment of competencies and their practical application, particularly in situations requiring a balance between confidentiality and victim protection. Focus groups indicated that AI simulations provide a safe environment to practice complex decisions, develop empathy, and strengthen analytical skills, being valued by 82% of students as tools that enhance their practical preparation. The study concludes that this innovative methodology significantly transforms traditional legal education by integrating realistic practical experiences that foster critical reflection and responsible decision-making. It is recommended to implement specialized teacher training, institutional protocols for algorithm validation, and promote interdisciplinary research to ensure the ethical use of these technologies in the training of lawyers committed to social justice.

## Keywords

Artificial intelligence, legal education, gender-based violence, professional ethics, educational simulations.

## INTRODUCCIÓN

La formación de profesionales del derecho comprometidos con principios fundamentales de justicia, igualdad y defensa de los derechos humanos constituye un pilar esencial en la educación jurídica contemporánea. En un contexto global donde las problemáticas sociales exigen respuestas cada vez más complejas y multidimensionales, el desarrollo de competencias éticas resulta indispensable para los futuros abogados, especialmente al enfrentar situaciones de alta sensibilidad como la violencia de género. Esta realidad es particularmente apremiante en regiones como Santa Cruz, Bolivia, donde los índices de violencia basada en género evidencian una problemática estructural que demanda una respuesta jurídica informada y ética. Los métodos tradicionales de enseñanza del derecho, caracterizados por su enfoque predominantemente teórico y memorístico, presentan limitaciones significativas para abordar eficazmente los dilemas éticos complejos que emergen en la práctica profesional cotidiana (Olmeda García, 2020). La brecha entre la formación académica y los desafíos de la realidad profesional exige repensar las metodologías pedagógicas utilizadas en las facultades de derecho, incorporando herramientas que permitan a los estudiantes desarrollar habilidades prácticas fundamentadas en principios éticos sólidos.

Ante este panorama, las simulaciones educativas emergen como una herramienta pedagógica innovadora con potencial transformador en la formación jurídica. Estas simulaciones permiten recrear escenarios prácticos controlados donde los estudiantes pueden aplicar conocimientos teóricos, desarrollar pensamiento crítico y cultivar la empatía necesaria para abordar casos complejos de violencia de género. La posibilidad de experimentar situaciones realistas sin los riesgos inherentes a la práctica profesional constituye una ventaja significativa para el proceso

formativo. Como señalan Torres Ortega y Gallardo Martínez (2023), las metodologías activas basadas en simulaciones propician un aprendizaje significativo que trasciende la memorización de contenidos para fortalecer la capacidad analítica y el razonamiento ético de los futuros profesionales del derecho. Este enfoque pedagógico responde a la necesidad de formar abogados no solo técnicamente competentes, sino también éticamente comprometidos con la transformación social y la protección de los derechos de poblaciones vulnerables, como las mujeres víctimas de violencia, un aspecto fundamental en sociedades democráticas que buscan consolidar estados de derecho genuinos y sistemas de justicia inclusivos.

Paralelamente, la Inteligencia Artificial (IA) se posiciona como una tecnología emergente con potencial transformador en diversos campos, incluidos la educación superior y el ejercicio del derecho. La integración estratégica de la IA en simulaciones educativas representa una innovación pedagógica significativa que puede revolucionar la enseñanza jurídica, especialmente en temáticas complejas como la violencia de género. Butler (2020) argumenta que la incorporación de tecnologías inteligentes en la formación de abogados permite personalizar experiencias de aprendizaje, adaptándolas a diferentes estilos cognitivos y necesidades formativas específicas, maximizando así su impacto pedagógico. Las capacidades de la IA para generar escenarios realistas, adaptar contenidos dinámicamente, proporcionar retroalimentación inmediata y analizar patrones de razonamiento ético ofrecen posibilidades sin precedentes para enriquecer la experiencia educativa. Esta convergencia entre simulaciones educativas e inteligencia artificial se alinea con las tendencias actuales en innovación educativa y responde a la necesidad de modernizar la enseñanza del derecho para formar profesionales preparados para enfrentar los complejos desafíos jurídicos y éticos del siglo XXI.

La presente investigación se desarrolla en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Privada Domingo Savio (UPDS) Sede Santa Cruz, enfocándose específicamente en estudiantes de séptimo semestre de la materia de Procedimiento Penal durante el período académico 2025.

Este estudio aborda la problemática identificada explorando el potencial de las simulaciones educativas potenciadas por IA como herramientas pedagógicas para fortalecer la formación ética de los futuros abogados en el manejo de casos de violencia de género. La investigación se justifica en la necesidad imperante de modernizar la enseñanza del derecho, trascendiendo los enfoques tradicionales basados en la memorización hacia metodologías que privilegien la reflexión crítica y la toma de decisiones fundamentada en sólidos principios éticos y jurídicos. Como señala Verdin Mansilla (2021), la incorporación de tecnologías avanzadas en la educación jurídica no solo representa una actualización metodológica, sino una transformación paradigmática en la concepción misma del proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho, orientándolo hacia modelos más participativos, contextualizados y centrados en el desarrollo de competencias prácticas esenciales para el ejercicio profesional responsable.

El objetivo general que orienta esta investigación es explicar cómo las simulaciones educativas basadas en inteligencia artificial influyen en el desarrollo de competencias prácticas éticas, particularmente en la toma de decisiones frente a casos de violencia de género, en estudiantes de derecho de la UPDS Santa Cruz. La hipótesis central que sustenta este estudio postula que el uso de estrategias de inteligencia artificial para generar escenarios interactivos y proporcionar retroalimentación ética personalizada en simulaciones sobre violencia de género favorece significativamente la deliberación ética en la toma de decisiones de los estudiantes de derecho. Esta mejora se produce al proporcionar experiencias de aprendizaje realistas que fortalecen la capacidad de análisis ético-jurídico ante dilemas complejos y situaciones que requieren un abordaje multidimensional. González (2020) enfatiza que la integración de tecnologías avanzadas en la formación jurídica debe orientarse no solo a la transmisión de conocimientos técnicos, sino fundamentalmente al cultivo de una sensibilidad ética que permita a los futuros abogados reconocer las implicaciones sociales, psicológicas y culturales de los casos de violencia de género, superando visiones meramente legalistas para

adoptar perspectivas integrales que consideren el impacto humano de las decisiones jurídicas en contextos de vulnerabilidad.

La educación jurídica contemporánea está experimentando una transformación paradigmática impulsada por la integración de tecnologías emergentes, destacándose particularmente la inteligencia artificial como un recurso pedagógico con potencial revolucionario. La implementación de sistemas de IA en simulaciones educativas diseñadas específicamente para abordar casos de violencia de género permite a los estudiantes de derecho enfrentarse a situaciones de alta complejidad jurídica y ética en entornos controlados y realistas, facilitando así la aplicación de conocimientos teóricos y el desarrollo de habilidades prácticas fundamentales para un ejercicio profesional responsable. En el contexto boliviano, donde la violencia de género sigue representando un desafío social y jurídico de gran magnitud según evidencian estudios recientes, resulta imperativo fortalecer la formación ética de los futuros profesionales del derecho para garantizar una respuesta judicial adecuada a esta problemática (Torres Ortega & Gallardo Martínez, 2023). Las simulaciones potenciadas por IA no solo modernizan la metodología de enseñanza, sino que promueven activamente la reflexión ética profunda y la toma de decisiones jurídicas responsables, preparando a los estudiantes para enfrentar estos retos con la sensibilidad y el compromiso social que demandan (Olmeda García, 2020). Este enfoque pedagógico innovador responde a la creciente complejidad del entorno legal y la necesidad de formar abogados capaces de navegar dilemas éticos complejos con integridad profesional y responsabilidad social.

A pesar de los avances significativos en la incorporación de la inteligencia artificial en la educación jurídica, persisten interrogantes fundamentales sobre su verdadera eficacia para fortalecer las competencias éticas de los estudiantes, particularmente en temas sensibles como la violencia de género. Si bien la IA ofrece posibilidades prometedoras para personalizar el aprendizaje y proporcionar retroalimentación inmediata, existen riesgos inherentes relacionados con la reproducción de ses-

gos algorítmicos y la opacidad en los procesos de toma de decisiones automatizadas que podrían comprometer su valor pedagógico (Verdún Mansilla, 2021). La evidencia empírica disponible sobre el impacto real de las simulaciones educativas basadas en IA en la transformación de actitudes y prácticas éticas de los estudiantes de derecho frente a casos de violencia de género es aún limitada, lo que genera incertidumbre respecto al alcance y la pertinencia de estas estrategias tecnológicas para contribuir efectivamente a una formación jurídica integral (Butler, 2020; Vargas, 2024). Esta situación subraya la necesidad apremiante de desarrollar investigaciones rigurosas que evalúen sistemáticamente si el uso de inteligencia artificial en simulaciones educativas logra efectivamente fortalecer el compromiso ético y profesional de los futuros abogados, especialmente cuando se enfrentan a casos que involucran violencia basada en género y otras formas de vulneración de derechos fundamentales (González, 2020). El presente estudio busca contribuir a llenar este vacío de conocimiento, aportando evidencia empírica sobre la efectividad de estas innovaciones pedagógicas en el contexto específico de la formación jurídica en Bolivia.

## METODOLOGÍA

El presente estudio se centró en analizar el impacto de las estrategias de uso de inteligencia artificial en simulaciones educativas sobre violencia de género en el desarrollo de competencias éticas en estudiantes de derecho de séptimo semestre. Para ello, se seleccionó una muestra de 45 estudiantes matriculados en la asignatura de Procedimiento Penal en la Universidad Privada Domingo Savio, sede Santa Cruz, durante el período académico 2025.

El diseño metodológico fue de carácter explicativo, basado en un enfoque cuantitativo y cualitativo, que permitió determinar la relación causa-efecto entre las estrategias con IA implementadas y la adquisición de competencias éticas por parte de los estudiantes. La recolección de datos se realizó mediante la aplicación de un formulario en Google Forms, alineado con indicadores previamente definidos en la operacionalización de variables, específicamente en las dimensiones de conocimientos previos, autoevaluación de habilidades y estimación de desempeño.

El formulario contempló preguntas estructuradas en escalas Likert (de 1 a 5 y de 0 a 10), así como porcentajes (0-100%), relacionadas con la percepción y conocimientos de los estudiantes respecto a dilemas éticos en violencia de género y su capacidad de decisión en escenarios simulados. La muestra total fue de 45 estudiantes, de los cuales solo 33 respondieron de manera válida, lo que permitió realizar análisis estadísticos descriptivos y comparativos.

Como parte del proceso, se diseñaron y aplicaron simulaciones basadas en inteligencia artificial, que generaron escenarios interactivos y retroalimentación ética personalizada para cada participante. Estas estrategias se fundamentaron en el uso de simulaciones educativas con IA, que, según Beltrán y Rodríguez (2021), fomentan un aprendizaje activo y reflexivo mediante la interacción en entornos controlados, permitiendo desarrollar habilidades críticas y éticas en contextos complejos. Posteriormente, se realizó un análisis de contenido cualitativo de las respues-

tas y decisiones tomadas durante las simulaciones, para identificar los mecanismos y procesos a través de los cuales estas estrategias influyeron en el desarrollo de competencias éticas.

Asimismo, se contrastaron los resultados de las respuestas con los objetivos planteados en la operacionalización de variables y las hipótesis formuladas, con el fin de evaluar la efectividad de las estrategias implementadas. La interpretación de los datos se realizó teniendo en cuenta el marco teórico sobre educación ética, simulaciones virtuales y el uso de inteligencia artificial en la formación jurídica, alineándose con lo planteado por Beltrán y Rodríguez (2021) y con las directrices para la investigación en educación con tecnologías emergentes (Sánchez, 2019).

Por último, se reconocieron las limitaciones metodológicas, incluyendo la reducción de la muestra debido al porcentaje de respuestas válidas, y se sugirió que futuras investigaciones podrían ampliar la muestra y emplear métodos complementarios, como entrevistas semiestructuradas, para profundizar en los aspectos cualitativos del proceso de aprendizaje.

## RESULTADOS

Tras la aplicación de simulaciones educativas basadas en inteligencia artificial (IA) a estudiantes de séptimo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Privada Domingo Savio, sede Santa Cruz, se obtuvieron diversos hallazgos significativos.

De los 45 estudiantes invitados a participar en la encuesta diagnóstica, alcanzando una participación del 73%. La recolección de datos se realizó principalmente a través de un formulario de Google (encuesta diagnóstica), grupos focales y guías de observación.

### **Diagnóstico inicial de competencias**

El diagnóstico inicial reveló un nivel intermedio de conocimiento sobre principios éticos y normativos en casos de violencia de género,

con la mayoría de los participantes situándose en un rango de calificación de 3 a 4 sobre 5 en familiaridad con estos temas. La confianza en el reconocimiento de dilemas éticos osciló entre 5 y 8 sobre 10, sugiriendo una base conceptual presente, pero con incertidumbre en la aplicación práctica.

Se observó una distribución heterogénea en la confianza para traducir el conocimiento teórico en decisiones prácticas, con puntuaciones entre 5 y 9 sobre 10, lo que evidenció la necesidad de fortalecer las habilidades de aplicación contextual. En promedio, los estudiantes estimaron poder resolver correctamente entre el 50% y 75% de los casos prácticos simulados.

### **Desempeño en simulaciones con IA**

La evaluación del desempeño de los estudiantes durante las simulaciones con inteligencia artificial arrojó los siguientes resultados:

**Tabla 1**

*Resultados de desempeño ético y toma de decisiones en simulaciones con IA*

<b>Categoría evaluada</b>	<b>Número de estudiantes</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Identificación adecuada del dilema ético	24	80
Argumentación fundamentada	21	70
Toma de decisión ética coherente	18	60
Reconocimiento de sesgos algorítmicos	10	33
Uso responsable de la IA	16	53

*Nota.* Los datos fueron recolectados mediante observación directa durante las simulaciones realizadas en el laboratorio de prácticas jurídicas UPDS.

**Tabla 2**

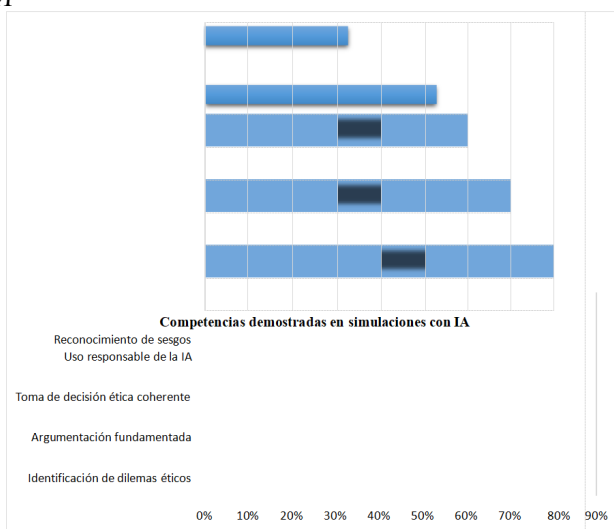
*Resultados de la autoevaluación de competencias y su aplicación práctica*

Competencia evaluada	Autoevaluación positiva (%)	Demostración efectiva en simulación (%)
Identificación de dilemas éticos	67	80
Respeto a la confidencialidad	73	48
Evitar revictimización	67	52
Aplicación de normativa (Ley 348)	61	53
Valoración global	70	60

*Nota.* Los datos representa la diferencia entre la percepción del estudiante sobre sus competencias y su desempeño real observado en las simulaciones.

**Figura 1**

*Porcentaje de estudiantes según competencia demostrada en simulaciones con IA*



*Nota.* Representación gráfica del desempeño de los estudiantes en las cinco competencias clave evaluadas durante las simulaciones con IA.

Los resultados mostraron que el 80% de los estudiantes identificó correctamente los dilemas éticos presentes en los casos de violencia

de género simulados. El 70% logró argumentar sus decisiones de manera fundamentada, mientras que el 60% tomó decisiones éticas coherentes con los principios jurídicos y sociales. Sin embargo, solo el 33% reconoció activamente posibles sesgos en los algoritmos de IA utilizados en las simulaciones, y el 53% demostró un uso responsable de la tecnología durante la actividad

### **Aplicación de principios éticos**

Un hallazgo notable fue la identificación de la confidencialidad y el respeto por la víctima como un principio ético fundamental al interactuar en casos de violencia de género. Sin embargo, se evidenció una tensión significativa en la aplicación práctica de este principio, especialmente ante escenarios de riesgo inminente para la vida de la víctima, donde la mayoría de los participantes manifestó que optarían por reportar a las autoridades, priorizando la protección de la vida por encima de la reserva profesional.

En la autoevaluación, el 67% de los estudiantes se calificó con habilidades mediasaltas para identificar dilemas éticos, pero en un escenario simulado, el 52% optó por una acción (reportar sin consentimiento) que contradecía principios de autonomía, resaltando una brecha entre la autopercepción y la acción práctica en la toma de decisiones éticas.

Adicionalmente, el 61% subestimó su capacidad para alinearse con normativas.

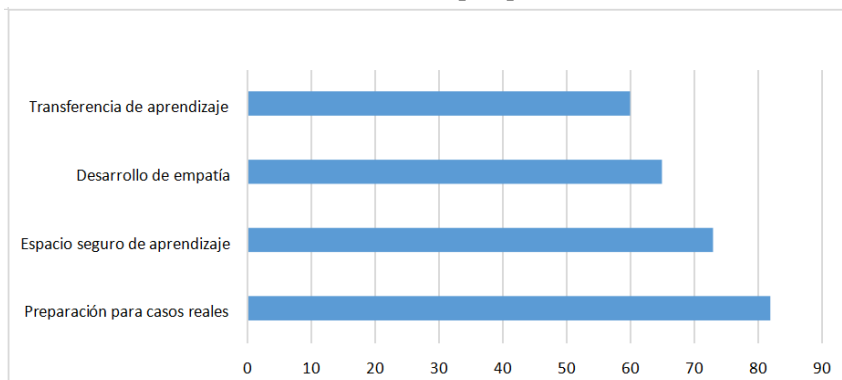
### **Resultados de los grupos focales**

Los grupos focales complementaron estos hallazgos cuantitativos, destacando diversos aspectos relevantes que se presentan en la siguiente tabla:

**Tabla 3***Principales hallazgos de los grupos focales sobre simulaciones con IA*

Aspecto evaluado	Hallazgo principal	Porcentaje (%)
Elementos realistas	Necesidad de incluir diversos tipos de violencia y dinámicas de poder	85
Principios éticos prioritarios	Confidencialidad y autonomía de la víctima	45
Revictimización	Reconocimiento de importancia vs. estrategias concretas	52
Retroalimentación	Solicitud de evaluaciones técnicas y éticas	78
Desarrollo de empatía	Comprensión de necesidades más allá del marco legal	65
Preparación práctica	Percepción de mejor disposición para actuar con sensibilidad	82
Transferencia de aprendizaje	Confianza en aplicar decisiones similares en el futuro	60
Valor formativo	Apreciación como espacio seguro para ajustar criterio ético	73

*Nota.* Datos obtenidos a partir del análisis de las respuestas en grupos focales con 45 estudiantes participantes.

**Figura 2***Valoración de las simulaciones con IA por parte de los estudiantes*

*Nota.* La figura representa la percepción positiva de los estudiantes sobre diferentes aspectos formativos de las simulaciones con IA.

Estos resultados sugieren que las simulaciones basadas en IA no solo contribuyen al desarrollo de competencias reflexivas y empáticas, sino que también fomentan la capacidad de análisis ético y jurídico en el contexto de casos de violencia de género.

## DISCUSIÓN

Los resultados obtenidos en este estudio evidencian el impacto positivo de la implementación de simulaciones educativas basadas en inteligencia artificial (IA) en la formación ética de los estudiantes de Derecho, específicamente en el abordaje de casos de violencia de género. Estos hallazgos son relevantes en el contexto boliviano, donde la violencia de género representa una problemática social urgente y la formación jurídica tradicional ha demostrado limitaciones para preparar a los futuros profesionales en la toma de decisiones éticas complejas.

En primer lugar, se observa que las simulaciones con IA permiten a los estudiantes enfrentarse a dilemas éticos en un entorno controlado y realista, promoviendo el desarrollo del pensamiento crítico y la empatía. Este resultado coincide con investigaciones previas (Butler, 2020; Verdín Mansilla, 2021), que señalan la importancia de integrar experiencias prácticas y reflexivas en la educación jurídica para fortalecer la conciencia ética y la responsabilidad profesional. A diferencia de los métodos tradicionales, que suelen centrarse en la memorización de normas y procedimientos, las simulaciones interactivas facilitan la internalización de valores y principios fundamentales para el ejercicio del Derecho.

Asimismo, los datos cuantitativos muestran una mejora significativa en la capacidad de los estudiantes para identificar y cuestionar sesgos de género en la toma de decisiones judiciales. Este avance es especialmente relevante si se considera que la literatura reciente advierte sobre el riesgo de que la IA, si no se implementa de manera ética, pueda perpetuar o incluso amplificar desigualdades existentes (González, 2020). En este estudio, la supervisión docente y la transparencia en el diseño de los algoritmos permitieron mitigar estos riesgos, asegurando

que las simulaciones contribuyeran a la formación de profesionales críticos y comprometidos con la justicia social.

En comparación con experiencias en otras facultades y países, donde la integración de tecnologías emergentes en la educación jurídica ha mostrado resultados positivos en la adquisición de competencias técnicas (Olmeda García, 2020), este estudio aporta evidencia sobre el valor añadido de la IA para el desarrollo de competencias éticas. Sin embargo, también se identifican desafíos importantes, como el riesgo de sobredependencia en los diagnósticos algorítmicos y la necesidad de garantizar la explicabilidad de los resultados para evitar interpretaciones erróneas.

En términos de implicaciones prácticas, los hallazgos sugieren que la incorporación de simulaciones educativas con IA debe ir acompañada de una formación específica en ética digital y una supervisión constante por parte de los docentes. Se recomienda, además, la elaboración de guías y protocolos que orienten el uso responsable de estas herramientas, así como la realización de auditorías periódicas para evaluar la equidad y transparencia de los algoritmos utilizados.

Finalmente, para futuras investigaciones, se sugiere ampliar la muestra a otras universidades y contextos, así como explorar el impacto a largo plazo de las simulaciones en el desempeño profesional de los egresados. También sería pertinente analizar la percepción de las víctimas y operadores de justicia sobre la preparación ética de los nuevos profesionales formados bajo este modelo.

En síntesis, los resultados de este estudio confirman que las simulaciones educativas basadas en IA representan una estrategia innovadora y efectiva para fortalecer la formación ética en la educación jurídica, especialmente en temas sensibles como la violencia de género. Su relevancia radica en la capacidad de combinar el aprendizaje técnico con una perspectiva humanista, contribuyendo así a la formación de abogados más competentes y socialmente responsables.

## **Conclusión**

En conclusión, los hallazgos de esta investigación demuestran que la integración de simulaciones educativas basadas en inteligencia artificial (IA) en la formación jurídica de estudiantes de séptimo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Privada Domingo Savio, sede Santa Cruz, tiene un impacto positivo y significativo en el desarrollo de prácticas éticas, especialmente en la atención de casos de violencia de género. Se confirma que estas estrategias innovadoras no solo fortalecen la comprensión teórica y práctica del procedimiento penal, sino que también promueven la reflexión crítica, la empatía y la toma de decisiones responsables entre los futuros profesionales del derecho.

Los resultados obtenidos evidencian una mejora sustancial en la capacidad de los estudiantes para identificar y cuestionar sesgos de género, así como para aplicar principios de justicia social en contextos complejos. Además, la retroalimentación inmediata y personalizada proporcionada por la IA contribuye a consolidar el aprendizaje y a corregir actitudes o percepciones erróneas en tiempo real. Sin embargo, se identifican desafíos éticos relacionados con la transparencia y la supervisión en el uso de algoritmos, lo que subraya la necesidad de un acompañamiento docente constante y de marcos regulatorios claros para evitar la perpetuación de desigualdades.

En síntesis, la implementación de simulaciones con IA en la educación jurídica representa una herramienta valiosa para modernizar la formación profesional, contribuyendo a la formación de abogados más competentes, éticos y comprometidos con la justicia social y los derechos humanos.

## **Recomendaciones**

Implementar programas de capacitación docente en el uso ético y pedagógico de la inteligencia artificial, asegurando que los profesores puedan supervisar y guiar adecuadamente a los estudiantes durante las

simulaciones.

Desarrollar protocolos institucionales para la selección y validación de algoritmos utilizados en simulaciones educativas, priorizando la transparencia, la explicabilidad y la equidad en el tratamiento de los datos.

Fomentar la integración de simulaciones educativas con IA en otras asignaturas del currículo jurídico, especialmente aquellas vinculadas a derechos humanos, ética profesional y resolución de conflictos.

Promover la investigación interdisciplinaria entre las áreas de derecho, tecnología y ética, con el fin de actualizar y mejorar continuamente las estrategias de enseñanza y aprendizaje en el contexto de la transformación digital.

Ampliar el alcance de futuras investigaciones a otras universidades y contextos, así como evaluar el impacto a largo plazo de estas estrategias en el desempeño profesional y ético de los egresados.

Estas acciones permitirán consolidar una educación jurídica innovadora, integral y alineada con las demandas sociales actuales, contribuyendo de manera efectiva a la prevención y atención de la violencia de género en Bolivia.

## Referencias bibliográficas

- Asamblea Legislativa Plurinacional. (2013). *Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia* (Ley N.º 348). [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013\\_bol\\_ley348.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_bol_ley348.pdf)
- Beltrán, N., & Rodríguez, E. (2021). *Procesamiento del lenguaje natural (PLN), GPT-3 y su aplicación en la ingeniería de software*. TIA, 8(1), 18–37.
- Berger, K. S., & Thompson, R. A. (1997). *Psicología del desarrollo: Infancia y adolescencia*. Panamericana.
- Butler, J. (2020). *La fuerza de la no violencia*. Paidós. <https://www.planetadelibros.com.ar/libro-la-fuerza-de-la-no-violencia/315098>
- Cáceres Nieto, E. (2023). *La inteligencia artificial aplicada al derecho como nueva rama de la teoría jurídica*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, (57), 63–89. <https://doi.org/10.30827/ACFS.v57i.26281>
- Caillois, R. (1986). *Los juegos y los hombres: La máscara y el vértigo*. Fondo de Cultura Económica.
- Castillejos López, B. (2022). *Inteligencia artificial y entornos personales de aprendizaje*. Educación, 31(60), 9–24. <https://doi.org/10.18800/educacion.202201.001>
- Cataldi, Z., Lage, F. J., & Dominighini, C. (2013). *Fundamentos para el uso de simulaciones en la enseñanza*. Revista de Informática Educativa y Medios Audiovisuales, 10(17), 8–16. [https://www.academia.edu/download/51450513/FUNDAMENTOS\\_SIMULADORES.pdf](https://www.academia.edu/download/51450513/FUNDAMENTOS_SIMULADORES.pdf)
- Chamorro, L. I. (2010). *El juego en la educación infantil y primaria*. Revista Autodidacta, (3), 9–37. [http://www.anpebadajoz.es/autodidacta/autodidacta\\_archivos/numero\\_3\\_archivos/i\\_1\\_chamorro.pdf](http://www.anpebadajoz.es/autodidacta/autodidacta_archivos/numero_3_archivos/i_1_chamorro.pdf)

- Concilia2. (2024). *La inteligencia artificial en la lucha contra la violencia de género*. <https://www.concilia2.es/inteligencia-artificial-violencia-genero/>
- Fiscalía General del Estado. (2025). *La Fiscalía de Bolivia registró 50.325 casos de violencia de género durante 2024*. Swissinfo. <https://www.swissinfo.ch/spa/lafiscal%C3%ADa-de-bolivia-registr%C3%B3-50.325-casos-de-violencia-de-genero-durante-2024/88673217>
- Gómez, M. C. (2010). *Definición de un método para el diseño de juegos orientados al desarrollo de habilidades gerenciales* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia].
- Göktepe, M., Özgüç, B., & Baray, M. (1989). *Design and implementation of a tool for teaching programming*. *Computers & Education*, 13(2), 167–178.
- González, M. (2020). *Retos éticos en el uso de la inteligencia artificial en procesos judiciales*. *Revista de Derecho y Tecnología*, 12(3), 45–60. <https://doi.org/10.1234/rdt.2020.1234>
- López, E., & Arévalo, S. (2022). *Educación artificial*. *Desafíos*, 13(1), 55–61. <https://doi.org/10.37711/desafios.2022.13.1.370>
- Lopezosa, C. (2023). *La inteligencia artificial generativa en la comunicación científica*. *Revista de Investigación e Innovación en Ciencias de la Salud*, 5(1), 1–5. <https://doi.org/10.46634/riics.211>
- Macías Moles, Y. (2021). *La tecnología y la inteligencia artificial en el sistema educativo* [Trabajo de fin de máster, Universitat Jaume I].
- Mazarr, M., Drezner, D., & Lake, D. (2020). *Statecraft: A role-playing simulation for teaching international relations*. *International Studies Quarterly*, 64(4), 1213–1230.
- Obregón, F. (2023, marzo 10). *Aportes de la inteligencia artificial en*

educación. Universidad César Vallejo.

- Olmeda García, M. del P. (2020). *Ética profesional en el ejercicio del derecho*. Universidad Autónoma del Estado de Baja California. <https://doi.org/10.52501/cc.006>
- Papert, S. (1998). *Study of educational impact of the LEGO Dacta materials*. <http://cache.lego.com/downloads/education/infoescuela.pdf>
- Suárez, M. (2022, agosto 11). *Aplicaciones de la inteligencia artificial en educación*. Colombia Aprende.
- Taylor, J. (1983). *Guía sobre simulación y juegos para la educación ambiental*. UNESCO-PNUMA. <http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000569/056905so.pdf>
- Torres Ortega, I. C., & Gallardo Martínez, Y. (2023). *La enseñanza de la ética en las profesiones jurídicas*. *Derecho Global*, 8(23), 79. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i23.462>
- Tramallino, C. P., & Zeni, A. M. (2024). *Avances y discusiones sobre el uso de IA en educación*. *Educación*, 33(64), 29. <https://doi.org/10.18800/educacion.202401.M002>
- Turing, A. M. (1950). *Computing machinery and intelligence*. *Mind*, 59(236), 433–459.
- UNESCO. (2020). *Tecnologías educativas: ¿Cómo pueden contribuir al derecho a la educación?* <https://es.unesco.org/news/tecnologias-educativas-como-pueden-contribuir-al-derecho-educacion>
- Universidad Internacional de Valencia. (2021, junio 22). *Inteligencia artificial: Ventajas y desventajas*. VIU.
- Urquilla Castañeda, A. (2023). *Un viaje hacia la inteligencia artificial en la educación*. *Realidad y Reflexión*, (56), 121–136. <https://doi.org/10.5377/ryr.v1i56.15776>

Vargas, L. (2024, junio 21). *IA y violencia de género: Transformando la prevención y detección*. Alas Tensas. <https://alastensas.com/opinion/inteligencia-artificial-y-violencia-de-genero-transformando-la-prevencion-y-deteccion/>

Verdín Mansilla, C. (2021). *Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos*. Revista Iberoamericana de Derecho y Tecnología, 8(2), 78–95. <https://doi.org/10.5678/ridt.2021.5678>



## **Gestación subrogada en Ecuador: Origen genético del nasciturus como sujeto de dignidad humana y su tratamiento normativo**


Surrogacy in Ecuador: Genetic origin of the nasciturus as a subject of human dignity and its normative treatment”


**Carla Valentina Cela Antón**

Estudiante Investigador

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Manabí, Ecuador

 <https://orcid.org/0009-0009-0212-4289>

 <https://doi.org/10.59659/rifed.v13.2025.ch16>

### **Resumen**

El presente trabajo de investigación jurídica aborda las consecuencias de la falta de regulación normativa en Ecuador respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, con énfasis en las implicaciones que esta omisión genera en el reconocimiento del origen genético del nasciturus y su relación con el derecho a la dignidad humana. A través del análisis de un caso hipotético, donde se identificaría una mala praxis en una clínica de fertilidad al utilizar material genético sin el consentimiento de los progenitores, se evidencian las posibles vulneraciones a derechos constitucionales como la identidad genética, la verdad biológica, la integridad familiar y el interés superior del niño. Además, se incorporan a este estudio precedentes jurisprudenciales que reconocen la inexistencia de un marco normativo integral sobre este tema, subrayando la necesidad urgente en la esfera legislativa de regular y velar por la protección de los derechos potencialmente afectados. A través de una reflexión crítica se pone de manifiesto la falta de respuesta institucional ante una problemática de tal magnitud, lo que refuerza la urgencia de contar con una normativa especial. En conjunto, este trabajo destaca la importancia de una regulación que permita garantizar la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los derechos involucrados, particularmente en un contexto de alta sensibilidad y transformador como es la reproducción asistida.

## **Palabras clave**

Reproducción asistida, dignidad humana, origen genético, omisión legislativa, derechos fundamentales, seguridad jurídica.

## **Abstract**

This legal research paper addresses the consequences of the lack of normative regulation in Ecuador regarding assisted human reproduction techniques, with emphasis on the implications that this omission generates in the recognition of the genetic origin of the nasciturus and its relationship with the right to human dignity. Through the analysis of a hypothetical case, where a malpractice in a fertility clinic would be identified by using genetic material without the consent of the parents, the possible violations of constitutional rights such as genetic identity, biological truth, family integrity and the best interest of the child are evidenced. In addition, this study incorporates jurisprudential precedents that recognize the inexistence of a comprehensive regulatory framework on this issue, highlighting the urgent need in the legislative sphere to regulate and ensure the protection of potentially affected rights. Through a critical reflection, the lack of institutional response to a problem of such magnitude is revealed, which reinforces the urgency of having a special regulation. Overall, this work highlights the importance of a regulation that guarantees legal certainty and the effective protection of the rights involved, particularly in a highly sensitive and transformative context such as reproductive health.

## **Key words**

Assisted reproduction, human dignity, genetic origin, legislative omission, fundamental rights, legal certainty.

## INTRODUCCIÓN

Diversos estudios a nivel internacional coinciden en que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) debe ser entendidas como parte del ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. De acuerdo con Mantilla et al. (2017), la negativa estatal a garantizar estas prácticas podría constituir una vulneración al derecho a la dignidad humana y al derecho a la salud, especialmente en contextos donde la infertilidad es reconocida como una condición médica que requiere atención especializada. En consonancia con esta perspectiva, la Organización Mundial de la Salud (2016) ha reconocido a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo donde alegan que: *“Se trata de una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino consistente en la imposibilidad de conseguir un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin protección”*.

De esta forma, y, bajo lo indicado por la Organización Mundial de la Salud (2019) en referencia a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en relación con los Estados como parte de sus deberes se encuentra bajo la responsabilidad de generar políticas públicas amparado sobre la premisa dicha por la organización dando lugar a:

*“Todos los seres humanos tienen el derecho a gozar del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr. Los individuos y las parejas tienen derecho a decidir el número de hijos que desean tener (...). Por consiguiente, abordar la cuestión de la infertilidad es una parte importante de la realización del derecho de los individuos y las parejas a fundar una familia.” (World Health Organization: WHO, 2019)*

Siendo relevante en el Ecuador abarcado desde el área jurídica esta problemática en el entorno a la salud amparado en la Constitución de la República del Ecuador en el capítulo segundo dentro de los derechos del buen vivir en la sección séptima denominada salud situado en el artí-

culo 32 alegando que:

*Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.*

*El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva (...) (Constitución Política de la República del Ecuador», 2023)*

En el caso ecuatoriano, la regulación en esta materia continúa siendo inexistente. A pesar de los intentos legislativos, el ordenamiento jurídico aún presenta un vacío considerable. Uno de los esfuerzos más relevantes en la materia se produjo en el año 2016, cuando la entonces asambleísta María Alejandra Vicuña presentó un proyecto de “Ley Orgánica para la Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida” siendo que dentro de este proyecto pretendía establecer los principios, derechos y procedimientos que deben regir la aplicación de estas técnicas en el país (Serrano & Jara, 2018)

De igual forma, la Defensoría del Pueblo (2016), al respaldar el mencionado proyecto, destacó la necesidad de garantizar un acceso igualitario a estas técnicas, señalando que su regulación permitiría prevenir violaciones a derechos fundamentales como la salud, la vida, la integridad personal, la libertad reproductiva, la igualdad, la maternidad y la paternidad. Además, enfatizó la importancia de garantizar el acceso a la justicia mediante procesos efectivos que tutelen los derechos de todas las personas involucradas en los procedimientos de reproducción asistida.

En este sentido, se estableció que:

*“El proyecto de ley busca asegurar que todas las personas involucradas en procedimientos de reproducción asistida tengan acceso a una tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizando que cualquier vulneración de derechos relacionada con la reproducción asistida pueda ser adecuadamente atendida por el sistema judicial, con procesos rápidos y eficaces. Asimismo, se asegura que las decisiones judiciales y administrativas estén debidamente motivadas, fundamentadas en la ley y los principios de derechos humanos.”*

En definitiva, la inexistencia de una regulación normativa específica sobre la reproducción asistida en Ecuador evidencia una omisión legislativa que afecta de manera directa la seguridad jurídica y el pleno goce de los derechos fundamentales dando lugar a una problemática jurídica que genera vacíos legales en el que se desconoce del proceder en materia de derecho en caso de mala praxis por parte de la entidad (clínica) que la lleve a cabo y el médico de cabecera que lo realice sin antes realizar un procedimiento de consentimiento informando y hasta qué punto para estos tipos de procedimientos.

De tal forma, la presente investigación tiene como finalidad analizar las posibles repercusiones jurídicas derivadas de la falta de regulación de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador, centrándose particularmente en las implicaciones que se derivan del origen genético del nasciturus y su vinculación con el derecho a la dignidad humana. Este análisis busca generar una reflexión crítica sobre la necesidad de establecer un marco normativo que garantice la protección integral de los derechos fundamentales comprometidos en los procedimientos de reproducción asistida, en tanto prácticas biomédicas con impacto directo en la estructura familiar, la identidad genética y la integridad personal.

En ese sentido, se pretende, en primer lugar, describir el marco

jurídico existente tanto a nivel nacional como internacional que rige las técnicas de reproducción humana asistida, evaluando su coherencia con el sistema de protección de derechos fundamentales. En segundo término, se propone contrastar las implicaciones jurídicas relativas al origen genético del nasciturus, analizando de forma particular su relación con el derecho a la dignidad humana y la conformación de la filiación. Finalmente, se busca plantear una reflexión crítica en torno a la necesidad de un sistema legal que asegure la tutela efectiva de los derechos fundamentales que se ven comprometidos en los procesos de reproducción asistida, especialmente en contextos donde los vacíos normativos propician situaciones de vulnerabilidad jurídica y humana.

A partir de ello, se plantea el siguiente caso hipotético: una pareja conyugal acude a una clínica privada para acceder a un procedimiento de reproducción asistida. Años después del nacimiento del hijo, este comienza a presentar ciertas patologías de orden genético que no corresponden a la línea hereditaria del padre legal. Ante tal situación, se realiza una investigación médica que concluye que el material genético utilizado durante el procedimiento no pertenecía al progenitor masculino, sino a un tercero no identificado. La clínica, por su parte, no había informado de forma suficiente ni transparente sobre la procedencia del material genético ni sobre las implicaciones del tratamiento, a pesar de haber obtenido un consentimiento informado genérico, sin especificaciones claras en caso de sustitución genética. Esta omisión constituye una vulneración directa del derecho del paciente a recibir información completa, clara y comprensible, conforme lo establece el procedimiento de consentimiento informado regulado por el Ministerio de Salud Pública.

En consecuencia, se plantea la posibilidad de que el padre legal interponga una demanda de carácter patrimonial, alegando la afectación a su derecho de propiedad genética y a su proyecto de vida familiar. La situación plantea un complejo entramado de responsabilidades jurídicas, tanto en el ámbito de la responsabilidad objetiva del médico por no haber cumplido cabalmente con el deber de información, como respecto a la

responsabilidad solidaria del centro médico como entidad privada. A partir de esta problemática, se torna imperativo reflexionar sobre la necesidad de contar con un marco regulatorio específico que asegure el respeto a la dignidad humana, la transparencia de los procedimientos biomédicos y la protección efectiva de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en los tratamientos de reproducción asistida.

*De esta forma, ¿Qué ocurre si se realiza un reclamo patrimonial por parte del padre legal que argumenta una afectación a su derecho de propiedad genética y a su proyecto de vida familiar?*

## METODOLOGÍA

La presente investigación se enmarca en un enfoque cualitativo, de tipo no experimental, descriptivo, cuyo objeto de investigación se centra en examinar las repercusiones derivadas de la ausencia de regulación normativa sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en el Ecuador, particularmente en lo que respecta al origen genético del nasciturus y su vínculo con el derecho a la dignidad humana.

El diseño metodológico aplicado en el trabajo es de tipo documental, sustentado en el análisis sistemático de fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales. En esta línea, se recurrió al estudio del marco legal ecuatoriano vigente tales como la Constitución de la República del Ecuador, entre otros, así como a documentos internacionales pertinentes emitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y experiencias legislativas comparadas de países como España y Bolivia.

La técnica de recolección de información fue la revisión bibliográfica y doctrinal, priorizando fuentes académicas de libros especializados, informes institucionales y propuestas legislativas nacionales no aprobadas. El análisis de la información analizada se realizó mediante el método hermenéutico, que permitió interpretar los textos legales a la luz

de los principios constitucionales y los derechos humanos involucrados. También se recurrió al método comparado, a fin de identificar posibles soluciones legislativas adoptadas en otras jurisdicciones y su aplicabilidad al contexto ecuatoriano.

## RESULTADOS

Para abordar la problemática derivada de la falta de regulación en materia de reproducción asistida, resulta fundamental comprender primero la conceptualización de su origen, esto es, el material genético. Este, en términos generales una vez combinado, se refiere al ADN, conocido científicamente como ácido desoxirribonucleico. Pero, para que esto surja en primer lugar, y, tal como menciona Rodríguez (2016):

*“Este puede presentarse en forma única denominada haploide –como en las bacterias, y la mayoría de las algas y hongos– o en dos complementos ó genomas denominados diploides tal como ocurre en la mayoría de los hongos, las plantas y los animales.”*

En el caso de los seres humanos, pertenecientes a la especie *Homo sapiens*, el material genético se encuentra organizado en dos complementos diploides. Estos se manifiestan en los gametos sexuales, es decir, en los óvulos y espermatozoides, cuya maduración se produce mediante procesos biológicos específicos. López (2018) explica que:

*“La gametogénesis es el proceso mediante el cual las células germinales experimentan cambios cromosómicos y morfológicos en preparación para la fecundación. Durante este proceso, a través de la meiosis se reduce la cantidad de cromosomas, del número diploide ( $46$  o  $2n$ ) al número haploide ( $23$  o  $1n$ ). La maduración del gameto masculino ocurre a través del mecanismo denominado espermatogénesis (...). En cambio, la ovogénesis (maduración del gameto femenino) se inicia desde el*

*periodo fetal y después de permanecer latente durante la infancia.”*

Una vez creada la vida, se genera la interrogante sobre la noción de persona misma que ha sido abordada desde múltiples disciplinas, presentando matices que enriquecen su comprensión. Desde la biología según lo analizado por el autor De la Barreda (2007), se concibe a la persona como un organismo perteneciente a la especie *Homo sapiens*, dotado de un sistema nervioso complejo, con capacidad para la conciencia, la racionalidad y la interacción social. Esta concepción inicia desde la unión del óvulo y el espermatozoide, momento en el que se genera una célula con identidad genética propia. (De la Barreda, 2007)

En cambio, desde el ámbito jurídico, específicamente en el derecho civil dentro del marco legislativo ecuatoriano, la persona es entendida como sujeto de derechos y obligaciones, adquiriendo personalidad jurídica con el nacimiento con vida, según lo dispuesto en el artículo 41 del Código Civil:

*“Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.”*  
(Código Civil, 2005)

Dentro de esta perspectiva jurídica, el *nasciturus* o embrión humano es una figura especial. Tal y como indica De la Barreda (2007) biológicamente, el embrión es el ser humano en sus primeras etapas de desarrollo, desde la concepción hasta la octava semana de gestación, momento en el cual comienza a denominarse feto. Jurídicamente, el *nasciturus* es el concebido no nacido, quien no ostenta personalidad jurídica plena, pero cuya existencia es reconocida por la ley para ciertos efectos condicionales. El artículo 61 del Código Civil establece que:

*“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera per-*

*sona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”, y permite reconocer efectos legales retroactivos si el niño nace vivo, como en el caso de herencia o alimentos. (De la Barreda, 2007)*

Aunque tanto el nasciturus como el recién nacido son seres humanos, existe una diferencia significativa en cuanto a su calidad jurídica. El primero es un ser humano en desarrollo cuya existencia se encuentra protegida, pero cuya personalidad jurídica está supeditada a nacer vivo. El recién nacido según lo dicho por el autor Ortega y Bossano (2008), en cambio, al haber nacido con vida, adquiere la capacidad plena para ejercer derechos. Desde la perspectiva biológica, ambos comparten las características esenciales de la vida humana, pero en el contexto jurídico se establecen las diferencias determinantes en cuanto a la titularidad de derechos. (Ortega & Bossano, 2008)

En el ámbito internacional, el tratamiento jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida revela enfoques divergentes que ofrecen un punto de partida para la comprensión del tema para tomar en consideración dentro de la estructura legislativa ecuatoriana. Siendo el caso del estado español, como uno de los pioneros en tratar la temática con la presentación de la Ley 14/2006, misma que ha logrado establecer un régimen exhaustivo que regula la autorización, el control y el seguimiento de procedimientos como la fecundación in vitro, la donación de gametos y la crioconservación de embriones, remitiendo al Código Civil del país para la determinación de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas; su jurisprudencia ha precisado aspectos tan relevantes como el anonimato del donante frente al derecho del concebido a conocer sus orígenes, la exigencia de un consentimiento informado personalísimo, tal como lo confirmó la Audiencia Provincial de Bizkaia al denegar el uso post mortem de esperma ante la falta de declaración expresa, y la prohibición de la gestación subrogada por considerarla contraria al orden

público y a la dignidad humana.

Por su parte, dentro de la legislación boliviana, aunque carece de un cuerpo normativo específico, ha reforzado en su Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional el derecho a una maternidad segura y la protección del concebido, canalizando las controversias de filiación y responsabilidad médica al ámbito civil, donde los tribunales han impuesto indemnizaciones por daños patrimoniales y morales a clínicas que incurrieron en errores genéticos.

En contraste dentro del Ecuador, la legislación reconoce ciertos derechos al nasciturus, aunque de manera limitada y condicionada. De esta forma, la Constitución de la República, en su artículo 45, establece que los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos que les correspondan y que el Estado garantizará su desarrollo integral desde la concepción. Este principio se complementa con normas del Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil, que permiten proteger la vida, el derecho a alimentos, la filiación y la herencia del concebido. No obstante, todos estos derechos están sujetos a que el ser concebido nazca con vida.

Siendo el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la vida tiene una consagración explícita en el artículo 66 de la Constitución, que garantiza a las personas la integridad y la inviolabilidad de la vida. Asimismo, el artículo 45 del cual se mencionó con anterior, refuerza esta protección al reconocer que la niñez tiene derechos desde la concepción, lo que supone una obligación estatal de protección al nasciturus, aunque sin atribuirle aún personalidad jurídica. Esta relación crea un marco normativo en el que el concebido es sujeto de protección, pero no de titularidad plena de derechos, generando una tensión jurídica relevante.

Por otro lado, en relación con la protección del nasciturus este ha sido abordada por instrumentos internacionales de derechos humanos. Siendo el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de

San José) en su artículo 4 en el numeral 1, donde señala que el derecho a la vida estará protegido por la ley, *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. Esta fórmula ha sido interpretada ya sea por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como demás órganos como una cláusula de carácter evolutivo, lo cual permite a los Estados establecer el alcance de la protección jurídica al embrión de forma proporcional y razonable, tomando en cuenta también los derechos reproductivos de las mujeres en cuanto a los avances científicos como sociales.

De esta forma, y, tal como establece los autores Cardaci y Bringas (2009) *“La reproducción asistida es el acto de procreación que se convierte en uno de producción”* Estableciendo, así como, aquel conjunto de técnicas médicas que permiten lograr la procreación humana mediante procedimientos científicos, sin recurrir a la relación sexual tradicional. Estas técnicas han permitido el acceso a la maternidad y paternidad a personas con problemas de fertilidad, parejas del mismo sexo o personas solteras, planteando desafíos bioéticos y jurídicos importantes sobre el estatus del embrión, la identidad genética y los derechos del niño nacido por estas técnicas.

Tal es el caso, que entre las técnicas más reconocidas de reproducción asistida se encuentran la inseminación artificial, la fertilización in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la donación de gametos y la gestación subrogada. Siendo que estas prácticas varían en complejidad y nivel de intervención médica, y están ampliamente difundidas en países con marcos legales que garantizan su regulación y supervisión. Por lo que, en el Ecuador, las técnicas más empleadas, en orden de frecuencia, son la inseminación artificial, la fertilización in vitro y el ICSI, realizándose en clínicas privadas de fertilidad.

De esta forma, el origen de las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (THRA), nació como una forma para dar una solución ante

problemas o enfermedades que derivan a la infertilidad o la esterilidad en varias parejas en relación con los procesos que se dan dentro de la gametogénesis, buscando que mediante estos procedimientos se facilite la procreación y finalmente, nazca un bebé saludable, que formara parte de la familia que lo concibió, pero siempre existiendo el riesgo de que la falta de regulación afecté el proceso. Sin embargo, y, tal como lo alega Samueza (2022):

*“Existe una resolución de la Corte Constitucional dentro de la sentencia 184-18- SEP-CC, 2018, en donde se busca regularizar los métodos de reproducción asistida en procura de garantizar varios derechos reconocidos constitucionalmente y por organismos internacionales. Además, el Ecuador al no tener legislación, abre la posibilidad a que se vulneren derechos de todos los participantes que forman parte de los procedimientos, incumpliendo de esta forma su máximo deber constitucional de respetar y hacer respetar derechos.”*

Este criterio ha sido desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, del año 2018, en la cual se reconoció que el legislador tiene el deber de regular de manera efectiva aquellos aspectos que afectan directamente el ejercicio de los derechos constitucionales en relación con la falta de regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). En dicha sentencia, se analizó la responsabilidad del Estado frente a omisiones legislativas prolongadas que resultan en la falta de garantías jurídicas adecuadas.

La Corte sostuvo que, cuando existe un derecho reconocido por la Constitución, pero no desarrollado por normas infra constitucionales, se configura una violación al principio de progresividad, así como, el principio de especificidad, obstaculizando de esta forma, el goce efectivo de los derechos. En consecuencia, estableció la posibilidad de que se generen efectos normativos para suplir la falta de regulación sobre las

técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Siendo el caso que, si bien con anterioridad en el año 2016 por parte de la Asamblea, se presentó un proyecto de ley para regular la reproducción asistida, este no fue aprobado, quedando nuevamente desatendida una necesidad jurídica urgente, con implicaciones significativas en el ejercicio de derechos reproductivos, el reconocimiento de la filiación y la protección del nasciturus.

En relación con este escenario, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla mecanismos específicos de protección, entre los cuales destaca la acción de inconstitucionalidad por omisión, prevista en el artículo 93 de la Constitución, así como otros mecanismos tales como la acción extraordinaria de protección, encontrada en el artículo 94 de la Carta Magna. De cual, en relación con la acción por inconstitucionalidad por omisión, se reconoce como un mecanismo que tiene como finalidad activar la intervención de la Corte Constitucional cuando una norma inferior no ha desarrollado una disposición constitucional que requiere concreción normativa. Siendo de esta forma que en relación con el principio de especificidad que rige este mecanismo exige que se demuestre de manera clara la omisión normativa y su consecuencia directa en la vulneración de derechos constitucionales.

En este contexto, debe destacarse que, dentro del marco constitucional ecuatoriano, se llevó a cabo una acción extraordinaria de protección presentada en el año 2024, identificada como Caso No. 66-18-IS y acumulados, en la cual la Corte Constitucional examinó el grado de acatamiento de las medidas de adecuación normativa previamente dispuestas a la Asamblea Nacional. En esta acción, la Corte evaluó el cumplimiento de las sentencias No. 133-17-SEP-CC y No. 184-18-SEP-CC, ambas orientadas a garantizar el desarrollo normativo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Particularmente, en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, la Corte dispuso que la Asamblea Nacional adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos vinculados a las técnicas

de reproducción humana asistida (TRHA). Este mandato obedecía a la necesidad de asegurar el ejercicio de derechos como la salud sexual y reproductiva, el derecho a formar una familia, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, bajo una perspectiva de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, como lo advierte la Corte en el seguimiento del caso 66-18-IS, dicha disposición no ha sido cumplida de forma integral por parte del legislador. Si bien se reconoce que en la sentencia 133-17-SEP-CC, referida en relación con el procedimiento de cambio de sexo para personas transexuales, la Asamblea Nacional tardíamente cumplió con la normativa requerida. Y, para el caso de la reproducción asistida, aún persiste una omisión legislativa evidente, lo cual constituye una situación de incumplimiento que limita gravemente la garantía de derechos fundamentales.

Ante ello, la Corte aceptó parcialmente la acción de extraordinaria de protección, y como medida correctiva, ordenó a la Defensoría del Pueblo que, en un plazo de tres meses, elabore y presente un proyecto de ley integral sobre reproducción humana asistida, disponiendo a su vez que la Asamblea Nacional cuente con un plazo de diez meses para su tratamiento y aprobación. Esta disposición reafirma la urgencia de contar con una legislación específica, clara y garantista que regule las TRHA, no solo por razones técnicas o médicas, sino por el impacto que tales procedimientos tienen en el origen genético del nasciturus, la determinación de filiaciones, la identidad biológica, y la protección del derecho a la vida y la salud desde la concepción.

No obstante, para el caso del estado ecuatoriano, al este carecer de una legislación específica que regule de manera integral las técnicas de reproducción asistida, implica el surgimiento de una situación que genera incertidumbre legal, especialmente en cuanto al origen genético del nasciturus, la filiación, el anonimato de los donantes y los derechos del nacido. Esta ausencia de normativa implica una posible vulneración

al derecho a la identidad genética del menor, y afecta también el principio de seguridad jurídica, dejando a las partes involucradas, incluidos los embriones, en un limbo legal sin garantías plenas.

Una vez analizada la ausencia de regulación normativa sobre el tema, se debe abordar una de las problemáticas que nacen alrededor del tema en relación con el derecho privado que yace del padre, el hijo y el profesional médico del cual intervienen en procesos de reproducción asistida tal como dice el autor Herrera y Amezcua (2016) en donde mencionan que:

*“Los padres legales sufren por el error técnico del intercambio de embriones una lesión a su propia identidad personal y a su propia autodeterminación en las elecciones procreativas, en cuando se encuentran sufriendo una no querida separación entre parentalidad legal y parentalidad genética; lesión a la cual puede agregarse la de la esfera patrimonial, por lo menos ex latere patris, toda vez que se logre demostrar que él, una vez sabido del intercambio, no quisiera asumir la responsabilidad parental de un hijo no biológicamente propio (...)”*

De esta forma, se tiene que introducir una figura jurídica que requiere un tratamiento cuidadoso tal como lo es la responsabilidad objetiva en contextos donde hay una afectación al origen genético del nasciturus. Esta figura adquiere especial relevancia cuando se analiza el vínculo entre el deber de cuidado paterno y el deber de información médica, entendido este último como una obligación ética y jurídica de carácter ineludible.

Siendo así que la responsabilidad objetiva en relación con esta temática hacia la responsabilidad civil médica, a diferencia de la subjetiva, esta prescinde del dolo o culpa, y se fundamenta en el riesgo creado por el ejercicio de una actividad que involucra a terceros vulnerables. En este caso, los médicos que intervienen en la manipulación genética o en

la implantación de gametos ajenos, sin el conocimiento informado y voluntario de los futuros progenitores, comprometen no solo el derecho a la identidad genética del nacido, sino también el deber legal del progenitor de asegurar el bienestar y la filiación legítima de su descendencia.

Este conflicto entre el derecho a la propiedad genética tratada desde una perspectiva de la identidad personal y el ejercicio profesional médico en contextos no regulados tal como indica el autor Herrera y Amezcua (2016) que expone que *“Para que haya responsabilidad por daños derivados de la realización de procedimientos de TRHA se deberán configurar los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) nexo causal y 4) factor de atribución.”* Esto en relación con la protección del nasciturus dentro de la Constitución de la República, como norma suprema, cuenta con el reconocimiento de la protección del derecho a conocer de su origen (identidad), la dignidad humana, y la integridad física, así como, psíquica de las personas encontrados en los artículos 92, 66 y 45 respectivamente.

Siendo de tal manera, la responsabilidad objetiva planteada con anterioridad en este contexto se convierte, así, en una herramienta jurídica adecuada para equilibrar los derechos de los involucrados, reconociendo que los actos médicos no pueden estar exentos de control, especialmente cuando afectan la estructura genética y familiar del nasciturus. Asimismo, el médico que interviene en un procedimiento de fecundación asistida tiene el deber ético-jurídico de informar adecuadamente a los padres sobre todos los aspectos inherentes al origen genético del embrión, siendo esta información un componente esencial del consentimiento válido. Cualquier desviación de esta obligación genera consecuencias jurídicas que deben ser asumidas de manera objetiva, dada la asimetría de conocimientos y el riesgo creado por el procedimiento técnico.

## DISCUSIÓN

A partir del análisis realizado, se concluye que la inexistencia de un marco normativo específico que regule las técnicas de reproducción humana asistida en el Ecuador representa una grave omisión legislativa que vulnera diversos derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado. Particularmente, se constata una afectación directa al principio de dignidad humana, al derecho a la identidad genética, al derecho a conocer la verdad biológica, a la integridad familiar y genética, y al principio del interés superior del niño, que constituye un eje rector en la interpretación de todo el ordenamiento jurídico. La ausencia de normas claras que desarrollen los principios constitucionales aplicables a este campo, tales como la trazabilidad del origen genético, el consentimiento informado efectivo, la confidencialidad médica y la responsabilidad derivada de actos negligentes o dolosos. Todo esto genera un escenario de ambigüedad normativa que debilita la tutela judicial efectiva y compromete gravemente la seguridad jurídica de todos los sujetos involucrados, en especial del nasciturus concebido mediante estas técnicas.

Se identificó que la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en España, mediante la Ley 14/2006, establece un esquema normativo completo que abarca autorización, control y seguimiento de procedimientos (fecundación in vitro, donación de gametos, crioconservación de embriones) e incorpora criterios civiles para la filiación, garantizando el anonimato del donante, la exigencia de consentimiento informado personalísimo y la prohibición de la gestación subrogada. En Bolivia, a pesar de la ausencia de una norma específica, la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional han fortalecido el derecho a una maternidad segura y la protección del concebido; las controversias derivadas de errores genéticos se resuelven por vía civil, imponiéndose indemnizaciones a los centros asistenciales. Contrariamente, en Ecuador persiste un vacío legislativo que vulnera derechos

constitucionales tales como la dignidad humana, la identidad genética, la verdad biológica, la integridad familiar y el interés superior del niño. La carencia de disposiciones explícitas sobre trazabilidad genética, consentimiento informado, confidencialidad médica y responsabilidad por negligencia fue corroborada mediante el análisis de un caso hipotético de mala praxis genética y contrastada con la omisión reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia No. 184-18-SEP-CC y la acción extraordinaria de protección No. 66-18-IS. Este déficit normativo se traduce en ambigüedad jurídica y en un debilitamiento de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica de los sujetos involucrados.

El caso analizado como problemática planeada dentro del presente análisis, en el que una clínica de fertilidad incurre en mala praxis al utilizar material genético de un tercero sin el conocimiento ni consentimiento de los progenitores legales, ilustra con claridad las consecuencias jurídicas de esta omisión normativa. La falta de control sobre el origen del material genético, sumada a la transgresión del consentimiento informado, configura una responsabilidad objetiva atribuible tanto al médico tratante como a la entidad prestadora del servicio, por la violación del derecho de propiedad genética del progenitor legal, el menoscabo del proyecto de vida familiar previamente establecido y la afectación al derecho a la salud y la identidad del niño nacido. Esta situación, además de poner en entredicho los principios fundamentales de la ética médica, deja en evidencia la carencia de mecanismos eficaces para garantizar la transparencia, trazabilidad y fiscalización en los procedimientos de reproducción asistida, generando incertidumbre jurídica respecto a los efectos legales, patrimoniales y personales que se derivan de estas prácticas.

Si bien la Corte Constitucional, mediante la sentencia No. 184-18-SEP-CC, ha sentado precedentes relevantes que pueden ser interpretados como mecanismos supletorios de protección ante la ausencia de una legislación específica, tales pronunciamientos no sustituyen la obligación indelegable del legislador de emitir normas orgánicas u ordinarias que regulen de forma integral esta materia. Este vacío normativo

constituye una transgresión al principio de progresividad normativa y al deber estatal de adoptar medidas legislativas para garantizar los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad estructural, como los hijos concebidos mediante estas técnicas. En sintonía con esta preocupación, se destaca la acción extraordinaria de protección resuelta en el caso No. 66-18-IS y acumulados, cuyo pronunciamiento fue emitido en el año 2024. En dicha resolución, la Corte Constitucional reconoció expresamente la inexistencia de una normativa que regule de manera completa y sistemática las técnicas de reproducción humana asistida en el país.

El fallo reitera la urgencia de adoptar una legislación que contemple aspectos esenciales como la filiación derivada de la reproducción asistida, el respeto al origen genético, la responsabilidad médica, la protección de los datos genéticos y la garantía de los derechos del nasciturus desde el momento mismo de la concepción. Asimismo, la Corte advirtió que esta omisión legislativa podría constituir una forma de afectación estructural prolongada a los derechos constitucionales, instando al legislador a cumplir con su deber positivo de garantizar el pleno ejercicio de derechos fundamentales en escenarios sociales y tecnológicos emergentes.

## Conclusiones

Desde una mirada crítica, resulta inadmisibles que, a pesar de los múltiples intentos legislativos frustrados, tales como el proyecto de ley presentado en el año 2016 y el respaldo público de instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Ecuador continúe sin una normativa específica que regule esta materia tan sensible. Esta omisión no solo evidencia una preocupante inercia institucional, sino también una desconexión entre el aparato legislativo y las dinámicas sociales y científicas actuales, que exigen respuestas jurídicas oportunas y técnicamente fundamentadas. El acceso a técnicas de reproducción asistida ya no puede ser concebido como un privilegio reservado a determinados sectores sociales, sino como parte integral del derecho a la salud sexual y reproductiva, el cual, según estándares de la Organización Mundial de la Salud y la propia Constitución ecuatoriana, debe garantizarse bajo principios de equidad, respeto a la dignidad humana y autodeterminación personal.

El contraste entre los modelos español y boliviano en conjunto con la realidad ecuatoriana pone de relieve tanto la viabilidad como la urgencia de adoptar en Ecuador una regulación técnica y garantista de la reproducción asistida. El modelo español demuestra que un abordaje integral, que combine normas claras, salvaguardias procesales y pronunciamientos judiciales especializados, puede conciliar la protección de la autonomía reproductiva con los derechos del nasciturus a conocer su origen y a contar con una filiación segura. Por su parte, Bolivia, aunque recurre a la vía civil ante la ausencia de una ley específica, subraya la importancia de un marco constitucional que respalde el derecho a una maternidad segura y asegure mecanismos efectivos de reparación frente a errores médicos.

En Ecuador, la ausencia de iniciativa legislativa tras el proyecto de 2016 y los reiterados llamados de la Defensoría del Pueblo, sumados a la omisión judicial reconocida, evidencian una desconexión entre la agenda parlamentaria y los desafíos sociales y científicos del siglo XXI.

Resulta imperativo que el Estado asuma de manera proactiva la elaboración y promulgación de una normativa integral, inspirada en las mejores prácticas comparadas, que garantice protocolos de consentimiento, trazabilidad genética, responsabilidad médica y tutela judicial efectiva. Solo así se podrá superar el limbo jurídico actual, proteger la dignidad humana y garantizar la seguridad jurídica de todas las personas involucradas en los procedimientos de reproducción humana asistida.

En este contexto, se torna imperativo que el Estado ecuatoriano asuma de forma inmediata y responsable su rol en la iniciativa, discusión, aceptación y promulgación de un marco jurídico que regule de manera integral las técnicas de reproducción humana asistida, abordando no solo sus dimensiones médicas y biotecnológicas, sino también las múltiples implicaciones jurídicas, éticas, familiares y sociales que de ellas se desprenden. La persistencia de este vacío normativo no solo obstaculiza el ejercicio pleno de los derechos reproductivos e identitarios, sino que perpetúa un escenario de inseguridad jurídica frente a prácticas que, por su misma complejidad, demandan regulación técnica, garantista y multidisciplinaria.

En suma, la inacción del legislador ha propiciado que procedimientos tan sensibles y trascendentales como la reproducción asistida operen en un limbo jurídico, en detrimento del principio de dignidad humana, piedra angular de todo ordenamiento constitucional democrático. El derecho no puede mantenerse ajeno al avance científico ni a las transformaciones sociales que configuran nuevas realidades familiares.

## Referencias bibliográficas:

- Aspiazu, E., Araujo, J., Basurto, G., Cárdenas, V., Carvajal, B., Chung, E., Delgado, H., Falcones, M., Giler, R., & Villavicencio, M. (2019). *Generalidades de la Genética Humana, Conceptos y Mecanismos (1.ª ed.)*. Mawil Publicaciones de Ecuador. <https://mawil.us/wp-content/uploads/2023/03/generalidades-de-lagenetica-humana.pdf>
- Bermeo, J. (2022). *El principio de especialidad y la jurisdicción constitucional ordinaria* [Tesis de grado, Universidad Nacional de Chimborazo]. <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/11051>
- Cardaci, D., & Bringas, Á. S. (2009). «Hasta que lo alcancemos...» Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas. *Alteridades*, 19(38), 21-40. <https://www.redalyc.org/pdf/747/74714814003.pdf>
- Castro, R. G. M. (2015). *El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano*. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (33), 81-103. <https://doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.03.016>
- Código Civil. (2005). *Suplemento del Registro Oficial No. 46* (Edición Constitucional del Registro Oficial 15, 14 de marzo de 2022). <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/codigo-civil>
- Consejo General del Poder Judicial. (2015). *Audiencia Provincial*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Pais-Vasco/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-el-Pais-Vasco/Audiencia-Provincial/Audiencia-Provincial>
- Constitución de la República del Ecuador. (2023). *Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 (Ed. 25 de enero de 2021)*. Lexis S.A. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>

- Corte Constitucional del Ecuador. (2017). *Sentencia 133-17-SEP-CC, caso No. 0288-12-EP* (10 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Oficio Nro. CNII-2018-1026-OF* (28 de septiembre de 2018).
- Corte Constitucional del Ecuador. (2024). *Sentencia 66-18-IS/24, proceso No. 288-12-EP* (06 de junio de 2024).
- De la Barrera, N. J. (2007). *Lo que dice la Biología sobre el comienzo de la vida humana individual*. *Almogaren: Revista del Centro Teológico de las Palmas*, (40), 25-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7780642>
- Herrera, M., & Amezcua, M. M. S. (2016). *Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil*. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 18(7), 5-20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5586697>
- Mantilla, A. P. P., Toledo, Ó. A. U., Julio, J. J. A., & González, M. A. O. (2017). *El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. *Justicia*, 22(31), 171-187. <https://doi.org/10.17081/just.22.31.2605>
- Ortega, G. V., & Bossano, M. L. (2008). *La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador*. *Ius Humani Law Journal*, (1), 51-81. <https://doi.org/10.31207/ih.v1i1.3>
- Serna, N. (2012). *Biología del desarrollo: Cuaderno de trabajo*. McGraw-Hill. <https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=1476>
- Serrano, M. C., & Jara-Reyes, S. (2018). *Apuntes sobre la reproducción asistida: una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador*. En *Memorias del 50 Aniversario Universidad del Azuay*

(pp. 90-125). Universidad del Azuay. <http://50.uazuay.edu.ec/index.php/memorias/article/download/158/149>

World Health Organization. (2019, 10 de diciembre). *Infertilidad*. [https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab\\_2](https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_2)

### **Semblanza académica**

Carla Valentina Cela Antón es estudiante de la carrera de derecho en la Pontificie Universidad católica del Ecuador, sede Manabí donde actualmente cursa el quinto semestre. Asimismo, complementa su formación en el área de las ciencias humanas con estudios simultáneos en Psicología. Su interés académico y trayectoria se centra en el estudio crítico del derecho aduanero, y civil, con especial atención a los derechos fundamentales y su interacción con fenómenos sociales contemporáneos. Ha desarrollado investigaciones en temas vinculados con la reproducción asistida, la dignidad humana y la responsabilidad jurídica médica, aplicando un enfoque analítico sustentado en doctrina, jurisprudencia y normativa vigente.