

# Terra Incógnita

## Bases para una política criminal pro persona en la Sociedad digital

Federico César Lefranc Weegan



*Terra Incógnita*

**Bases para una política criminal pro persona  
en la Sociedad digital**

Federico César Lefranc Weegan



**Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación**

2015

**Dirección Ejecutiva (DE)**

Dr. Sergio Carrera Riva Palacio

**Dirección Adjunta de Innovación y Conocimiento (DAIC)**

Dr. Juan Carlos Téllez Mosqueda

**Dirección Adjunta de Desarrollo Tecnológico (DADT)**

Ing. Alfredo Víctor Burgos Menéndez

**Dirección Adjunta de Administración de Proyectos (DAAP)**

C. Fausto Arturo Beltrán Ugarte

**Dirección Adjunta de Competitividad (DAC)**

Mtro. Armando Peralta Díaz

**Dirección Adjunta de Desarrollo de Software (DADS)**

Mtro. Luis Humberto Alva Martínez

**Dirección Adjunta de Administración (DAA)**

Lic. Hilda Georgina Méndez Lozoya

***Terra Incógnita. Bases para una política criminal pro persona en la Sociedad digital***

© Federico César Lefranc Weegan

Primera edición: abril, 2015

**ISBN 978-607-7763-17-8**

D.R. © INFOTEC Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación

Av. San Fernando No. 37, Colonia Toriello Guerra

Delegación Tlalpan, C.P. 14050, México, D.F.

México, MMXV

*www.infotec.mx*

Prohibida la reproducción total o parcial, de la obra, sin la autorización por escrito de INFOTEC.

Impreso en México / *Printed in Mexico*

## Índice

<b>Presentación</b> .....	<b>5</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>7</b>
<b>Modelos de protección del derecho</b> .....	<b>11</b>
El Estado como articulador de los derechos .....	13
Las corporaciones como articuladoras de derechos.....	17
La necesidad de celebrar y respetar pactos.....	19
La estructura normativa en el ciberespacio.....	21
¿Puede internet ser un derecho humano? .....	25
Política criminal en la Sociedad de la Información.....	28
Prevención en internet .....	31
Intervención legislativa en un derecho fundamental.....	34
Persona y técnica.....	36
Autonomía de la persona en la red .....	38
La necesidad de adaptar el principio de escrutinio de los derechos humanos, a la red .....	40
Victimología y victimodogmática en la Sociedad digital .....	41
Desbordamiento de la persona por la técnica .....	42
El sujeto cognoscente de la sociedad digital posmoderna.....	44
Internet. Una interacción inherentemente violenta.....	45
Conclusiones e interrogantes.....	46
Bibliografía .....	49



## Presentación

En esta obra se ponen en duda algunas de las convicciones más difundidas sobre la sociedad de la información. El autor se interroga acerca de si acaso el derecho a internet puede ser un derecho humano, se pregunta también si no ha habido en los discursos sobre la red, un marcado retroceso en el tema de los derechos de las víctimas, y en el extremo si la llamada sociedad de la información puede ser caracterizada, y desde qué ámbitos, como una verdadera sociedad.

Uno de los problemas más severos que expone el autor se refiere a la falta de una presencia eficaz del Estado en el ciberespacio. Se abordan por ello los posibles motivos de esta falta de presencia y las consecuencias para el ámbito jurídico. Estos dos aspectos; la dificultad para conceptualizar al ciberespacio como una verdadera sociedad y una virtual ausencia de Estado, son los que han llevado al investigador a caracterizarlo como una verdadera *Terra Incógnita*.

El Dr. Lefranc nos invita a reflexionar desde los puntos de vista, ético, jurídico y de política criminal, que hoy todos los esfuerzos deben dirigirse a que el navegante, la persona, pueda orientarse con suficiente seguridad en este vasto territorio. Esta orientación podrá lograrse si las corporaciones privadas que influyen a la forma y contexto de la llamada sociedad digital, los Estados que inciden y son influidos por esta vida virtual, y cada uno de los navegantes, recuerdan permanentemente que el ser humano debe ser siempre beneficiario último de estos desarrollos, y la técnica el medio que los ponga a su servicio.

**Dr. Sergio Carrera Riva Palacio**

Director Ejecutivo de INFOTEC

abril 2015



## Introducción

Internet es un fenómeno complejo y heterogéneo, y es importante que en el análisis se tomen en consideración estas dos características.

Hoy la red digital forma parte de la experiencia humana individual, es decir, cada día muchas personas se sientan frente a una computadora conectada a Internet, y en ello invierten una parte significativa de su vida.

Al mismo tiempo, hay lugares diseminados en todo el mundo en donde un grupo de personas trabajan muchas horas diarias diseñando las novedades que intentarán volver su uso cada vez más atractivo, al extremo de que los jóvenes literalmente se enamoran de sus dispositivos.

Simultáneamente funcionan empresas dedicadas al desarrollo de la parte estrictamente física que caracteriza a la red, desde la nanotecnología hasta las gigantescas redes de cables de fibra óptica, pasando por pantallas inteligentes, dispositivos de voz y audio, entre otros.

Otro grupo significativo de personas no tiene ni siquiera acceso a Internet pero se ve afectado por lo que allí sucede.

La red digital está en permanente construcción, al mismo tiempo, se está desarrollando incesante, el imaginario social a partir del cual se le representa. En ninguno de los dos casos se trata de ideas acabadas ni mucho menos. Diversas tensiones caracterizan este desarrollo. Nos ocuparemos aquí de la tensión que se produce cuando se pretende aplicar a los fenómenos propios de Internet, categorías pensadas por el Derecho Público para un modelo continental de protección de la persona, que ha terminado por resultarle ajeno.

Consideremos que conociéramos ya con suficiente profundidad, la gran variedad de horrores que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial. Después de descubiertas estas atrocidades nos daríamos cuenta de que fueron cometidas por muchos Estados, de uno y otro bando, no sólo por los nazis o por los fascistas, también por los aliados. Günther Anders, un discípulo de Heidegger, cuestionará a la sociedad entera, con toda su capacidad filosófica, primero, respecto al Holocausto. Posteriormente

interpelará al piloto responsable de arrojar la bomba atómica de Hiroshima, Claude Eatherly. Anders no dejó de considerarlo un típico joven norteamericano, víctima de la misma bomba que arrojó.

“El caso de este típico joven norteamericano ilustraba perfectamente la paradoja de las modernas masacres tecnológicas, cuyos ejecutores podían ser a veces ‘culpables inocentes’”.<sup>1</sup>

También habría interrogado a Eichmann hijo, en dos cartas abiertas, que le permitieron exponer una cuidadosa reflexión sobre el más paradigmático de los campos de exterminio.

“¿Dónde situar Auschwitz en el contexto de esta sombría filosofía de la técnica que, según la interpretación de Pier Paolo Portinaro, adquiere una dimensión negativa en el plano *ontológico* (la obsolescencia del ser), en el plano *antropológico* (la primacía de los productos sobre los hombres) y finalmente en el plano *escatológico* (el final de la historia)”.<sup>2</sup>

Del uso de la tecnología de tarjetas perforadas, precursoras de los actuales programas de cómputo, durante el régimen nacionalsocialista, con la finalidad de identificar y controlar a la población judía, no se difunde demasiado material pero existen informes confiables.<sup>3</sup>

Desde una perspectiva muy específica, la **DUDH** propició un potente desarrollo de los Derechos Humanos desde la segunda mitad del siglo **XX**. Este desarrollo fue una respuesta frente a la responsabilidad en que incurrieron muchos Estados durante la Segunda Guerra Mundial. En el periodo de guerra, una firma avaló millones de condenas a muerte en la Alemania nazi, y una firma cerró la guerra ordenando los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki. Para muchos funcionarios menores la responsabilidad consistió en haber firmado condenas de muerte, órdenes de tortura o de desaparición. Hoy, décadas más tarde, no se requiere la firma, en

- 
- 1 **Anders, Günther**, “Auschwitz y Hiroshima”, en Traverso, Enzo, *La historia desgarrada. Ensayo sobre Auschwitz y los intelectuales*, Herder, Barcelona, 2001, p. 129
  - 2 **Anders, Günther**, “Auschwitz y Hiroshima”, en Traverso, Enzo, *La historia desgarrada. Ensayo sobre Auschwitz y los intelectuales*, Herder, Barcelona, 2001, p. 122
  - 3 **Black, Edwin**, *IBM y el Holocausto. La alianza estratégica entre la Alemania Nazi y la más poderosa corporación norteamericana*, Atlántida, Buenos Aires, 2001, p. 18

ocasiones basta con oprimir una tecla o con pulsar un botón, para que la responsabilidad nos alcance.

Frente a la historia reciente, el derecho, en el siglo XXI, tiene un reto muy complicado ante al desarrollo vertiginoso de la tecnología, y es el de recuperar su carácter humanístico y armonizarlo con este desarrollo.

El papel principal de todo el derecho es simbólico para la sociedad. Esta perspectiva da lugar a uno de los argumentos más poderosos del imaginario, la certidumbre del derecho, la confianza en que a partir de él, las cosas pueden ir mejor. Considero que es momento de apelar a ese valor y poner a la vista un derecho capaz de ofrecer esperanzas a la persona común,<sup>4</sup> que hoy parece olvidada. La certidumbre y la esperanza podrán ellas sí ser los motores de las acciones que verifiquen un cambio a favor de las propias personas. Porque también para la Sociedad de la información sirven de guía la DUDH y la idea de dignidad humana. Esa fue una decisión expresa de los representantes de los pueblos en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la información de 2003 en Ginebra, quienes la expresaron en los numerales 1 y 4 de su Declaración de Principios.<sup>5</sup>

---

4 Que el carácter simbólico del derecho pueda aportar esperanza a la gente, es una idea en el áula, de **Stephani Avalos**.

5 1 Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, reunidos en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003 con motivo de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, declaramos nuestro deseo y compromiso comunes de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4 Reafirmamos, como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, y según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. La comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica y el fundamento de toda organización social. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas, en todas partes, deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que ofrece la Sociedad de la Información.”



## Modelos de protección del derecho





## El Estado como articulador de los derechos

Para los Estados de la familia romano germano canónica del derecho, en el siglo **XXI**, los límites al ejercicio del poder del Estado se imponen a través de normas jurídicas de orden superior que identificamos como derechos humanos. En este modelo, todos y a cada uno de los seres humanos de forma individual deben de estar protegidos por estas normas jurídicas superiores. En él se considera que los derechos humanos son normas jurídicas que recogen valores de especial significación para la comunidad internacional, de allí su carácter superior, y se han positivizado al interior de cada Estado. Estas normas son derechos en el sentido estrictamente jurídico independientemente de la clase de instrumento en el que se encuentren enunciados, es decir: 1) son normas jurídicas. 2) Son normas de orden superior, ya sea que estén en la Constitución o en los Tratados, Convenios, Declaraciones, Protocolos o cualquier instrumento similar. 3) Su característica distintiva en tanto normas superiores es que operan como principios iusfundamentales 4) Son de cumplimiento obligatorio para todos los Estados incluyendo por supuesto el Estado mexicano, que además está obligado a promoverlas activamente.

Una concepción nueva de lo que se entiende como derechos humanos debe satisfacer las premisas anteriores para contribuir a reducir el riesgo de que cualquier Estado a través de sus representantes, vuelva a cometer aquellos actos que una vez fueron calificados como ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Para comprender el verdadero alcance y significado de estas normas jurídicas es imprescindible conocer su historia reciente. Esta historia inició en 1948 con la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y significó un cambio profundo en la concepción del derecho, del sujeto de derecho y de su relación con el Estado.

La idea de derechos humanos en el siglo **XXI** tiene un significado específico y sólo se puede comprender este significado conociendo la historia

Cf. Fundamental en nuestro medio, el siguiente texto, **Téllez, Julio**, *Derecho informático*, 4ª ed. Mc Graw Hill, México, 2009

reciente. La historia nos recuerda que hace apenas unas pocas décadas la humanidad estuvo a punto de destruirse a sí misma durante la Segunda Guerra Mundial. El recuerdo de esta destrucción quedó plasmado en el instrumento jurídico más importante de nuestro tiempo, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

El Segundo considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos nos recuerda los motivos que la originaron. En este considerando se afirma que se cometieron actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. De esta afirmación se debe desprender la voluntad de la comunidad internacional de que nunca más se vuelvan a cometer esa clase de actos. Esa voluntad representa uno de los significados más importantes para los derechos humanos en el siglo XXI.<sup>6</sup>

Los actos de barbarie mencionados se refieren a la restricción de los derechos más elementales, a la legalización del racismo, a la institucionalización de la deshumanización y de la exclusión de grupos completos, a la criminalización de la oposición política, a la suplantación de poderes e instituciones legítimos, al fanatismo y a la intolerancia, al endurecimiento del sistema penal, a las leyes de esterilización de incapaces, al desarraigo y a la emigración forzada, a las masacres de intelectuales, a la práctica generalizada de la tortura, a la experimentación con seres humanos, a la concentración de colectivos completos en campos de trabajo esclavo o en campos de exterminio, y al final a la decisión de exterminar grupos humanos completos de las formas más crueles e inhumanas que se hayan podido concebir; no sólo judíos sino también gitanos, serbios, homosexuales, disidentes políticos, entre otros.

Cometidos por muchos Estados, estos actos de barbarie, que van desde Auschwitz hasta Hiroshima y Nagasaki se refieren también a la indiferencia y a la omisión criminal de quienes a nivel individual o en representación de Instituciones y Estados, se enteraron de las atrocidades que estaban cometándose y no hicieron nada para detenerlas.

---

6 Para una discusión amplia sobre las implicaciones del segundo considerando de la Declaración Universal de 1948, véase, **Lefranc, Federico**, *Sobre la Dignidad Humana. Los Tribunales, la Filosofía y la Experiencia atroz*, **UBIJUS**, México, 2011, especialmente el capítulo III.

Sin olvidar que todo ello sucedió y se permitió dentro de órdenes legales, todo sancionado por miles de modificaciones a las leyes y reglamentos y de transformaciones de hecho en muchos Estados.<sup>7</sup>

En ese contexto los responsables de estos actos que fueron calificados como ultrajantes para la conciencia de la humanidad fueron los Estados, pero no en abstracto, sino a través de los representantes de sus poderes. Vale la pena insistir en que no se trató de los actos de individuos aislados, sino que fueron actos cometidos por funcionarios en nombre de los Estados aprovechando todo el poder que poseían como representantes de dichos Estados.

Este reconocimiento explícito de responsabilidad por la barbarie, que los Estados hicieron en la Declaración Universal, se traduce desde entonces en prohibiciones básicas para los propios Estados; las prohibiciones de tortura, de tratos y penas crueles inhumanos y degradantes, de pena de muerte, de experimentos con seres humanos, la prohibición de que los niños participen en las guerras y otras muchas, que son el claro ejemplo de esa necesidad de poner un límite a las acciones arbitrarias de poder que, como ya se ha señalado, estuvieron legitimadas, a pesar de su calidad inhumana.<sup>8</sup>

Todas estas prohibiciones aparecen en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948. El ámbito más protegido que atañe a esta prohibición de la barbarie se recoge en el Derecho Penal Internacional que está estrechamente relacionado con el derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito penal estas prohibiciones aparecen caracterizadas como delitos contra la humanidad en cuatro grandes categorías; a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes

---

7 *Ibid.*

8 Para una aproximación a la concepción de legalidad en el orden jurídico nacionalsocialista véase, **Rüthers, Bernd**, *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, **UBIJUS**, México, 2009, especialmente el epígrafe 16, "Raza y derecho: las teorías jurídicas durante el Nacional Socialismo"

de guerra; d) El crimen de agresión. Estas categorías se desarrollaron para agrupar las conductas más graves que se pueden atribuir a los Estados.<sup>9</sup>

Este segundo considerando que alude a los actos de barbarie mencionados, debe de interpretarse aunado al primer considerando del Preámbulo que reconoce expresamente la misma dignidad inherente a todos los seres humanos y que se traduce, especialmente en el ámbito del Derecho Penal, en una serie de principios positivos de cumplimiento obligatorio para los Estados, que protegen a todo individuo acusado de haber cometido un delito.<sup>10</sup>

Una consecuencia del desarrollo de todos estos derechos fue la decisión de crear órganos especializados para su protección, especialmente para su protección jurisdiccional, empezando por la Organización de las Naciones Unidas que tiene carácter internacional o universal. Otros órganos universales se pueden ejemplificar con la Corte Penal Internacional. Además se han creado órganos regionales, en Europa, en África y en América. En este último continente funcionan órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En Europa cuentan con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último se espera que cada Estado haya instituido sus propios órganos internos de protección jurisdiccional de los derechos humanos, éstos generalmente están representados por los Tribunales Constitucionales. En México esa función de protección jurisdiccional la cumplen los Tribunales de la Federación de manera general y especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Otra consecuencia importantísima que se deriva del proceso de discusión de la DUDH es que se reconoció al individuo como sujeto de derecho internacional, ya que antes sólo los Estados eran sujetos del derecho internacional. Pero al reconocer que los actos de barbarie que tanto indignaron a la humanidad fueron cometidos por los Estados a través de sus representantes, y que frente a esos actos la persona común se hallaba

9 **Ambos, Kai**, *Los crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2005.

10 Fundamental para una exposición amplia sobre la evolución del Derecho Penal como instrumento de garantía para el acusado. **Ferrajoli, Luigi**, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

totalmente indefensa, se resolvió modificar radicalmente esa posición de indefensión

Esto significa que actualmente todos estamos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos y que cualquier individuo en caso de sufrir una violación de estos derechos tiene la posibilidad de pedir la protección de organismos locales, regionales o internacionales, y demandar al Estado que ha producido esta violación.

Cabe señalar que, este sistema de protección de los derechos humanos es de carácter obligatorio para quienes se adhieren a él, y en ningún caso podrá ser potestativo, generando en consecuencia que el Estado mexicano junto con los poderes que lo integran tengan la obligación de hacer valer estos derechos en favor de la sociedad, ello además en congruencia con el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos establecidos en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

El límite que este modelo de protección de derechos ha encontrado en la llamada Sociedad de la Información y de la Comunicación (también llamada Sociedad digital), es que en ella, el Estado no es el articulador de los derechos, y por tanto tiene muy poca capacidad para defenderlos. Ello porque, como veremos más adelante, la expresión Sociedad de la Información no tiene un sentido claro ni en el derecho ni en la política, cuando menos para el ámbito que identificamos con el derecho público.

## **Las corporaciones como articuladoras de derechos**

En la Sociedad digital esta evolución que sufrió el derecho público después de la Segunda Guerra Mundial, no se vivió de la misma forma. El derecho de posguerra, sobre todo en el ciberespacio, se ha caracterizado por nuevas configuraciones complejas, híbridas, ambiguas, dispersas, transnacionales y multidimensionales, sin embargo hay hilos conductores que permiten reducir la complejidad del análisis. No obstante que uno de los más importantes proyectos que derivaron en lo que

hoy conocemos como internet, como es ARPANET,<sup>11</sup> se originó en una institución pública tan poderosa como el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, el desarrollo de las últimas décadas ha sido producto de grandes corporaciones internacionales privadas. Esa primera característica afecta directamente la posibilidad de protección de los derechos de las personas en dicho medio, porque dichas posibilidades han escapado del espacio del derecho público.

Hay una segunda característica que incide en esa posibilidad de protección y que es herencia de la familia jurídica en la que están inmersas corporaciones como Google, Microsoft, Mac, Amazon, entre otras muchas, y que es el *common law*.

Estas dos particularidades; la de ser un desarrollo de corporaciones particulares y la de pertenecer al ámbito del *common law*, hacen que la protección de los derechos de las personas usuarias de la red, responda a premisas muy distintas de las que podrían esperarse si estuviera regido por el modelo de derecho continental.

Entonces, para el Derecho Público actual, el Estado es el articulador entre las diferentes expresiones del derecho y una de sus finalidades primordiales es la de proteger al sujeto, específicamente proteger el núcleo duro de los derechos humanos de las personas, pero no es así en el ciberespacio. Allí el derecho es articulado por las grandes corporaciones, y si bien los derechos de las personas encuentran espacios de protección, el fin último no está orientado a ello sino a la cristalización de gigantescos negocios privados.

Para la *lex mercatoria* la corporación es la entidad articuladora de las diferentes manifestaciones del derecho, y en el contexto de las corporaciones priva la cláusula *do ut des*, que en el derecho continental encuentra su expresión extrema en los llamados pactos comisorios. Ello nos obliga a revisar nuestras prácticas de interpretación dentro de los diferentes paradigmas, superando la mera idea de que se agotan en la subsunción de reglas, o en la ponderación de derechos iusfundamentales, más

---

11 *Advanced Research Projects Agency Network (ARPANET)*

recientemente. El contraste se revela con claridad en el siguiente texto de Supiot.

“Basta con comparar un minitel y una computadora para entrever los profundos lazos que unen objeto técnico y cultura jurídica en un momento dado. En el minitel se encuentra todo el espíritu del derecho francés de los servicios públicos: una organización en forma de árbol, piramidal y centralizada; un acceso garantizado para todos en condiciones de perfecta igualdad y al menor costo; una relación con los textos que pasa por la mediación de una persona pública. En la computadora conectada a internet se encuentra todo el espíritu de el common law: una organización en forma de racimo, de contornos inasibles; un acceso desigual dependiendo de los recursos económicos, técnicos y culturales de cada uno; una relación directa con todos los textos sin la mediación de una instancia central”.<sup>12</sup>

Hay pues, un vínculo estrecho entre el derecho y la técnica, entre sus desarrollos y sus limitaciones, así como en el imaginario que va dándoles vida para la comunidad.<sup>13</sup>

## La necesidad de celebrar y respetar pactos

Todas las sociedades, así como las conocemos hoy, están fundadas en algún pacto. El último gran pacto tuvo su origen en una atrocidad, la Segunda Guerra Mundial, y se sintetiza en la obligación de los Estados de reconocer, proteger y promover la dignidad humana, para que no se repita esa tragedia.

Los pactos pueden ser explícitos o tácitos, escritos o verbales, más o menos solemnes, deseados o indeseados, pero los pactos están presentes contribuyendo a conformar el imaginario colectivo. (Castoriadis..)

Cómo son los pactos en la Sociedad de la información, entre quiénes se firman, quién los legitima, a quiénes obligan, son algunas de las preguntas pendientes. Sobre todo, la pregunta ineludible para que esto

---

12 **Supiot, Alain**, *Homo Juridicus*, SXXI, Buenos Aires, 2007, p. 169

13 “La historia recordará que los dos primeros experimentos a gran escala de lo que Ithiel de Sola Pool etiquetó de ‘tecnologías de la libertad’ fueron inducidos por el Estado: el MINITEL francés, como un instrumento para encaminar a Francia hacia la sociedad de la información; el ARPANET estadounidense, predecesor de Internet, como una estrategia militar para conseguir que las redes de comunicación sobrevivieran a un ataque nuclear. Fueron muy diferentes, ya que ambos estaban bien fijados en la cultura e instituciones de sus sociedades respectivas”.  
**Castells, Manuel**, *La era de la información. La sociedad red*, SXXI, México, 2011, p. 374

tenga sentido, es; ¿En Internet, quién es el garante de los pactos? Porque no parece ser el Estado.<sup>14</sup>

¿Realmente puede ser el derecho a internet un derecho humano? Encendemos la computadora y no escribimos en lenguaje ensamblador, ni nada por el estilo. Alguien ya lo hizo por nosotros y desarrolló una interfaz. Dependemos por ello, inmediatamente, de un sistema operativo, llámese Windows o Mac OS, entre otros. A partir de ese momento nos movemos en entornos desarrollados por enormes compañías privadas, no por el Estado. Lo mismo sucede con Android en el caso de los teléfonos móviles.<sup>15</sup>

Pero continuemos con el recorrido porque hemos descrito tan solo el primer paso. Hemos accedido al sistema y entonces seleccionamos un navegador para Internet, Google, Mozilla, Yahoo o cualquier otro. Estos navegadores que se encuentran entre los más populares del mercado internacional, también son propiedad de grandes empresas privadas transnacionales.

---

14 Las funciones tradicionales del Estado como son el mantenimiento de la unidad y de la paz interna han sido desbordadas por las complejas características de un mundo globalizado.

“El Estado, en efecto, se ha vuelto demasiado grande para las cosas pequeñas, y demasiado pequeño para las cosas grandes. Es demasiado grande para llevar adelante gran parte de las funciones administrativas que requieren formas de autonomía opuestas a los viejos modelos centralistas. Pero sobre todo es demasiado pequeño con respecto a las funciones de gobierno y de tutela exigidas por las cada vez más estrechas interdependencias que hoy condicionan, de manera irreversible, la vida de todos los pueblos del mundo. Ninguno de los problemas dramáticos de nuestro tiempo – la paz, la tutela de los derechos de libertad y de supervivencia, la regulación del mercado y de las comunicaciones, la seguridad contra la criminalidad, la defensa del medio ambiente – puede ser resuelto fuera del horizonte internacional. Y no solo por el carácter global de sus dimensiones, sino también porque en el mundo contemporáneo ‘vivir’ no es más (o es cada vez menos) un hecho puramente natural, confiado a la capacidad de sustento del individuo o incluso de su comunidad política, puesto que las condiciones económicas, ambientales, tecnológicas y culturales del mundo son cada vez menos naturales y más artificiales y heterodeterminadas”. **Ferrajoli, Luigi**, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, 2004, p. 92.

15 Pero advirtamos que los derechos humanos son exigibles frente al Estado, de manera que para que el derecho a internet pudiera ser un derecho humano tendría que ser exigible igualmente frente al Estado.

Los sistemas operativos van imponiendo sus actualizaciones, es decir, el usuario se ve forzado a ir incorporando continuamente programas, para que su sistema siga funcionando con determinada calidad. Ello independientemente de un buen antivirus, también desarrollado por particulares. Para acceder a un navegador, el usuario acepta explícita o tácitamente las condiciones de uso. Y todavía no ingresamos a una red social.

Ahora decidimos entrar a nuestro correo, o a una popular red social. Entramos quizás a *facebook*, a *My space* o tal vez a *hi 5*. Los correos electrónicos, a diferencia del viejo correo postal, son propiedad de particulares, nuevamente grandes corporaciones transnacionales. Las oficinas postales, envejecidas y abandonadas, sí pertenecen al Estado, a quien le podemos exigir que respete nuestra, cada vez más exigua, correspondencia. Si queremos entrar a nuestra red social hemos de aceptar todas sus condiciones sin repelar. Lo que prevalece son contratos privados de adhesión en los que prevalece una perspectiva unilateral.

Esto nos lleva a sostener que la Sociedad de la información, casi desde su inicio se ha fundado en pactos de sumisión. Se trata de los viejos pactos, ahora remasterizados, entre los súbditos y la nobleza o entre los siervos y los señores feudales. No son pactos democráticos, porque no son entre iguales. Si quisiéramos conceptualizar esta relación usando las viejas categorías diríamos que más que el derecho público, prevalece en el ciberespacio la *lex mercatoria* y que quienes gobiernan son soberanos particulares. Con el tiempo estaremos recordando las guerras entre reyes.

## La estructura normativa en el ciberespacio

Desde el punto de vista jurídico Internet no ofrece el medio homogéneo que ofrece el Estado para la aplicación del derecho. Es en cambio, un medio heterogéneo, que acepta muchas dimensiones de interpretación de los derechos, algunas de ellas incluso contradictorias.

Las Sociedades contemporáneas se caracterizan por haber desarrollado complejos sistemas jurídicos a través de los cuales pretenden, cuando menos simbólicamente, regular detalladamente su funcionamiento. Ahora bien, a pesar de que el sistema jurídico de un Estado particular, sea

complejo, eso no impide que tienda hacia la homogeneidad, por eso lo podemos concebir acertadamente como un sistema. Así, podemos referirnos al sistema jurídico italiano, al sistema jurídico mexicano, etcétera.

Lo que caracteriza a estos sistemas jurídicos es su estructura, me refiero a la estructura normativa. Se identifican en ellos, *grosso modo*, normas de nivel superior, por ejemplo las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales, y normas ordinarias como las leyes secundarias, los códigos, los reglamentos, los bandos municipales, entre otros. Entre las normas superiores y las normas ordinarias hay una relación clara de jerarquía que incide inequívocamente en su interpretación. Se pueden identificar sin duda las relaciones horizontales y verticales de las normas, y a partir de ello establecer cánones y técnicas de interpretación, por ejemplo los conflictos entre normas superiores se resuelven mediante la ponderación, en cambio para el derecho ordinario se aplica la subsunción. Lo que hay que dejar claro es que, este marco, descrito en unos pocos renglones, se aplica a las sociedades que se han constituido en Estados nación, es decir al interior de las sociedades que tienen una Constitución, y en sus relaciones con otras sociedades.

En resumen, en la política o en el derecho, identificamos cada sociedad con el Estado nación en el que se constituyó, de modo que cuando hablamos del ordenamiento alemán, o del ordenamiento de un país cualquiera, asumimos que Alemania, o el país referido, se constituyeron en Estado nación en algún momento de su historia.

¿Qué pasa entonces cuando queremos hablar de la estructura normativa de la llamada Sociedad de la información? Revisemos brevemente el complejo y heterogéneo escenario normativo de esta Sociedad. La Constitución Política de los EUM (art. 6 y 16), el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (México 2011), la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (México 2010), el Código de Buenas Prácticas en Información, Participación y Transparencia en la Gobernanza de Internet (Consejo de Europa 2010), el Convenio sobre cibercriminalidad (Budapest 2001), la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Ginebra

2003 – Túnez 2005), el Manual para la lucha contra la trata de personas (ONU 2009), el informe sobre las Tendencias en la seguridad cibernética en América Latina y el Caribe y respuestas de los gobiernos (OEA 2013), el documento sobre The use of Internet for terrorist purposes (UNODC 2012), el manual sobre Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central (UNICEF 2007), la *World Conference on International Telecommunications* (International Telecommunication Union, Dubai 2012). Hay que agregar todos los instrumentos que conforman los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos, de los que únicamente citaré; la DUDH, la CIDH, el PIDCP, la CDN.

¿Qué normas faltan aquí, que afectan a cada usuario, y siendo evidentes se citan poco? Faltan los contratos con Microsoft, Google, Facebook, Yahoo, Norton, entre otros, que son fundamentales en este marco normativo, sin los cuales ni siquiera podríamos utilizar Internet en la forma en la que lo hacemos.

Lo primero de lo que debemos estar conscientes es de que la Sociedad de la Información, no es estrictamente una sociedad en el sentido ortodoxo de la política o del derecho. No lo es para estos ámbitos, porque no se le puede identificar ni con un Estado ni con una nación. No se le puede identificar desde el punto de vista normativo, con un Estado, porque la Sociedad de la Información no tiene Constitución.

“Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.”

Los integrantes de la Sociedad de la Información no se han reunido en una asamblea solemne para constituirse de alguna manera, porque no pueden hacerlo. Ello no obstante las Declaraciones o los Compromisos, de Ginebra o de Túnez, por ejemplo. Es claro que los navegantes de dicha sociedad no conforman una nación, ni un Estado, ni siquiera tienen garantizados sus derechos, o tienen muy pocos derechos garantizados, no tienen entonces una Constitución. Hasta ahora no se ha generado el equivalente a un modelo de Estado, para la Sociedad de la Información. Un modelo que incluya como mínimo el reconocimiento,

respeto y garantía permanente de nuestros derechos humano porque posiblemente ni siquiera es pertinente. Afirma Juan Terradillos.

“Parece comúnmente admitido que la vitalidad de los modelos democráticos se mide por su capacidad para garantizar el respeto y la expansión de los derechos fundamentales. Resulta igualmente obvio que la vitalidad misma de los derechos fundamentales depende de la implementación de estrategias de amplio espectro dirigidas tanto a dotarlos de contenido real como de posibilidades de tutela efectiva frente a eventuales ataques”.<sup>16</sup>

En la Sociedad de la Información muchos derechos no pueden ser dotados de contenido real, por ejemplo, la intimidad o la libertad, y menos aún son concluyentes las posibilidades de una tutela efectiva. Esa será la primera distinción fuerte que debemos hacer entre las sociedades constituidas en Estados nación y la Sociedad de la Información, esta última expresión funciona mejor para la sociología, o para la antropología social, que para el derecho o la política.

Nuevas expresiones de la política, nuevas formas de relación y de comunicación, nuevas formas de percibir e interpretar la realidad. Nuevas formas de vigilancia global, nuevas exclusiones y nuevos privilegios se están configurando permanentemente.<sup>17</sup> Por eso, mejor que por algún otro motivo, aplica muy bien para los usuarios, la metáfora de los navegantes, que coincide bien con el contexto de la *lex mercatoria*, cuando menos para las cuestiones políticas y jurídicas. Los navegantes navegan y comercian aún en ausencia de leyes, sin acudir al Estado que se encuentra lejano. Un poco a la deriva, aceptando que no tienen el control total sobre su ruta.

Conservar esto en mente ayuda a comprender la heterogeneidad de los análisis jurídicos y políticos cuando se pretende generalizar aquellos que provienen de un modelo, para aplicarlos al otro.

---

16 Terradillos, Juan, “¿Qué defender? Derechos de defensa y derecho penal sustantivo”, en **Rebollo, Rafael** y **Fernando Tenorio**, *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, España, Bosch Editor, 2013. Sobre la relación, derechos fundamentales – modelo de Estado, véase, **Ansuátegui, Francisco**, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución*, Perú, Grijley, 2007

17 Véase en detalle el informe *Q&A: NSA's Prism internet surveillance scheme*, en: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-23051248>, consulta de julio 18 de 2013.

## ¿Puede internet ser un derecho humano?

Desde el punto de vista de las teorías que los explican, ni estructural ni funcionalmente el derecho a internet está concebido como un derecho humano. Ni como un derecho humano individual, ni como uno social.

Estructuralmente no lo es porque su contenido describe algo ajeno a la persona, confundiendo sus propiedades características con los atributos que describen los derechos humanos clásicos. Estos últimos describen atributos y valores que se consideran esenciales para el ser humano y que por lo mismo han sido recogidos como derechos. Por citar algunos; la libertad, la igualdad, la intimidad, la integridad, la salud, la vida, incluso los derechos al desarrollo, a la alimentación, a la comunicación, a la información, a la propia imagen y a la libre expresión.

Insisto, todos ellos pueden ser expresados como valores, y al ser recogidos por los instrumentos internacionales o por las Constituciones, se transforman en derechos de una clase muy especial, derechos humanos o derechos fundamentales, según el caso.

En ese sentido, el núcleo básico de los derechos humanos es un valor. Internet no es una valor como tal. A internet lo componen un conjunto de propiedades que resultan de la interacción compleja de componentes físicos y de programas, por lo que es esencialmente ajeno a la persona. Su definición en 1995 por el *Federal Networking Council*, nos proporciona tan solo una orientación mínima.

“Internet hace referencia a un sistema global de información que (1) está relacionado lógicamente por un único espacio de direcciones global, basado en el protocolo de Internet (IP) o en sus extensiones; (2) es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones u otros protocolos compatibles con IP; y (3) emplea, provee o hace accesible, privada o públicamente, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas aquí descritas”.<sup>18</sup>

El núcleo de un posible derecho a internet, no se puede articular con el núcleo de los derechos humanos que ya conocemos, de manera que no sé si llegará a considerarse como un derecho esencial, sobre todo por su

---

18 Azaola, Luis, *Delitos informáticos y derecho penal*, UBIJUS, México, 2010, p. 1

naturaleza social, pero estructuralmente no se le debe categorizar como un derecho humano. En términos kantianos internet es claramente un medio, al servicio del ser humano que es un fin.

Desde el punto de vista funcional, los ya mencionados derechos, a la información, a la comunicación, a la libre expresión, a la asociación, a la propia imagen, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, rinden más, cuando se les conjunta, es decir, la suma de estos derechos, se puede ejercer a través de internet, sí, pero no se agota con internet.

Desde el punto de vista de la razón práctica, los derechos humanos son exigibles al Estado. Internet no lo es, no lo podemos exigir al Estado, al menos en su configuración actual. Su gestión se encuentra en manos de grandes corporaciones privadas, que tienen más poder, más influencia y más dinero que algunos Estados.

Hemos leído sobre el proyecto, *Internet.org*, de *Facebook*, éste, es el más reciente esfuerzo de una compañía de internet en busca de expandir el acceso a la red a las economías emergentes. La iniciativa es similar a la propuesta del rival de *Facebook*, *Google Inc*, que utiliza desde globos hasta conexiones de fibra para expandir la conectividad. El grupo de Zuckerberg intenta explorar todo, desde teléfonos inteligentes de bajo costo y proveer acceso a internet a comunidades que no lo tienen, hasta idear maneras para reducir la cantidad de datos que se requieren descargar para contar con aplicaciones de internet móvil como *Facebook*.

¿Qué buscan Mark Zuckerberg, o Google, expandir un derecho, o expandir un mercado? No son los gobiernos los que están haciendo ese monumental esfuerzo. El hecho de que sean corporaciones privadas las que asuman una tarea de esa magnitud provoca incluso un imperceptible desplazamiento del lenguaje. Por ejemplo, la expresión; “internet debe ser público”, se interpreta como, “todas las personas deben de tener acceso a internet”, es decir, se adopta su significado coloquial sin considerar que quienes gestionan la red son empresas privadas. Pero en sentido estricto, para el derecho o para la política, lo público es lo que el Estado administra, y es lo opuesto de lo privado, de modo que la expresión aludida se debería de interpretar como; “el Estado debe ser el encargado de gestionar y

administrar internet”, hecho que no está sucediendo, ni se ve que vaya a suceder. Esta percepción de Internet como público, genera muchos equívocos, demandas difícilmente sostenibles, expectativas no satisfechas. Internet como derecho humano, como se ha llegado a proponer, requeriría que la infraestructura, los programas y la administración, fueran públicos, para que su uso y acceso fueran exigibles al Estado.

El paradigma de protección de la persona, desarrollado a través de la segunda mitad del siglo **XX** y lo que va del **XXI**, tomó sus elementos fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y de los instrumentos internacionales que le siguieron; destacando la universalidad de los derechos, el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de los nuevos pactos sociales, y el reconocimiento por los Estados de que se habían cometido actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. La transformación radical en la política se expresó de la manera siguiente: A partir de este momento (1949) el Estado debe estar para servir al ser humano y no el ser humano al Estado. Ello porque en la relación individuo – Estado, quien tiene como atributo la dignidad es el individuo.

En contraste, podríamos pensar que actualmente, las grandes corporaciones privadas que administran el uso de Internet han hecho emerger una especie de Macro Estado virtual que por ahora produce las heterogéneas regulaciones que gobiernan la sociedad digital en la práctica. En este Estado virtual el pueblo no es el soberano.<sup>19</sup> La emergencia de ese marco, que podemos comparar con un permanente estado de excepción, es parte de la dinámica capitalista del siglo **XXI**.

“El capitalismo sueña no sólo con ampliar (...) el territorio en el que todo objeto es una mercancía (derechos sobre el agua, derechos sobre el genoma y sobre todas las especies vivas, órganos humanos (...) hasta los límites del globo; también procura expandirlo en profundidad a fin de abarcar los asuntos privados, alguna vez a cargo del individuo (subjetividad), sexualidad (...) y ahora incluidos en la categoría de mercancías”.<sup>20</sup>

19 “La soberanía nace del acto de la constitución del poder absoluto por el pueblo”. **Schmitt, Carl**, *La dictadura*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p. 53

20 **Bauman, Zygmunt**, *Los retos de la educación en la modernidad líquida*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 38

En esa dinámica de expansión, por ejemplo, el espionaje, que por el momento tanto nos ha alarmado, es posible que se trate sólo de la creación de una imagen publicitaria de omnipotencia del Estado nación más poderoso de nuestra era, que busca su reflejo en el ciberespacio.

Habrà con el tiempo, que distinguir entre el potencial real de espionaje y control, y el discurso que declara que todo lo pueden. No perdamos de vista que la política criminal cuando se expande, pretende abarcar desde la moralidad hasta la política crematoria. Por ejemplo la decisión de no enterrar a Osama Bin Laden. Sería ingenuo pensar que aquellos espíados que quisieran ocultar sus actos, conservaran el lenguaje que los traiciona en la red.

## Política criminal en la Sociedad de la Información

El denominado fenómeno de la criminalidad puede ser observado desde perspectivas muy distintas. A partir de la Modernidad dieciochesca, y con el entusiasmo que caracterizó algunas de sus manifestaciones, se pretendió agotar el tema desde el Derecho Penal, lo que propició las más variadas discusiones sobre unas pretendidas funciones preventivas, generales o especiales, que le fueron atribuidas. Unas funciones que con el tiempo se revelaron como imposibles de ser verificadas por esta disciplina.

En el curso de los siglos **XIX** y **XX**, se desarrolló como disciplina propia la criminología, aunque mantuvo en mayor o menor grado sus nexos con el derecho penal. La criminología, por supuesto, no ha sido impermeable a los discursos filosóficos y científicos que la rodean. Así, inicialmente se desarrolló una criminología de corte positivista, diríamos comteana, que pretendió afianzarse como una especie de ciencia natural afín a la medicina. Esta perspectiva comprendió posteriormente los descubrimientos de la psiquiatría, y más recientemente, de las neurociencias afirmando su pretendido carácter de ciencia positiva. Pero en un sentido distinto, durante la segunda mitad del siglo **XX**, con el desarrollo de las diversas escuelas críticas, se fue dando forma a un heterogéneo cuerpo de conocimientos, de difusas raíces marxistas, que llegó a identificarse

como criminología crítica. Una criminología que puso al descubierto muchas de las falacias que venían alimentando a su hermana positivista.

Lo que resultó cada vez más claro es que muchos de los análisis del fenómeno de la criminalidad escapaban del ámbito del derecho penal, así, después de que la criminología creyó haber afianzado sus dominios, surgió a trompicones la victimología, entre otras causas, como un reconocimiento de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. Y ya en las últimas décadas, se empezó a hablar de una victimodogmática, es decir, del estudio sistemático de los derechos de las víctimas. Pero el momento de la Segunda Guerra Mundial, a la vez que desvelaba el derrumbe de los grandes ideales de la Modernidad y los sustituía por reflexiones más modestas, anticipaba lo que llegaría a ser percibido como, un desbordamiento del individuo por la técnica.

Es en este contexto de la segunda mitad del siglo XX en adelante, que se fue identificando, si no, una disciplina nueva o autónoma, sí una nueva perspectiva, complementaria pero independiente del Derecho Penal; la Política Criminal. Ésta se haría cargo del análisis de la toma de decisiones relacionada con el fenómeno criminal, desde la perspectiva del Estado. Un estudio de la Política Criminal en la Sociedad Digital, pondría de relieve las posibilidades y limitaciones de ese Estado en dicha materia.

Si la Política Criminal es el conjunto de decisiones que se toman desde el Estado con el objetivo declarado de “hacer posible la convivencia pacífica en la sociedad”.<sup>21</sup> Habría que preguntarse, en la Sociedad de la Información y de la Comunicación, en la que no hay un Estado nacional que esté legitimado para tomar esas decisiones, ¿quién debe tomarlas? ¿Quién deberá ser legitimado para tomar las decisiones de Política criminal sobre la red? ¿Y, por qué motivos se podría justificar esta legitimación?

Decisiones que van desde el diseño de la óptima república según Bobbio, (*Tradizione e novità della filosofia della politica*, 1971), pasando por “la búsqueda del fundamento último del poder”, la reflexión acerca de la “autonomía de la política respecto de la moral” –discusiones

21 **Silva Sánchez, Jesús**, *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch, Barcelona, 1997 p. 19.

sobre ética pública, del gobernante, en la que el fin justifica los medios; y la ética privada del gobernado donde no hay fines buenos sin medios buenos, concebidas también como ética utilitarista, de los medios, y ética teleológica, de los fines. Discusiones en las que la Teoría o la Filosofía política contribuyen a través de la reflexión sobre los presupuestos y condiciones de validez del lenguaje político.

¿Y qué esferas se ven afectadas por estas decisiones de poder? La esfera jurídica: la creación, interpretación y ejecución de las normas. Especialmente de las normas penales.<sup>22</sup> Los discursos sobre la cárcel –fines sobre el individuo–; readaptación (sobre el individuo), resocialización (sobre el individuo) y reinserción (sobre la sociedad y sobre el individuo). La esfera propiamente política: la esfera de las acciones que se implementan. La esfera del discurso público: ¿Cuáles son los fines declarados por las diversas instituciones y cuáles los mensajes que subyacen a dichos discursos?

La Sociedad digital ha originado un fenómeno complejo y heterogéneo, y es importante que en el proceso de toma de esas decisiones se consideren estas características. En el ámbito jurídico, las cuestiones de jurisdicción, competencia, territorialidad, materia, norma aplicable, entre otras, han debido de ser redefinidas. Actualmente, por ejemplo, debemos de considerar al mismo tiempo, y para el mismo caso concreto, la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Económicos y el Sistema de Solución de diferencias ICANN.<sup>23</sup>

Hoy la red digital forma parte de una experiencia humana incompleta, es decir, cada día muchas personas se sientan frente a una computadora conectada a Internet, y en ello invierten una parte significativa de su vida sin tener demasiada idea del medio en el que están inmersos. Esta complejidad y las transformaciones inherentes, incluyen la concepción misma del sujeto del Estado; ya sea súbdito, ciudadano, persona, o ahora, en el siglo XXI, ciberconsumidor.

---

22 Por ejemplo las discusiones acerca de los fines declarados del derecho penal. Fines que inciden en la sociedad (prevención general positiva y negativa, prevención especial positiva y negativa)

23 *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, cf. **Telléz, Julio**, *Derecho informático*, *op. cit.*, pp. 48 y 49

La Política Criminal se ha venido alimentando cuando menos, del Derecho penal, la criminología, la victimología, los derechos humanos, la teoría política y la filosofía política. Existen buenas y ordenadas compilaciones de leyes relacionadas con el ciberespacio, pero la recopilación de leyes, aunque necesaria, no es sino una de las distintas etapas de análisis, y revela únicamente un ángulo de muchos posibles, es necesario entonces, confrontar esas leyes con los discursos políticos que las alimentan.

## Prevención en Internet

En las calles hay policías cuya labor es prevenir la comisión de delitos, reaccionar cuando éstos suceden, eventualmente, sobre todo cuando son policías de cercanía, alertar a las personas sobre situaciones de riesgo. La sociedad misma está organizada de tal manera que pretende anticiparse a estos sucesos. No se permite la entrada de menores a los bares, se reacciona permanentemente contra la prostitución de menores, etc.<sup>24</sup>

En internet no hay esas barreras, el usuario con un solo clic, se expone, sin proponérselo y sin ser prevenido, a cometer delitos o faltas administrativas. Un clic aparentemente inofensivo en un *link* disfrazado. Desarrollemos un breve ejemplo. Imaginemos que usted se mete voluntariamente a un club privado, a un club de juegos de azar. Cuando compra fichas, cuando apuesta, cuando cobra o paga, usted lo hace de acuerdo con un contrato tácito que rige los juegos. Su imagen, además, está siendo grabada y difundida, en todos los ángulos imaginables, sobre todo si empieza a tener éxito sistemáticamente. En ese club, usted consume bebidas alcohólicas libremente, etc. Pero si entra un menor de edad y se pone a jugar, a beber y apostar, y su imagen es grabada y difundida, y esto es lo que me importa, ¿a quién sancionamos? Al club, al establecimiento, clausurándolo, y a sus dueños encarcelándolos y aplicándoles una pena trascendental como es la extinción de dominio. En Internet no es igual, allí, un menor puede ingresar, apostar, ver difundida su imagen en formas insospechadas, acceder a sitios de pornografía, entre otras actividades. Y la pregunta es ¿a quién sancionamos? ¿Quién sería el equivalente

---

24 Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004

al club? El sitio. Podemos pensar. ¿Qué sitio? El gran navegador que nos da acceso a casi todo, llámese google, yahoo, etc. o el sitio específico de intercambio de perfiles, como *facebook*. ¿O el club, es el sitio específico donde se accedió a la pornografía? Y en el último caso, si clausuramos el sitio, es decir, si lo borramos, ¿no reaparecerá con toda facilidad a los pocos días?

Este ejemplo pretende poner en evidencia que las técnicas que aprendimos para regular el espacio físico en el que se desarrollan las ciudades, no aplican en la sociedad digital. Lo que se ha transformado profundamente en Internet, es el marco de creación, interpretación y ejecución del derecho. Por último no podemos eludir la pregunta ¿Cuál concepción de derechos humanos es más adecuada para abordar el fenómeno de Internet y por qué? Cuando los grandes administradores de la red son particulares, ¿Quién es entonces el responsable de la seguridad pública en Internet? ¿Lo hay? ¿En qué medida se puede pedir al Estado que nos proteja, si al mismo tiempo se le exige que no intervenga, que deje el espacio libre?

Pero no es difícil que el propio Estado acuse a una persona de haber recibido o descargado contenido ilícito, incluso cuando la persona no se hubiera percatado de dicha descarga.

¿Existen parámetros de un uso verdaderamente seguro en Internet? ¿Parámetros sobre lo que recibimos o sobre lo que transmitimos, de acceso seguro a sitios, parámetros de uso del lenguaje? Veamos el ejemplo siguiente sobre el uso de eufemismos por los poderes del Estado.

Es muy peligroso para la vida institucional el uso de eufemismos para sustituir el lenguaje legal generalmente reconocido y aceptado por la comunidad internacional. Durante el régimen nacionalsocialista por ejemplo, la generación de eufemismos que transformaron radicalmente la lengua alemana, fue una de las cuestiones a las que el régimen dedicó más tiempo y esfuerzo.<sup>25</sup> Conformer e interpretar el lenguaje jurídico legal es un proceso que requiere de muchos años de discusiones, que conforme se va consolidando tiende a proporcionar seguridad y certeza, por

<sup>25</sup> Véase **Klemperer, Victor**, LTI. *Apuntes de un filólogo*, editorial minúscula, Barcelona, 2001

ese motivo, cuando este lenguaje es substituido por el uso de eufemismos, con el fin de saltarse los controles que el mismo orden institucional ha previsto, entonces se genera un orden paralelo cuyo lenguaje requiere su propia interpretación.

En pleno siglo XXI, bajo la presidencia Obama se están recogiendo de manera indiscriminada y masiva los registros de comunicación de millones de ciudadanos de Estados Unidos - sin importar si son o no sospechosos de algún delito.<sup>26</sup> Para ello se hace uso de un lenguaje eufemístico que permite al gobierno evadir los controles que deberían imponerle los derechos humanos al Estado.

“En lugar de referirse a ‘comunicación’, la información requerida por el gobierno es llamada ‘metadatos’, o ‘información transaccional’, una artimaña que el gobierno usa para quedar exento de requerir órdenes judiciales individuales de acceso”.<sup>27</sup>

En el ejemplo citado a pie de página, la expresión “metadatos” que substituye a la palabra comunicación, tramposamente podrá ser interpretada únicamente por quienes produjeron la orden judicial secreta, con lo que se dificulta enormemente calificar la constitucionalidad o la legitimidad de la misma.

26 “Según una orden judicial secreta dada a conocer por el informativo inglés *The Guardian*, la Agencia de Seguridad Nacional (NSA, siglas en inglés) ordenó a la compañía de telecomunicaciones Verizon entregar los datos y registros telefónicos de las llamadas locales e internacionales de sus millones de clientes. Por Fernando Andrés Torres, Mapocho Press.

La orden firmada por el juez Roger Vinson, especifica la entrega de información sobre todos los antecedentes de las llamadas pagadas y llamadas gratuitas, como el número de origen y de destino, la duración de cada llamada, números de tarjetas de llamadas telefónicas, identificadores troncales, número de identidad internacional del abonado móvil e información sobre dirección y ruta de la comunicación.

La orden que ha sido catalogada como un sorprendente y masivo espionaje interno nunca antes visto – ni siquiera bajo el régimen Bush - ordena que la compañía “continúe produciendo (la entrega de información) de forma continua y diaria hasta lo que dure la orden”.

El secreto Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISA, siglas en inglés) formado después de los ataques del once de septiembre, 2001, entregó la orden el 25 de abril y dura hasta el 19 de julio. La orden le da poder ilimitado al gobierno para obtener todo tipo de datos”. <http://www.ciespal.net/mediaciones/index.php/de-la-prensa/1242-orden-judicial-secreta-revela-espionaje-masivo-a-millones-de-ciudadanos-estadounidenses.html>, consulta del 1 de agosto de 2013.

27 <http://www.ciespal.net/mediaciones/index.php/de-la-prensa/1242-orden-judicial-secreta-revela-espionaje-masivo-a-millones-de-ciudadanos-estadounidenses.html>, consulta del 1 de agosto de 2013.

## Intervención legislativa en un derecho fundamental

“Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse prima facie al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerada como una intervención en ese derecho”.<sup>28</sup>

La afectación negativa es la suma de desventajas –puede ser una– que una norma legal puede producir sobre un derecho. Específicamente sobre la posibilidad de realización de ese derecho, si comparamos el estado anterior a su afectación y el estado posterior a la misma. Esto significa que si la norma legal no existiera entonces no se produciría la merma en la posibilidad de realización del derecho.<sup>29</sup> En este sentido debemos considerar que, la intervención del legislador puede exacerbar las desigualdades sociales.

“La criminalización, es decir la selección de hechos y sujetos sobre los que se proyecta el sistema punitivo, no incide de modo igualitario en los distintos sectores. Y los procedimientos para que la ley penal vaya hasta los límites exigidos por la protección de los bienes jurídicos esenciales, pero no más allá de ese límite, tampoco son igualmente asequibles a todos los ciudadanos y ciudadanas”.<sup>30</sup>

Los derechos fundamentales están protegidos por la garantía de contenido esencial frente al legislador. Ésta se fundamenta, para el sistema normativo mexicano, en los artículos 1, 2 y 29 de la CADH y en el 5 del PIDH.

En España, por ejemplo, se habla entonces de una reserva de ley para las intervenciones en los derechos fundamentales (STC 83/1984)

Este nivel de protección se debe a que “el Legislador se erige como la autoridad investida con la competencia prioritaria para intervenir en los

---

28 **Bernal, Carlos**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 659

29 Véase **Bernal, Carlos**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 665

30 **Terradillos, Juan**, “¿Qué defender? Derechos de defensa y derecho penal sustantivo”, en **Rebollo, Rafael** y **Fernando Tenorio**, *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, Bosch Editor, España, 2013. Sobre la relación, derechos fundamentales – modelo de Estado, véase, **Ansuátegui, Francisco**, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución*, Grijley, Perú, 2007

derechos fundamentales”.<sup>31</sup> Estas intervenciones se pueden expresar en los distintos niveles de la ley.

Esta responsabilidad del legislador de ser muy cuidadoso para no intervenir sobre los derechos fundamentales, nos lleva al tema de la razonabilidad de la ley. No sólo está obligado a evitar la afectación negativa sobre los derechos, sino que debe de cuidar que las leyes sean razonables. Esto significa que, lo que se le pide que valore es, si la ley es razonable para la sociedad, y no, si es acorde con sus personalísimas convicciones internas en materia moral.<sup>32</sup> Estas exigencias se vuelven especialmente complejas para la Sociedad Digital, por la diversidad de niveles normativos y la heterogeneidad de las fuentes. Podemos concluir afirmando que lo que se pide en este caso al legislador es que, la ley sea razonable en el contexto de la Sociedad de la Información y lo que debe evitar es, intervenir sobre los derechos fundamentales tal y como se ejercen en ese mismo contexto.

Por ejemplo, en términos de los estándares internacionales de los derechos humanos, los límites de las telecomunicaciones, que son manifestaciones de los derechos a la libertad de expresión e información, deberían ser, los derechos a la intimidad, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, especialmente cuando se afectan directa, o aún indirectamente los derechos de menores. Estos derechos, relacionados con diversas manifestaciones de la dignidad humana, deben de funcionar no únicamente como límite de todas las actuaciones del Estado, sino dar las pautas para las decisiones de política pública, incluyendo por supuesto la regulación de las telecomunicaciones.

Frente al poder de los medios que es inconmensurable respecto del ciudadano particular, éste debe de poder encontrar en todo momento las vías, las acciones y los recursos para hacer valer positivamente esos derechos. Para ello es indispensable que se regulen estas vías y estos medios, pues solo así cumplirá el Estado las exigencias, que en el caso mexicano, se desprenden del artículo primero de la Constitución. No hay que per-

31 **Bernal, Carlos**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 663

32 **Rodríguez, Jesús**, *La política del consenso*, Anthropos, Barcelona, 2003

der de vista que la falta de regulación o la regulación inadecuada, es decir, la omisión total o parcial del legislador, constituye por sí misma, una violación de derechos humanos.<sup>33</sup>

Esto diría la teoría en el modelo de derecho continental, pero ya hemos visto que no es necesariamente ese, el modelo que prevalece en la red. Está pendiente, a partir de sus propios mecanismos de resolución de conflictos, alcanzar esos niveles de protección en el ámbito de la *lex mercatoria*, que prevalece en la Sociedad digital.

## Persona y técnica

“Prometeo no llevó el fuego a los hombres tan sólo como añadidura, sino el hombre devino hombre tan sólo a través de este acto del titán”.<sup>34</sup>

Es una capacidad única, una capacidad propia del ser humano, producir fuego. En el momento en el que comprendemos el potencial de la técnica, para ser aprendida, reproducida, modificada y transmitida, incluso de generación en generación, entonces podemos superar un poco el azoro que nos provoca.

De la técnica recibimos productos que han evolucionado en el paso de muchas manos, de muchas mentes y de diversas generaciones. Y si no cobra vida propia, sí que tiene su propio desarrollo, independiente de la vida y de la voluntad del ser individual.

Por ello habrá una tensión permanente, entre ese desarrollo que parece autónomo y la necesidad de algunos individuos e incluso de algunos colectivos, de asignarle fines. O al menos, de no sentirse dominados por ella.

“Como apunta Evgeny Morozov en su último libro, *To Save Everything Click Here*, las expectativas -económicas, políticas, morales- que estamos depositando en internet y la tecnología que está apareciendo a su alrededor son excesivas y, en cierto sentido, peligrosas. Pareciera, afirma, que no hay ningún problema humano que no pueda ser solucionado mediante la tecnología y, especialmente, mediante las telecomunicaciones, cuando en realidad

---

33 Cf. Rangel, Laura, *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*, UNAM, México, 2013, especialmente el parágrafo “1. Aspectos sustantivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa”.

34 Heidegger, M., *Meditación*, Biblos, Buenos Ares, 2006, p. 121

buena parte de la industria tecnológica de Silicon Valley está intentando solucionar cosas que nada tienen que ver con los verdaderos problemas de nuestro tiempo”.<sup>35</sup>

En Internet se ha materializado la forma de pensamiento dual que tanto ha acotado a Occidente.

Cuando el ser humano se ve atrapado por sus propias creaciones lo abruma la pena y la angustia, la impotencia al fin. Una impotencia construida.

“Nuestra adoración moderna de la técnica es una derivación de la adoración ancestral del hombre ante el carácter misterioso y maravilloso de la obra de sus manos”.<sup>36</sup>

Y es que las manos hacen lo que la mente sueña. Pero la mente olvida, porque los sueños se renuevan constantemente. “El niño que pone el coco y luego le tiene miedo” dirá Juana Inés.

La influencia de las amplias concepciones del derecho privado,<sup>37</sup> o cuando menos de sus manifestaciones como *lex mercatoria*, en el ámbito del ciberespacio, se revelan en la conceptualización del sujeto como ciberconsumidor. Ello significa que se destacan de dicho sujeto, ya no sus cualidades racionales, o lúdicas, sino, una de sus funciones en relación con los objetos del mercado. Refiriéndose a las nuevas tecnologías afirma Cabrera.

“el estudio del consumidor constituye la interpretación del ser humano en su actual y concreto modo de ser”.<sup>38</sup>

---

35 “Los únicos que han tenido el valor de poner todo esto a prueba -y hay que reconocerles el mérito- han sido los integrantes del Partido Pirata alemán, que con un programa centrado en internet han logrado representación en varias instancias políticas del país. Sin embargo, su sistema de relación entre bases y representantes y diseño de propuestas, LiquidFeedback-un sofisticado mecanismo de deliberación en el que se mezclan el viejo asamblearismo y las nuevas tecnologías-, ha resultado ser igual o menos funcional que los viejos congresos de partido tradicional. Discutimos más, más rápidamente y con más gente, pero no está claro que lleguemos a mejores conclusiones.”

<http://blogs.elpais.com/tormenta-de-ideas/2013/07/tocqueville-esta-apagado-o-fuera-de-cobertura.html>, el 2 de julio de 2013

36 **Ellul, Jacques**, citado por **Cabrera, Daniel**, *Lo tecnológico y lo imaginario. Las nuevas tecnologías como creencias y esperanzas colectivas*, Biblos, Argentina, 2006, p. 208

37 Véase, **Hamza Gregor**,.

38 **Cabrera, Daniel**, *Lo tecnológico y lo imaginario. Las nuevas tecnologías como creencias y esperanzas colectivas*, Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 198

Pero el nivel de complejidad de la realidad con la que interactuamos cotidianamente es muy superior que el de Internet o el de cualquier artefacto o conjunto de artefactos contemplados separadamente. Es decir, los productos de la técnica forman sólo una parte de una densa imagen de la realidad. Pero no nos detenemos horas frente a la realidad, como sí lo hacemos frente a la pantalla del ordenador, y si no nos detenemos a reflexionar, solemos poner más atención a la pantalla del teléfono que al rostro de nuestros interlocutores.

¿Dialogamos con las computadoras? Imaginemos a la Sociedad de la información como ese Macro Estado al que hemos llamado Estado virtual. Con este Estado virtual, la relación de los individuos es la del imperativo. En él, se dan y se reciben órdenes, no se dialoga. El usuario recibe órdenes del sistema operativo y responde a ellas, desde ingresar su contraseña hasta el imperativo de actualizar recurrentemente una serie de programas, después recibe órdenes de su navegador y si quiere acceder, responde a ellas y por último de su red. Esto significa que, en diferentes niveles, recibe órdenes de las grandes corporaciones que son sus proveedores. Su interacción consiste en dar *enter*, o en oprimir el botón virtual *aceptar*, dando uno o dos clics en el mouse según el caso. Si se arrepiente, oprimirá *cancelar*, y no habrá reproche, ni diálogo alguno. Tampoco habrá rencor, porque hasta ahora las computadoras o los celulares no nos guardan rencor.

No perdamos nunca de vista que, cuando se apaga el sistema queda tan sólo la vida desnuda de la persona.

## Autonomía de la persona en la red

El disfraz de los sitios peligrosos se ha venido vinculando con la práctica de la autocensura. ¿Por qué un usuario no accede a todos los links que se le ofrecen, aunque le apetezca hacerlo? No accede por temor. Temor a que sus archivos se dañen, o en el extremo a incurrir en una responsabilidad penal. Ejerce entonces la autocensura. Autocensura sobre lo que transmite y sobre lo que recibe, y por supuesto la autocensura, paradójicamente impuesta, no es autonomía.

La autocensura sistemática modela la personalidad, ese es el punto. La modela porque viene de fuera, se trata de una censura heterónoma, la impone el sistema. Así, únicamente se dan aquellas órdenes que el sistema permite. Y si no hay argumentación ¿qué espacio queda para la construcción dialógica de valores, para la promoción de virtudes? ¿Quién de los lectores no siente, aunque sea un poco de angustia, cuando apaga el celular? ¿Y cuando se quedan sin él por varios días?

Hagamos constar una práctica compartida: en los cines, en los conciertos, en los aviones a pesar de la amenaza de que nos puede costar la vida porque interfiera con las maniobras de despegue o de aterrizaje, apagamos el celular hasta el último momento. Y esto lo hacemos lo mismo personas ataviadas de traje sastre que de mezclilla, de melena resplandeciente o peinando los restos de unas canas. Esto sucede en París, en Madrid, o en la Ciudad de México. Eventualmente cualquiera de nosotros podría atestiguar un choque automovilístico en el que dos de los conductores estuvieran hablando por celular y un tercero llevara una *tablet* en las piernas al momento de impactarse.

¿Cómo son vividos esos objetos? ¿A qué otras necesidades aparte de las funcionales, dan satisfacción? preguntaremos parafraseando a Baudrillard.<sup>39</sup>

Por otra parte, es especialmente importante recordar que los delitos no son ontológicos, y por lo mismo no son siempre los mismos, los delitos son definidos por un poder hegemónico, y su definición es válida para un Estado, en un momento histórico específico, para una sociedad determinada. Así, los delitos en la sociedad de información están en pleno proceso de definición, un proceso muy complejo porque práctica y simbólicamente se carece de una Constitución o su equivalente funcional y lo que sí se puede identificar es la existencia de esos poderes hegemónicos que terminarían por elaborar definiciones a modo.

---

39 Baudrillard, Jean, *El sistema de los objetos*, Siglo Veintiuno editores, México 2012, p. 2

## La necesidad de adaptar el principio de escrutinio de los derechos humanos, a la red

En el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos, unas décadas después de la Segunda Guerra Mundial, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, hizo una declaración que puso de manifiesto un cambio radical que permite ahora al individuo particular enfrentar a cualquier Estado cuando sufre una violación de sus derechos:

“La protección de los derechos humanos no puede detenerse en las fronteras nacionales de ningún país; ningún Estado puede decir que la manera que tiene de tratar a sus ciudadanos es un asunto exclusivamente de su incumbencia”.<sup>40</sup>

Esto significa que actualmente todos estamos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos y que cualquier individuo en caso de sufrir una violación de estos derechos tiene la posibilidad de pedir la protección de organismos locales, regionales o internacionales, y demandar al Estado que ha producido esta violación.

En el caso de la Sociedad digital, debemos de recordar que no nos encontramos ante un Estado, y lo que hemos llamado macro Estado virtual, hasta ahora, se ocupa muy poco de sus usuarios, que no son ciudadanos, de modo que resulta prácticamente imposible hacer efectivo el principio de escrutinio porque no hay estrictamente hablando a quién pedirle cuentas de modo eficaz. El usuario frente a la red puede regresar a la posición de indefensión que tenían los ciudadanos alemanes en 1933, que se revela en el siguiente discurso.

“Hacemos lo que queremos de nuestros socialistas, de nuestros pacifistas, de nuestros judíos, y no tenemos que soportar control alguno ni de la Humanidad ni de la Sociedad de Naciones”.<sup>41</sup>

Ese discurso revela claramente la imposibilidad de la persona de defenderse frente al Estado, antes del cambio radical que representó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y de todo el desarrollo que

---

40 *Loc. Cit.*

41 Discurso de Goebbels ante la Sociedad de Naciones en 1933, Carrillo, Juan Antonio, *Dignidad frente a la barbarie*, Trotta, Madrid, 1999, p. 13

los derechos tuvieron a partir de ese momento. El riesgo es regresar a esa situación, ahora en la Sociedad digital, si no se trabaja arduamente en formular las estructuras normativas, políticas y fácticas de protección, que son imprescindibles para la defensa de la persona frente a las instituciones, sean éstas públicas o privadas. Si la política criminal que se desarrolla para la regulación de Internet, se combina con el llamado “combate al terrorismo”, entonces encontraremos una serie de regulaciones laxas que facilitan a los gobiernos el espionaje masivo sobre instituciones y personas. Un espionaje sobre el que los gobiernos no rinden cuentas, precisamente porque la regulación de Internet no facilita al ciudadano común exigir esas cuentas. En ese sentido la libertad de expresión en la Sociedad digital, por ejemplo, se topa con límites fácticos, sabiendo que si aborda determinados temas o utiliza palabras calificadas de sospechosas, puede llegar a ser sujeto de las más severas acusaciones, sin que medie garantía judicial alguna.

## Victimología y victimodogmática en la Sociedad digital

Ámbitos como la victimología y la victimodogmática, que apenas habíamos empezado a comprender y a desarrollar en las últimas décadas, se encuentran en riesgo de entrar en franco retroceso en la Sociedad de la Información, recorriendo caminos que parecían ya superados, aun cuando se les presente bajo una nueva perspectiva.

Las premisas siguientes, nacidas de estos nuevos discursos, e identificadas por Fernando Miró, muestran esa regresión:

La víctima define el ámbito de riesgo al que puede acceder el agresor motivado.

Es la víctima con su conducta; que consiste en actualizar o no las claves informáticas, contratar o no un sistema antivirus, actualizar el *software* de su ordenador, etc., la que define el riesgo de victimización al que se somete

También la víctima decide si descarga archivos aun ignorando su seguridad, así como las horas que pasa en Internet, elemento que todos los

estudios consideran determinante: a mayor número de horas en Internet mayor riesgo de victimización.

“Todo, en definitiva, confirma la hipótesis de que el ciberespacio, convierte a la víctima en determinante esencial de su victimización por medio de las conductas peligrosas que ella realice, los lugares a los que acceda, el tiempo que pase, los bienes que ‘suba’ al ciberespacio, así como los guardianes que elija para su protección, etcétera”.<sup>42</sup>

El significado de estas premisas equivale a una práctica que esperábamos haber dejado atrás hace tiempo; la acusación que recae sobre la mujer ultrajada de haber provocado a su victimario.

En realidad todo esto revela la manera cómo, en materia de víctimas, la administración de Internet se escapa de los ámbitos definidos de la responsabilidad del Estado, es decir, Internet escapa del espacio público de responsabilidad para situarse en un territorio ambiguo.<sup>43</sup> Actualmente difícilmente algún Estado tradicional aceptaría responsabilizar a la víctima del crimen que se cometa en su contra.

Pero además, el ciberespacio permite, el autocumplimiento de las profecías de la necesidad de vigilancia absoluta sobre todas las personas, para satisfacción de los grandes promotores de las doctrinas del control. Podrán decir que no es entonces que el sistema penal haya venido siendo excluyente, como ha afirmado la criminología crítica, sino que, no le había llegado su hora a los otros grupos, a los grupos económicamente dominantes, a los de cuello blanco, por ejemplo. Según este nuevo discurso, en Internet además, las víctimas por excelencia son los varones, blancos, con determinado poder adquisitivo. Esto no es así.

## Desbordamiento de la persona por la técnica

Como un primer ejercicio y sólo por el momento, podemos interpretar al nuevo sujeto al que se dirigen las nuevas formas de conocimiento como un receptor de símbolos más que como un lector avezado. Hoy este sujeto mediático ve, más que leer. Se guía en los medios por símbolos, y por cadenas de símbolos que interpreta parcialmente, más que por

42 **Miró, Fernando**, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 266

43 El uso de infraestructura pública y de *software* privado es característico.

mensajes escritos. Lee rápido y superficialmente, pero ve con rapidez. Y los iconos que lo guían permanentemente responden a una forma de fe, en la que están presentes formas diversas de racionalidad frente a las cuales su mirada responde mejor.<sup>44</sup> Este sujeto se va acostumbrando a dar órdenes, a través del uso continuado, pequeñas órdenes a sus aparatos, que están fabricados para responder de manera inmediata.

La conexión omnipresente, inmediata, visible con o sin ostentación. La conexión generadora de ansias, de culpa. Del artefacto, no importa quién sea el dueño o si este perece, la conexión no debe apagarse ni por un instante.

Aparatos de los cuales, los usuarios no parecen ni saber, ni poder, ni querer librarse, al grado de que a la gente le provoca angustia el momento de apagar el teléfono móvil o la computadora portátil.

Por estos motivos la ambiciosa pretensión de universalidad de los filósofos ilustrados de la Modernidad dieciochesca contrasta bruscamente con la concepción del nuevo sujeto. Del sujeto epistemológico de la globalización tecnificada, cuya representación no es una representación universal sino una representación global cambiante, que se forma en tiempo real. Una representación cuyos atributos pueden desembocar en la banalidad, en la preocupación exclusiva por la inmediatez, en la transformación permanente del sujeto incapaz de reconocer huella alguna de su propia gestación como tal sujeto.

No hay que confundir entonces un horizonte universal con la reducción de los horizontes. El “yo instantáneo”, el “yo consumo” agota rápidamente sus posibilidades pues no puede ir más allá de aquel instante en el que está consumiendo.

“En el globalismo actual convergen la politización y el economicismo, que son dos reducciones en la percepción del todo”.<sup>45</sup>

Hay que aclarar que el sujeto epistemológico del discurso globalizador es el sujeto instantáneo, y no el sujeto virtual como se suele pensar.

44 Al respecto me parece imprescindible la lectura de, **Carr, Nicholas**, *¿Qué está haciendo internet con nuestras mentes?* Superficiales, Taurus, México, 2011

45 **Safranski, Rüdiger**, *¿Cuánta globalización podemos soportar?*, Tusquets, Barcelona, 2004, p. 69

Porque el sujeto virtual a pesar de ser el avatar del sujeto verdadero, puede autonomizarse en la red de la información. El sujeto de la Sociedad digital ha sido concebido como perfectamente sustituible y por lo tanto puede desaparecer sin mayores consecuencias. Es decir, ya no importa quién activa la computadora o el teléfono celular, lo importante es que estén permanentemente encendidos.

Hoy más que en ningún otro momento se pretende que los individuos se estandaricen para adaptarse a los sofisticados objetos que se les ofrecen, y que además este proceso de estandarización sea permanente y siga aproximadamente los mismos ritmos.

No hay que equivocarse, la crítica no es a la evolución de la tecnología, ni tampoco frente a sus posibilidades ni frente a sus usos. La crítica se dirige a la concepción epistemológica del discurso, en el entendido de que esta concepción se puede articular entendiendo al sujeto como receptor de dicho discurso.

## El sujeto cognoscente de la sociedad digital posmoderna

¿A quiénes se dirige la ley? ¿A los adultos? ¿A las compañías? ¿A los menores? Sin un sujeto epistemológico no tienen sentido los enunciados del conocimiento. En lugar de lo abstracto y lo atemporal, hoy tenemos lo instantáneo manifiesto en forma de nuevos binomios excluyentes; comunicado o incomunicado, actualizado u obsoleto, instantáneo o lento, global o local. Binomios donde el primero de los términos denota una cualidad y el segundo un defecto de modo que el sujeto modelo apreciado se ha concebido como; un sujeto comunicado, actualizado, instantáneo y global. Escribe Safranski:

“La globalización moderna es autorreferencial y, por lo que se refiere a las técnicas comunicativas, se realiza en tiempo real”.<sup>46</sup>

Cada persona una computadora es el lema y la premisa. Una premisa que puede ser caracterizada por la siguiente expresión de Safranski; “El Dios uno, que antaño garantizaba la conexión espiritual de la sociedad occidental, ha estallado en una pluralidad de pequeños dioses

<sup>46</sup> Safranski, Rüdiger, ¿Cuánta globalización podemos soportar?, *op. cit.* p. 18

domésticos”.<sup>47</sup> Oráculo y altar simultáneamente la electrónica da forma a esos pequeños dioses domésticos. Que pequeños como son, no son menos exigentes. Dioses que todavía simulan la existencia de una conexión espiritual de la sociedad occidental.

No terminamos de transitar del sujeto cognoscente al sujeto ético como hubieran esperado los filósofos ilustrados, sino que pasamos al sujeto de la comunicación en tiempo real, habituado a una pluralidad de lenguajes con los que sustituye al conocimiento narrativo.<sup>48</sup> En este tránsito, algo no estuvo previsto, como no es previsible ninguna transformación fundamental.

### Internet. Una interacción inherentemente violenta

Por último, hay una hipótesis que afirma que es posible establecer un paralelismo entre la forma en la que se desarrollan las llamadas espirales de violencia en las relaciones interpersonales y la manera en que los usuarios se relacionan con los grandes administradores de Internet,<sup>49</sup> generando cierta dependencia, cierta aceptación pasiva de las imposiciones.

“Facebook influye negativamente en el estado de ánimo del usuario”.<sup>50</sup>

La consecuencia, como lo han visto Stallman y otros, es que, si no se hacen las reflexiones pertinentes, se permite y hasta se promueve entusiastamente un régimen de expropiación estructural de ámbitos vitales de nuestra vida pública y privada.<sup>51</sup>

Ahora la pregunta es; ¿se expresa de alguna manera la dignidad humana frente a la técnica? Nos alerta Nils Christie.

---

47 **Safranski, Rüdiger**, ¿Cuánta globalización podemos soportar?, *op. cit.*, p. 61

48 **Featherstone, Mike**, *Cultura de consumo y posmodernismo*, Amorrortu, Argentina, 2000, especialmente el epígrafe “Modernidad-posmodernidad”

49 Hipótesis propuesta por **Lizbeth Campos**. Comunicación personal

50 <http://www.20minutos.es/noticia/1896845/0/facebook/usuarios/menos-felices/#xtor=AD-15-Ëxts=467263> consulta agosto 18 2003.

51 Véase **Stallman, Richard**, y otros, *Contra el copyright*, Tumbona, México, 2008, especialmente el párrafo “Los límites del derecho de autor”.

“En las sociedades modernas abundan los mecanismos –intencionales o no- que tienen como resultado que las demás personas ya no sean tan importantes como lo fueron alguna vez”.<sup>52</sup>

Conviene preguntarnos seriamente, cómo vamos a conciliar los estándares internacionales que rigen la red o la nube, y que provienen de la *lex mercatoria*, con los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos.

Quiero terminar citando a Ramón González Férriz, del periódico *el País*.

“el utopismo tecnológico, como todo utopismo, va a acabar decepcionándonos. La política real, con sus miles de problemas pendientes, no va a hallar soluciones tanto en la tecnología como en la mejor y más justa organización de las instituciones”.

Corresponde entonces a los lectores hacerse cargo, y decidir si permanecen como meros usuarios de Internet, aunque sean usuarios avanzados, o construyen los cimientos de un pacto, necesariamente complejísimo, que en un futuro les permita constituirse como una real Sociedad de la Información, en la cual, la verdadera importancia radique en las personas que la constituyan y que sean capaces de ejercer en ella su soberanía.

## Conclusiones e interrogantes

La idea tradicional que presenta el orden como algo estático y permanente ha sido claramente desbordada por los hechos. En todo caso, en la Sociedad digital, podríamos pensar en términos de un orden dinámico que se reconfigura permanentemente, aunque ni esto parece ser suficiente.

Sin embargo esta idea tradicional de orden como algo estático todavía juega un papel fundamental en el discurso de los Estados nación. En ellos esta es la idea que se contrasta y que permite legitimar, a contrario, un estado de emergencia semipermanente. Un estado de emergencia, que como bien se podría deducir desde Walter Benjamin,<sup>53</sup> se ha convertido

---

52 **Christie, Nils**, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28

53 **Benjamin, Walter**, *Ensayos escogidos*, Ediciones Coyoacán, México, 2001, especialmente la “Tesis VIII”

en la regla también en el ciberespacio. Proponemos para una investigación futura, sustituir la idea de orden por la de escenarios, porque esta última, considerada como marco epistémico, representa mejor las delimitaciones espacio temporales de un fenómeno.

La Teoría del delito, en sus versiones más actualizadas, ¿posee las categorías adecuadas para ocuparse del fenómeno de la criminalidad en la Sociedad digital? ¿Resultan inaplicables o parcialmente aplicables las categorías tradicionales de esta rama del derecho, y en este último caso tiene sentido adaptarlas o es preferible desarrollar nuevas categorías *ad hoc*? Por ejemplo, ¿Son posibles delitos de omisión en Internet? ¿Responsabilizamos a los padres por la afectación que puedan sufrir los hijos cuando se exponen a ese medio sin supervisión? Considerando el origen y el desarrollo de Internet, ¿es posible que las formas de análisis casuísticas propias del *common law*, sean más apropiadas para el análisis del fenómeno criminal, que las del derecho continental?

Si tenemos un problema de tal gravedad que ponga en juego la seguridad de nuestros bienes, o nuestra tranquilidad personal, y en el que se haya usado como medio para facilitar su comisión, una plataforma, una interfaz, popular o desconocida, ¿a quién debemos reclamar? ¿y ante quién debemos presentar nuestra reclamación? Y en el muy remoto caso de que recibamos respuesta, si la respuesta no nos satisface ¿ante quién interponemos el recurso correspondiente? ¿y cuál recurso, si es que lo hay? ¿Quién es el eje de la política criminal? El eje de la política criminal es el Estado. Es al Estado quien le podemos pedir cuentas sobre nuestra seguridad. ¿Qué sentido tiene criminalizar conductas en el ciberespacio, si el Estado no encuentra los medios para acercarse a los usuarios, y los problemas reales, grandes y pequeños, se están resolviendo lejos de la esfera del Derecho Público?

Las Tecnologías de la Información han transformado nuestras vidas, y nos hemos rendido ante ellas. Para el Derecho y para la Política esto significa nuevos retos, grandes y desconocidos retos. ¿Suena bien hablar de la Sociedad digital, no? Sociedad Digital. Política Criminal en la sociedad Digital. ¿De qué queremos hablar, si las dos expresiones son difusas? la

política criminal es una actividad un poco nebulosa, pese a lo que aquí se haya dicho, y la idea de Sociedad digital no es tan clara como quisiéramos.

La consecuencia más dolorosa de este estado de cosas, es el sacrificio voluntario de la autonomía del individuo de modo que los avances más significativos de la criminología o de la victimología logrados en las últimas décadas, avances conseguidos a pesar de una fuerte resistencia institucional, se pueden venir abajo en muy poco tiempo.

Corresponde entonces a los lectores hacerse cargo, y decidir si permanecen como meros usuarios de Internet, aunque sean usuarios avanzados, o construyen los cimientos de un pacto, necesariamente complejísimo, que en un futuro les permita constituirse como una real Sociedad de la Información y de la Comunicación, en la cual, la verdadera importancia radique en las personas que la constituyan y que sean capaces de ejercer en ella su soberanía.

Ese celular o esa *tablet*, a los que hemos vendido nuestra alma, no querrán devolvérsela, a menos que seamos capaces de hacer valer nuestra autonomía. ¿Y cómo podemos hacer valer nuestra autonomía en el espacio de la tecnología? Pondré un solo y último ejemplo

La técnica es libertad, cuando la última sutura de una operación quirúrgica a distancia, guiada por internet, culmina con éxito el trasplante de un órgano vital. La técnica es libertad cuando recordamos que estamos frente a un medio, un medio muy complejo, pero tan sólo eso. Los fines, debemos decidirlos nosotros. Es decir, nuestra libertad, depende de que seamos capaces de hacer valer los fines de cada uno, como seres humanos, a través de la técnica, del arte, del deporte, de la vida cotidiana.

## Bibliografía

- Ambos, Kai**, *Los crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2005.
- Avalos, Stephani**, comunicación personal en el aula, 2014
- Anders, Günther**, “Auschwitz y Hiroshima”, en **Traverso, Enzo**, *La historia desgarrada. Ensayo sobre Auschwitz y los intelectuales*, Herder, Barcelona, 2001
- Ansuátegui, Francisco**, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución*, Perú, Grijley, 2007
- Azaola, Luis**, *Delitos informáticos y derecho penal*, UBIJUS, México, 2010
- Baudrillard, Jean**, *El sistema de los objetos*, Siglo Veintiuno editores, México 2012
- Bauman, Zygmunt**, *Los retos de la educación en la modernidad líquida*, Gedisa, Barcelona, 2007
- Benjamin, Walter**, *Ensayos escogidos*, Ediciones Coyoacán, México, 2001
- Bernal, Carlos**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005
- Black, Edwin**, *IBM y el Holocausto. La alianza estratégica entre la Alemania Nazi y la más poderosa corporación norteamericana*, Atlántida, Buenos Aires, 2001
- Campos, Lizbeth**, Comunicación personal, 2013
- Carr, Nicholas**, *¿Qué está haciendo internet con nuestras mentes? Superficiales*, Taurus, México, 2011
- Carrillo, Juan Antonio**, *Dignidad frente a la barbarie*, Trotta, Madrid, 1999
- Castells, Manuel**, *La era de la información. La sociedad red*, SXXI, México, 2011

**Christie, Nils**, *Una sensata cantidad de delito*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004

**Christie, Nils**, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993

**Ellul, Jacques**, citado por **Cabrera, Daniel**, *Lo tecnológico y lo imaginario. Las nuevas tecnologías como creencias y esperanzas colectivas*, Biblos, Argentina, 2006

**Featherstone, Mike**, *Cultura de consumo y posmodernismo*, Amorrortu, Argentina, 2000

**Ferrajoli, Luigi**, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995

**Ferrajoli, Luigi**, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, 2004

**Heidegger, M.**, *Meditación*, Biblos, Buenos Ares, 2006

**Lefranc, Federico**, *Sobre la Dignidad Humana. Los Tribunales, la Filosofía y la Experiencia atroz*, UBIJUS, México, 2011

**Miró, Fernando**, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012

**Rangel, Laura**, *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*, UNAM, México, 2013

**Rodríguez, Jesús**, *La política del consenso*, Anthropos, Barcelona, 2003

**Rüthers, Bernd**, *Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, UBIJUS, México, 2009

**Safranski, Rüdiger**, *¿Cuánta globalización podemos soportar?*, Tusquets, Barcelona, 2004

**Schmitt, Carl**, *La dictadura*, Alianza Editorial, Madrid, 2007

**Silva Sánchez, Jesús**, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997

**Stallman, Richard**, y **otros**, *Contra el copyright*, Tumbona, México, 2008

**Supiot, Alain**, *Homo Juridicus*, SXXI, Buenos Aires, 2007

**Téllez, Julio**, *Derecho informático*, 4<sup>a</sup> ed. Mc Graw Hill, México, 2009

**Terradillos, Juan**, “¿Qué defender? Derechos de defensa y derecho penal sustantivo”, en **Rebollo, Rafael** y **Fernando Tenorio**, *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, España, Bosch Editor, 2013

*Terra Incógnita.*

*Bases para una política criminal pro persona en la Sociedad digital*  
pertenece a la Colección Investigación editada por  
**INFOTEC** Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías  
de la Información y Comunicación.

Se terminó de Imprimir en la Ciudad de México, D.F.  
En los talleres de **Documaster**,  
Av. Coyoacan No. 1450, Col. del Valle, México, D.F. 03100  
en septiembre de 2015

En su composición se usaron los tipos ITC New Baskerville Std  
de 10/12, 12/16 y 14/17.

El tiraje consta de 300 ejemplares.

La elaboración, producción, diseño, formación y edición estuvo a cargo  
de la Dirección Adjunta de Innovación y Conocimiento, **DAIC**.

ISBN: 978-607-7763-17-8



A partir de la presencia permanente de internet en nuestras vidas, el autor analiza una serie de temas necesarios, para profundizar en la comprensión de este fenómeno tan característico del siglo XXI. Y lo hace, teniendo como eje a la persona, y a las principales políticas que alrededor suyo, se desarrollan en la Sociedad digital.

El derecho como generador de confianza, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como guía de la Sociedad de la información, los límites del modelo continental para la protección de los derechos fundamentales en este entorno, la importancia de la *lex mercatoria*, y los nuevos pactos que debemos esperar, son algunos de los temas que se abordan en este libro.

La heterogeneidad normativa que caracteriza al ciberespacio, que va desde los grandes instrumentos internacionales hasta los contratos de adhesión que el usuario actualiza en cada ocasión que pulsa *enter*, pasando por las llamadas buenas prácticas, se analizan en un texto que cierra con una visión optimista, sobre la posibilidad de construir los cimientos de un complejísimo pacto, que en un futuro nos permita constituirnos como una verdadera Sociedad de la Información, en la cual la importancia radique en las personas que la constituyan y que sean capaces de ejercer en ella su soberanía.



**INFOTEC**

Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías  
de la Información y Comunicación  
Av. San Fernando No. 37, Colonia Toriello Guerra  
Delegación Tlalpan, C.P. 14050, México, D.F.

[www.infotec.com.mx](http://www.infotec.com.mx)