

La Sociedad Red y el nuevo Estado de Derecho

Con el correr de los años nos hemos acostumbrado tanto a conceptos como “Sociedad de la Información” o “Gobierno Electrónico”, que parecemos ignorar un hecho fundamental: ya no se parecen a lo que eran.

Hagan memoria y recuerden, por ejemplo, que la Sociedad de la Información iba a ser una era de las “tecnologías para la libertad” que, con dedo acusador, derribaría dictaduras, acorralaría a la corrupción, expandiría las libertades públicas y ensancharía los derechos de las personas, derribando las limitaciones al acceso al conocimiento y haciéndolo fluir, de forma tal que democratizaría el acceso al poder, cuya estructura se renovarían y acogería a quienes se elevan en base a sus méritos.

Hemos seguido hablando de Sociedad de la Información ahora, cuando vivimos el auge de la televigilancia, y cuando las

herramientas y aplicaciones del *e-gobierno*, esas que tendrían una impronta democrática, se han reconvertido en trámites burocráticos online asociados a medios de pago a través de plataformas digitales, lo que en parte importante ha cambiado el rumbo y proyecciones del modelo de sociedad, de Estado, de las tecnologías y de la forma en que entendemos los derechos ciudadanos.

Pero seguimos hablando de Sociedad de la Información y de Gobierno Electrónico, como si nada hubiera pasado.

El futuro ya no es lo que era, y no estoy haciendo un juicio de valor al respecto, sino que afirmo que el tiempo y la agresiva injerencia estatal y mercantil en las redes han provocado variaciones fundamentales en los planteamientos de la Sociedad de la Información, haciendo que ésta ya no exista, sino que estemos ante otra de características distintas: la Sociedad Red.



Carlos Reusser

Abogado, Universidad de Chile.
Magíster en Informática y Derecho,
Universidad Complutense de Madrid.
Profesor de la Universidad Central y
presidente del Instituto Chileno de
Derecho y Tecnologías.
creusser@icdt.cl

Esta conexión con la Sociedad Red conlleva cambios no sólo en las relaciones interpersonales y en las nuevas expectativas que tenemos como ciudadanos, sino también en el rol que le asignamos al Estado en el despliegue efectivo de nuestros derechos fundamentales.

¿Y qué es la Sociedad Red?, ¿en qué se diferencia de su ilustre antecesora?

La Sociedad Red es un modelo social construido sobre una infraestructura de redes de comunicaciones electrónicas abiertas a la población la que, a su vez, ha levantado sobre esta infraestructura, plataformas sociales interdependientes e interrelacionadas llamadas redes sociales que, lejos de ser una moda pasajera, son estructuras complejas que han ido alterando o remodelando las formas en que las personas nos relacionamos con nuestro entorno, la manera en que desarrollamos habilidades y también, bueno es asumirlo, atrofiando destrezas que no se han avenido bien con los nuevos tiempos, como es la memorización de textos.

COLGADOS DE LA SOCIEDAD RED

En la Sociedad Red, y no en su antecesora, los ciudadanos estamos permanentemente conectados a la infraestructura de comunicaciones electrónicas a través de flujos de datos intermediados por dispositivos inalámbricos que en este momento están en nuestros bolsillos y carteras.

Y esta conexión con la Sociedad Red conlleva cambios no sólo en las relaciones interpersonales y en las nuevas expectativas

que tenemos como ciudadanos, sino también en el rol que le asignamos al Estado en el despliegue efectivo de nuestros derechos fundamentales.

ACCESIBILIDAD ELECTRÓNICA

Me explico: como somos parte de la Sociedad Red en la medida que estamos conectados a la misma, emerge por la fuerza de los hechos un nuevo derecho que reclama para sí la categoría de fundamental, como es el derecho de acceso a redes digitales a través de sistemas de comunicaciones electrónicas, lo que se ve reafirmado con las declaraciones de, por ejemplo, la ONU que ya ha señalado que el acceso a Internet es un derecho humano, y también de algunos países que han comenzado a establecer que el acceso a redes es un "derecho fundamental", como Finlandia y Perú, lo que implica que su vulneración puede ser reclamada a través de una acción judicial directa.

¿Por qué todo esto? Porque sólo a través de la efectiva existencia del derecho de acceso podrá tener lugar la materialización de otros derechos, como el acceso a los bienes culturales, al ejercicio de la libertad de expresión, la reclamación de prestaciones asistenciales, el acceso a la información pública, etc.

Entonces, si en esta Sociedad Red el Estado tolera dejar sin acceso a sectores de la población, ya sea por decisión política o por mera desidia, deberíamos arribar a la conclusión de que los afectados son algo menos que ciudadanos de segunda clase, pues carecen de un vínculo esencial con el entorno. Se trataría de excluidos sociales, parias, cuestión no sostenible ni desde el punto de vista de los derechos, ni de la composición social, ni de la teoría política.

Aquí entonces surge para el Estado un nuevo rol antes inexistente: como la exclusión arbitraria de las personas no es tolerable, éste debe crear las iniciativas, los planes de subsidio y las políticas que sean necesarias para conectar a las personas excluidas, de forma análoga a cómo se preocupa de solucionar problemas de acceso al agua potable, electricidad y servicios sanitarios.

Pero estas conexiones a la Sociedad, por supuesto, requieren de disponibilidad de espectro radioeléctrico, por lo que no deben extrañar entonces las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones de "desocupar" bandas del espectro para reasignarlos a comunicaciones de datos móviles entre personas, lo que se ha visto reflejado en las decisiones de los Gobiernos de trasladar las bandas utilizadas por la televisión analógica a otras diferentes, con ocasión de la digitalización de la televisión.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Hay un elemento adicional a considerar respecto del acceso. La Sociedad Red está basada en los constantes flujos de datos (incluidos datos de voz) entre las personas, principal y masivamente a través de redes sociales.

Y en la abrumadora mayoría de los casos se trata de datos personales que circulan libremente y que tienen el potencial de, conocidos y sistematizados por terceros, vulnerar todos y cada uno de nuestros derechos fundamentales: seremos despedidos por las opiniones que emitamos (derecho al trabajo); no se permitirá nuestra afiliación a una Isapre por los medicamentos que

compremos (derecho a la salud); no se permitirá el acceso a colegios a niños por la situación matrimonial de los padres (derecho a la educación), y toda esta seguidilla de sinsabores se basa en lo mismo: “alguien” cree saber “algo” de nosotros y toma una decisión que nos afecta y respecto de la cual no tenemos a quién recurrir, pues no sabemos de dónde vino el golpe y qué antecedentes tenían de nosotros y, mucho menos, podremos ejercer nuestros derechos (conocimiento, rectificación, bloqueo y cancelación) frente a este atropello.

En este aspecto hay que ser muy claro: la Sociedad Red chilena, para su correcto funcionamiento, requiere de un elemento del que se nos ha privado durante años como es la existencia de una autoridad de protección de datos con autonomía política, facultades de control y un régimen sancionatorio fuerte, que base su instalación y funcionamiento en un derecho que debe ser establecido constitucionalmente como fundamental: el derecho a la protección de datos personales, el que debe tener una garantía judicial directa que se pueda reclamar de los tribunales superiores de justicia.

Reitero: la Sociedad Red presupone la existencia de un Estado Constitucional que reconoce el derecho de acceso a redes electrónicas, como también su necesario complemento: el derecho de protección de datos personales.

Mientras ello no ocurra, importan poco las leyes DICOM, No Más DICOM, SERNAC Financiero, SERNAC Ultra Power y toda otra iniciativa legal que disfraze lo evidente:

el Estado y sus órganos nos han dejado a merced de las cajas negras de todas las instituciones públicas y privadas que no creen en la prescripción, y que estiman que aunque la ley y la razón digan lo contrario, nada debe ser olvidado.

SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

Pero hay algo que siempre debemos tener presente: ni el acceso seguro a redes ni la protección de datos personales son posibles de llevar adelante sin contar con altos niveles de seguridad de la información, cuestión de primerísimo orden si consideramos que se trata de un modelo social basado en el flujo interpersonal de datos.

De hecho, si lo pensamos, incluso podemos aventurar hacia dónde habría que enfocar los esfuerzos de seguridad: si nosotros somos móviles y emitimos y recibimos datos en forma continua, parece razonable centrar esfuerzos en proteger redes de datos móviles, pues sólo si ellas son dignas de confianza se afianzará la seguridad jurídica, que simplificada implica contar con la certeza de que quienes suscribieron un determinado contrato electrónico o quienes han ejercitado un derecho son los que dicen ser, que tienen las facultades correspondientes, y que son responsables por sus actuaciones. Y la seguridad jurídica es una base indispensable de los ordenamientos normativos.

Entonces no debería extrañarnos que en los siguientes meses, y a lo largo de varios años,

la delincuencia informática se reorganice y ataque ya no tan entusiastamente sitios web de bancos e instituciones financieras, sino que se enfoque en intervenir los datos que circulan por el espectro radioeléctrico, por un asunto de rentabilidad.

EL NUEVO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Sostengo entonces que la necesaria confluencia del derecho de acceso, el derecho a la protección de datos y los requerimientos jurídicos que debe considerar una política de seguridad de la información, necesariamente cambiará la cara del Estado de Derecho en que está inserta la Sociedad Red, pero ello no ocurrirá mágicamente por el solo devenir de los hechos.

De hecho, son procesos que requieren de una planificación jurídica la que implica, entre otras cosas, reconstruir la agenda digital del Estado de Chile, relegada durante años a los últimos lugares de importancia, reducida a una especie de facilitador de trámites para empresas y PYMES que recién ahora muestra atisbos de mejora.

GOBERNANZA DE LA INFORMACIÓN

En Finlandia el profesor Ahti Saarenpää, un enamorado de Chile, está dirigiendo el ambicioso proyecto NETSO, una de cuyas aristas es la investigación de las consecuencias de los nuevos paradigmas del Estado Constitucional de Derecho proyectados hacia lo que conocimos como Gobierno Electrónico y que él declara extinguido.

Según sus planteamientos el impacto de las tecnologías en el tejido de la organización social y política es tan profundo que el Gobierno Electrónico, ideado para la revisión de procesos y el aumento de la eficiencia interna del Gobierno en la entrega de productos y servicios, ya no existe más.

¿Si no existe qué es lo que hay ahora? Sostiene este académico que el *e-gobierno* ha sucumbido junto con la Sociedad de la Información para dar paso a la era de la

La Sociedad Red presupone la existencia de un Estado Constitucional que reconoce el derecho de acceso a redes electrónicas, como también su necesario complemento: el derecho de protección de datos personales.



Gobernanza de la Información, que es un nuevo modelo organizativo del gobierno del Estado basado en los cambios que se han realizado (o que están efectuándose) en el Estado Constitucional de Derecho.

Así, en la nueva era de la Gobernanza de la Información, la administración pública funciona sobre sistemas de información y los flujos de datos que circulan por sistemas de redes abiertas, y que en ningún caso significa el monitoreo de lo que dicen o hacen los ciudadanos, sino que se apoya en herramientas informáticas integrales para la comprensión del entorno que considera precisamente el respeto a la opinión de los ciudadanos y cierta horizontalidad en la relación entre el poder político y los gobernados, y no se reduce a aplicaciones aisladas que nos conducen a las fronteras de la *sociedad de la vigilancia*.

Por supuesto, esta Gobernanza de la Información tiene aspectos muy tangibles: si en la Sociedad Red los ciudadanos estamos conectados a la misma las 24 horas del día, entonces los servicios de la administración del Estado deben también estar disponibles las 24 horas del día, pero con un diseño jurídico adecuado, lo que no es banal si consideramos que, por ejemplo, un caso clásico de una buena respuesta tecnológica aparejada con un diseño jurídico deficiente

está en los certificados que entrega el Servicio de Registro Civil, que aparecen firmados electrónicamente por Alfonso Oliva Novoa, Oficial de la Oficina Internet.

Esto porque si consideramos que los certificados en Chile, deben ser extendidos por “el competente funcionario”, que es nombrado conforme a la ley y que realiza su oficio en el lugar, días y horas que las normas le señalan, tenemos que concluir que son inválidos todos los certificados que se emiten cuando el Sr. Oliva no está en su oficina: sábados, domingos, atardeceres y noches, permisos administrativos, vacaciones y días con licencias médicas. Este problema tiene soluciones simples, pero en los hechos hasta el día de hoy el Registro Civil emite certificados jurídicamente no válidos.

Tenemos entonces que volver a planificar los flujos de información de interés para el Estado en la Sociedad Red y adecuarlos a estándares que tengan su fundamento en la normativa constitucional, lo que implica, por ejemplo, que el Estado no debe construir bases de datos con nuestros datos personales sin tener un fundamento legal y que tampoco puede vender datos sensibles, como lo hizo el Servicio Electoral por años y menos aún regalarlos, como se lo ordenó el Consejo para la Transparencia en una desafortunada decisión.

Lo que no debe ocurrir entonces son los retrocesos que llevan a los Estados a construir sistemas de información al “viejo” estilo del Gobierno Electrónico, esto es, herramientas tecnológicas aisladas elaboradas sin respeto a los derechos de las personas, carentes de los estándares jurídicos necesarios que, finalmente, las lleva a transformarse en una carga para los ciudadanos, pues en el fondo son sistemas de información de baja calidad.

Finalmente quiero sólo dejar planteado dos asuntos de la mayor importancia a los que no me he referido: uno de ellos es que la construcción de una Sociedad Red requiere contestar adecuadamente no sólo cuestiones como de quién es la responsabilidad de construir la infraestructura, y los estándares de calidad y la funcionalidad que debe garantizar, sino también qué tan compatibles son estos planteamientos con las nuevas ideas de Estado Constitucional y el rol que la asignamos al mercado dentro del mismo.

Porque una respuesta inadecuada, como podría ser la que nos entregue la dogmática de un país en extremo capitalista y liberal, podría conducirnos a lugares donde razonablemente no querríamos ir.

Y volveríamos a repetir el ciclo. BITS