

## La Fundamentación Del Derecho A La Inclusión Digital

### The Foundations Of Right to The Digital Inclusion

Por Jheison Torres Avila<sup>1</sup>

#### Resumen

El presente trabajo pretende responder la pregunta de investigación: ¿cuáles son las condiciones sobre las cuales pueden establecerse las fundamentaciones de los derechos? y de forma particular si ¿es posible hablar de un derecho denominado Inclusión digital?. Así, el objetivo central será establecer la comprensión e importancia de la elaboración de fundamentaciones en la teoría de los derechos. La metodología aplicada a este trabajo se sitúa en la perspectiva de los usos del lenguaje, poniendo como eje la filosofía analítica con una importante influencia de la teoría de la argumentación jurídica, en especial la versión de Alexy. Es por ello, principalmente descriptiva y solo se expresan algunos elementos prescriptivos. La conclusión central de la investigación acredita la posibilidad de establecer la existencia de nuevos derechos, en especial, el de la inclusión digital.

#### ¿Qué es un derecho y para qué sirve?

Para construir los derroteros de la comprensión de los derechos en los sistemas constitucionales contemporáneos seguiremos las ideas de Henry Shue, el cual desde la filosofía analítica expresará los puntos centrales para dar respuesta a las preguntas sobre qué es un derecho y para qué sirve? Para Shue los derechos son:

1. Base razonable para justificar demandas
2. La posibilidad de disfrutar algo

---

<sup>1</sup> Profesor Asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante, Magister en Derechos fundamentales de la Universidad de Alicante y Magister en derecho de la Universidad Nacional, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Director Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: [jtorresav@unal.edu.co](mailto:jtorresav@unal.edu.co).

3. De forma general una garantía social frente a las amenazas comunes, de otros poderes u otros parecidos a nosotros.

En la concepción de Shue se sigue una idea que es fundamental para entablar una línea de argumentación sobre derechos. A la pregunta qué es un derecho la respuesta es: una *demanda sobre algo, dirigida a alguien*. Este es el concepto que Feinberg expresa en su obra clásica *Social Philosophy* (Feinberg, 1973) y con la que Shue<sup>2</sup> inicia su construcción argumentativa. Una vez entendemos que un derecho no es una mera petición o reclamo, sino una demanda, observamos que los derechos no son cualquier tipo de demanda. Es una demanda dotada de cierta fuerza, fuerza que está dada por el reconocimiento que las instituciones hacen de esas demandas y por la insistencia e importancia que ponen los peticionarios sobre esas demandas (Hart, 1995)<sup>3</sup>. Esta fuerza que poseen las demandas llamadas derechos es la razonabilidad que se encuentra en ellos. La función racionalizadora que cumplen los derechos constituye parte de la respuesta a porqué hemos constitucionalizado los derechos y porqué estos se han convertido en el centro de la interpretación de las estructuras político jurídicas. Una vez que convertimos los derechos en razones fundamentales de nuestro sistema político y social, las demandas que han transitado por el sistema reposan sustancialmente como derechos, dotándoles de una posición privilegiada frente a otras peticiones que, por supuesto, en el futuro pueden convertirse en derechos una vez podamos convertirles en derechos. Más adelante, cuando abordemos el caso específico de derechos como Inclusión digital y acceso a internet, se podrá evidenciar que se establecen las líneas de su existencia desde dos perspectivas: como vehículos de una sociedad que sufre profundas transformaciones en sus procesos de comunicación, producción de conocimiento e interacción con sus instituciones (Castells, 2011), tales como el Estado; y como fruto de reivindicaciones de sectores

---

<sup>2</sup> Con otro esquema de desarrollo Robert Alexy sigue esta estructura de derechos en su fórmula DabG, identificando en los derechos una prestación, derecho a, un titular t un obligado.

<sup>3</sup> Sin duda la el reconocimiento de los usos sociales, o punto de vista externo de los derechos, como lo señala Hart, juega un importante papel en la utilización de los derechos como argumentos.

sociales que se sienten excluidos de estos procesos y observan cómo se afectan sus intereses, tanto individuales como de sus grupos sociales.

Esta posición de los derechos como herramienta de justificación de demandas tiene la virtud de no dejar de lado el importante papel que cumple la democracia en las sociedades actuales, permitiéndonos asir la visión histórica que informa esas demandas. Esta expresión de demandas a través de los derechos, no es una conversión extraña, de tipo alquimista, de plomo al oro, los derechos aquí son sencillamente herramientas cuya papel reconocido por el sistema jurídico, político y social, le permite a las demandas adquirir predominio sobre otras. Esta construcción de la jerarquía de los derechos no es por ello ni mucho menos cerrada, como lo sostendría Dworkin<sup>4</sup>, sino por el contrario abierta precisamente a los debates que en lo político y en lo jurídico puedan darse.

Ahora bien los derechos cumplen no solo una función justificativa, también brindan la posibilidad de disfrutar algo. El énfasis dado en los derechos como demandas tiene como consecuencia esta concreción en un resultado reconocible por los sujetos como individuos o como colectividad, ya sean obligados o titulares. En el caso de la inclusión digital, no se trata solamente de la disponibilidad de equipos de tecnología, como tampoco de una conexión a internet, sino también de contar con la capacitación necesaria para mejorar un entorno vital (Cabezudo, 2011). La inclusión digital no se trata de una nueva forma de expresión de dicha inclusión, sino la misma que ha dejado relegados a muchas capas de la población. Este fenómeno es notorio de forma sostenida con el desarrollo del capitalismo industrial (Susin, 2000, p. 66).

## **Los derechos como necesidades fundamentales**

---

<sup>4</sup> Dworkin cree que existe un orden absoluto de valores, por eso, dirá que el juez Hércules, puede decidir con una respuesta correcta siempre, solo debe consultar tal sistema, que se observa en la práctica de la moralidad política y en principio de "derecho a igual consideración y respeto"

Una demanda es expresión de una necesidad. Una necesidad no es aquello que es indispensable para vivir. Es aquello que deseamos hacer o tener por muchas razones, unas más *necesarias* que otras. La idea de libertad burguesa<sup>5</sup> es fundamental, porque está estructurada desde las necesidades de capitalismo. Esta manera de concebir la libertad de estar en el mercado es una necesidad que ocasiona una demanda tangible que por medio de revoluciones, pactos, u otros medios que en últimas fueron legales se convirtieron en cosas que llamamos derechos<sup>6</sup>. Eso que no negociamos más.

De esta forma los derechos son necesidades fundamentables. Esta fundamentación es fruto del reconocimiento social que debe cubrirse con esas necesidades, y del grado de legalidad y legitimidad que revisten una vez admitidas en el sistema jurídico. Por qué no todas las necesidades están fundamentadas, toda vez que no todas están reconocidas. Pero para el futuro toda necesidad puede estar fundamentada, y por ende convertirse en derecho

En esta línea, las necesidades fundamentables no son otras que las que los escenarios políticos aceptan que lo son. Todo derecho no es más que la imagen de la discusión pública, y por ello la búsqueda de fundamentos ajenos a las ágoras, no se compadecen con la realidad de lo que hacen los derechos. Es la lucha política lo que hace a los derechos valiosos, el reconocimiento de un derecho, no es sino una muestra de lo que la voluntad de grupos de presión puede hacer (Tushnet, 1984).

Hemos hasta el momento establecido las condiciones de fundamentación de los derechos y expresado la importancia de realizar este tipo de ejercicios en las sociedades contemporáneas. Así las cosas, en resumen una visión estatalista atenta de manera directa con las premisas de universalidad, imprescriptibilidad e

---

<sup>5</sup> Es en esta idea de libertad burguesa, que se piensa que el mayor castigo para un hombre es privarle de la libertad. Este es el origen de la cárcel como mecanismo por excelencia de represión en el estado liberal. Es la necesidad la que crea la demanda y la demanda el derecho.

<sup>6</sup> En efecto tenemos diversidad de ejemplos sobre esta materia: La Carta Magna, Habeas Corpus Act, Bill of Rights, Declaración del Buen Pueblo de Virginia, La Declaración de derechos de hombre y del ciudadano, etc. Todas estas manifiesta a través de derechos las luchas políticas que las produjeron.

inalienabilidad, pues se trata justamente de poner a disposición del Estado estas *potestas*. Sin embargo, en el mundo contemporáneo esta tensión no se resuelve con un modelo puro de voluntad de Estado, sino que entran en juego diversos discursos que combinados explican como los Estados terminan reconociendo los derechos. Es decir, la visión del Estado como supremo ordenador no cuenta con un sustento de legitimidad a la luz de la teoría contemporánea de los derechos. De manera, que el Estado, tiene diversas mediaciones para poder actuar. La democracia, el derecho internacional público y las relaciones internacionales, los procesos socio-económicos, y las condiciones políticas, son entre otros elementos que regulan, afectan y enfocan el esfuerzo estatal.

En el caso del derecho al acceso a internet podemos advertir varios elementos que deben seguramente impulsar de forma decidida al Estado el reconocimiento y una mejor confección de las condiciones de exigibilidad del derecho. Estas razones son:

- a. **El acceso a internet como mecanismos de protección de otros derechos.** Es una de las áreas más dinámicas en donde se destaca la creación de mecanismos institucionales y técnicos para garantizar que los datos de diferente naturaleza, puedan ser integralmente protegidos. Esto significa tanto la publicidad del dato público, como la veracidad y adecuada utilización de los datos privados. En Colombia la ley 1581 de 2012 regulan de forma profunda esta materia.
- b. **El acceso a internet como herramienta para desarrollar otros derechos y valores constitucionales.** Se reconoce que derechos como el habeas data, la intimidad y el buen nombre, de manera frecuente se ven relacionados con el acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. Sin embargo, derechos como la seguridad social, la salud, el trabajo, libertad de cátedra, libertad de expresión, petición, propiedad, entre otros, se encuentran cada vez más estrechamente relacionados con el uso de estas tecnologías. Este uso no solo es un asunto perimetral del derecho, sino que en ocasiones afecta de forma directa su desarrollo y protección. Es el caso por ejemplo del

derecho de petición o el de expresión, que el uso de las Tics representa la disponibilidad de uso y garantía del derecho.

- c. **El acceso a internet como elemento en la materialización de la democracia.** En consonancia con las ideas de la ciudadanía digital, la democracia cada vez más se desarrolla en ambientes virtuales o con herramientas que implican el acceso y alfabetización digital. La participación política, el derecho de asociación e incluso de reunión, tienen en los ambientes virtuales un espacio cada vez más importantes. Por otro lado, así como se ha afirmado la imposibilidad de comprender la democracia sin la materialización de garantías a partir de la posguerra, de igual manera la ausencia de disponibilidad del Tic y el acceso al internet, representan una talanquera clara para la existencia de la democracia material.
- d. **El acceso a internet como mecanismo para el alcance de la igualdad material.** La inclusión digital. Como consecuencia de lo anterior, y como desarrollaremos más adelante, el acceso mismo a las Tic representa un importante reto de los gobiernos globales, pues la existencia de la brecha digital, que representa una elongación de la brecha socio económica existente en el mundo, debe adjuntar a sus Objetivos del Milenio, no solo metas respecto al agua potable o la lucha contra ciertas enfermedades, pues las herramientas que brindan las Tic y el internet, sirven como medidas eficaces en contra de esta exclusión.

### **El carácter prestacional y la promoción de la igualdad del derecho al acceso internet: La inclusión digital**

El primer aspecto que sugiere la idea de derechos sociales es el de su carácter prestacional, es decir que los derechos sociales implican una acción positiva del Estado<sup>7</sup> que generalmente va ligada a la disponibilidad de recursos para hacer

---

<sup>7</sup> Los críticos de los derechos sociales como derechos humanos entienden que reconocer su existencia es afirmar que todo ser humano tiene el derecho y el deber correlativo, de tener unas condiciones mínimas de existencia. Esta circunstancia de expansión de deberes se observa como un sin sentido puesto que tal número de demandas no son posibles de cumplir, puesto que ante el problema de los recursos escasos ninguna sociedad, hasta la más rica, puede satisfacer estos derechos. Este argumento se encuentra en especial en la

realidad tales derechos (Schneider, 1979, p. 32). Se percibe a los derechos sociales como derechos que engendran obligaciones de hacer (Gonzales, 2002, p. 75), con lo cual se plantea una diferencia con los derechos de libertad que contienen obligaciones de no-hacer o de abstención.

Pero sobre esta afirmación deben hacerse varias precisiones. Desde un punto de vista histórico, los derechos sociales surgen precisamente como respuesta a las insuficiencias del sistema planteado por el Estado liberal decimonónico. Como se sabe, el Estado liberal propugna por una presunta pasividad en materia social<sup>8</sup>, con lo cual su acción sólo se justifica en la medida que se requiriese defender el equilibrio que plantean el mercado y las reglas de la democracia burguesa. De esta manera, el Estado sólo estaba autorizado a respetar los derechos y no a promover acciones que modifiquen el orden social y económico (Eguiagaray, 2001, p. 85). Este elemento que de forma reiterada se hacen mención en un estudio de los derechos sociales, es relevante frente al estudio del derecho al acceso a internet, puesto que en el contexto actual se presentan dos circunstancias claves para comprender los problemas de fundamentación que encierra su defensa constitucional: de un lado, el contexto ideológico que se presenta frente a los planteamiento del neoliberalismo, como forma político social, ya que plantea justamente un rechazo a acciones directas de protección, cuando estas encierran acciones directas de garantía como son las que se denominan positivas o de hacer.

---

obra, Carl Wellman. Esta concepción de multiplicación de prestaciones en vez de ser problemática, creo que abre un camino puesto que señala la necesidad de asumir el costo total de los derechos de bienestar por todos. Así las cosas, los derechos sociales no son solo derechos contra el Estado sino contra todos los que estén obligados. Como explicaremos más adelante, los obligados son aquellos que tengan la capacidad para dar esa ayuda, no pudiendo desconocer una posición normativa justificada.

<sup>8</sup> El Estado liberal no es un Estado que no interviniera, al igual que hoy lo hace con dinamismo el Estado neoliberal, el Estado injiriere en los asuntos de vida pública ya que se requiere de su agencia para garantizar los procesos económicos y sociales. La característica precisa al Estado liberal se encuentra en las formas y objetivos que tienen esa intervención. Esto queda ilustrado en las concepciones sobre la política social del Estado en el siglo XIX. El Estado si intervenía manteniendo la estructura del capitalismo, y sus acciones se encaminan a hacer de la libertad en el mercado su objetivo primordial. Con la crisis del capitalismo de comienzos del siglo XX, esta posición toma un nuevo rumbo, y para esto se vale de herramientas más directas y agresivas para transformar la sociedad ante un nuevo modelo político, económico y social. El tema fue ampliamente desarrollado por Ashford en la Aparición de los Estados bienestar

La explosión de derechos, o la manifestación de demandas sociales riñen con esta postura. Como consecuencia de este rechazo se presenta la privatización de servicios, y con esta la afectación de los derechos. La lógica privada, se funda en la maximización de beneficios, lo que no siempre garantiza que los derechos puedan ser atendidos de manera eficaz, y por el contrario se presenten deterioros sociales, justamente con aquellos que no pueden pagar el coste de los servicios (López, 2009). El acceso a internet está claramente afectado por esta lógica lo que implica que afecte la generación de equidad.

Por otra parte, esta dimensión de prestacional pone de relieve los derechos como libertades positivas y negativas (Berlin, 1988, p. 191). Las libertades negativas no requieren, según afirma esta idea, de acciones concretas del Estado, por lo cual, éste lo único que debe hacer es abstenerse de violar el núcleo de estas libertades. En general, los denominados derechos de primera generación se consideran los integrantes de estas libertades. De esta manera, los derechos fundamentales se construyen como categorías para una concepción en concreto, la del Estado liberal. Esta estructura de abstención orientada por una idea en concreto de Estado, requirió entonces, de una reinterpretación, con el objeto de integrar los derechos sociales conforme la presión del proceso histórico del bienestar que impuso su reconocimiento. Ahora bien, en lo que respecta al derecho al acceso a internet, esta dicotomía no es tal como hemos señalado antes. Ya que en una observación general, nos encontramos con dimensiones de abstención y con aspectos de garantía. Contar con las redes informáticas, la energía eléctrica y los equipos necesarios para desarrollar las actividades propias del ambiente digital, se acompañan de la elección de que páginas se visitan, que expresiones se dan y que servicios se escogen para desarrollarse como ciudadano digital (Sierra, 2012, p259; Mossberger, 2008; Galindo, 2009, p. 164)<sup>9</sup>. Esta observación de enorme

---

<sup>9</sup> Siguiendo las ideas de T.H. Marshall cuando plantea que una verdadera ciudadanía solo es posible cuando las condiciones de igualdad material que se traducen en derechos sociales puedan ser disfrutadas por todas las personas, podríamos reflexionar que las obligaciones de respeto y garantía derivadas del derecho a la inclusión digital, se convierten en uno de los elementos centrales de las democracias contemporáneas, pues las personas no pueden hoy disfrutar de sus



importancia ha sido estudiada de manera profunda en la literatura de los derechos sociales.

De esta forma, la literatura contemporánea de los derechos sociales, rechaza la tesis que afirma que no todos los derechos de primera generación o libertades negativas carecen de contenido prestacional (Cascajo, 1988, p. 72). Los ejemplos más comunes al respecto son el derecho a la asistencia letrada en el juicio, o el derecho a la vida o a la seguridad personal, pues todos requieren de una infraestructura clara para la defensa que acarrearán y por consiguiente una inversión por parte del Estado. En esta línea de defensa de los derechos, todo el sistema judicial requiere de enormes sumas de dinero del Estado para hacer efectivos derechos como la propiedad y sus anexos, o la libertad contractual. Así las cosas el Estado sí requiere de prestaciones enormes para mantener el aparato represivo y buena parte de la burocracia destinada a garantizar esas libertades negativas. De esta manera, no parece que la dimensión de las prestaciones sea característica exclusiva de los derechos sociales, sino que es una manifestación necesaria de todos los derechos como fines del Estado de derecho (Contreras, 1994, p. 21)<sup>10</sup>.

De igual manera, tampoco es cierto que los derechos sociales o que se denominan como tal, se tengan contenidos negativos u obligaciones de respeto. Los ejemplos más evidentes son el derecho de asociación y el de huelga, donde el Estado sólo debe actuar de igual manera que con un derecho de libertad negativa con la abstención de cualquier acción para permitir el libre ejercicio de las actividades sindicales. Y dentro de este mismo marco de análisis, los derechos sociales, si bien pueden contener una prestación, en muchas ocasiones contienen una abstención u obligación de no hacer. Es el caso de la obligación del Estado de no afectar la salud, que se traduce en la abstención de éste de no atentar contra la vida, la integridad de una persona, o impedir el ejercicio del derecho al trabajo, o el

---

derechos, como tampoco realizar el valor de la democracia, sin condiciones de alfabetización digital y disponibilidad tecnológica. A esta interpretación se le conoce como Ciudadanía digital.

<sup>10</sup> Al respecto dice Helmunt Willke: "ningún derecho es totalmente self-executing; todos los derechos (tanto los derechos-autonomía como los derechos-participación) presuponen amplias medidas estatales, programas o dispositivos institucionales".

ingreso a la escuela, en el caso de la educación. El criterio de abstención-acción, o lo que es lo mismo hacer no-hacer, es un análisis orientado a los derechos, y un aspecto de los mismos, un tipo de acción que se requiere para su protección. Este último elemento es importante porque lo que se quiere hacer notar es que los derechos en general tienen, desde esta perspectiva, una doble dimensión de abstención- prestación conforme se requiere para su tutela efectiva (Abramovich, 2002, p.22) y por su puesto el derecho al acceso a internet no es indiferente a esta situación.

En el caso del derecho al acceso a internet, se observa que justamente el derecho colombiano ha venido creando un marco de acciones similares a las señaladas por Gomes. La creación de mecanismos institucionales como la delegada para la protección de datos, el desarrollo del habeas data y la construcción de una política de pública de acceso muestran la complejidad del derecho en la actualidad. Por ello se hace necesario este tipo de análisis que junten los diversos aspectos que vienen dándose en el derecho colombiano.

De esta forma, parece claro que el argumento prestacional dice bastante poco sobre los derechos sociales<sup>11</sup> y en especial del derecho al acceso a internet. Sin embargo el interés por el análisis prestacional pone énfasis en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y es el abandono de su examen exclusivo como límites al poder (Martin-Retortillo, 1988, p. 103). El interés por este aspecto es el inicio de una interpretación que permite que los derechos y, en especial los derechos fundamentales, se vean más allá de su aspecto defensivo para configurarlos como necesarios instrumentos del desarrollo social, que después de la Segunda Guerra Mundial<sup>12</sup>, como en efecto señala Häberle en su teoría del doble carácter de los derechos (1997), entendiendo de ellos, su dimensión como límite al

---

<sup>11</sup> No pretendemos hacer una definición exhaustiva de los derechos sociales, sino aproximarnos a su núcleo semántico a través de comentar sus características.

<sup>12</sup> Este aspecto objetivo de observa claramente en las propuestas de T.H. Marshall y su teoría de la ciudadanía social, que ya mencionamos, así como la relectura de la obra de Jellinek y sus status libertatis y civitatis, como dimensiones dentro de la teoría de los derechos públicos subjetivos.

poder del Estado, pero también como fundamento y fin de todas las tareas estatales, que terminan haciendo de todos los funcionarios objeto de obligaciones directas.

Este elemento, es el que fortalece la importancia de este ejercicio, pues afirmar del derecho al acceso a internet que o bien no es un derecho, o que es prestacional como si ello solo significara que es programática, termina afectando varios intereses especialmente protegidos en nuestro ordenamiento constitucional como: la dignidad humana, la igualdad, y la participación democrática.

Sobre el debate de la clasificación de los derechos, de forma directa la profesora Yolanda Gómez plantea algunos ajustes a la clasificación histórica, atendiendo parte de las críticas de Peces-Barba. Gómez señala una tercera generación de derechos que denomina derechos de solidaridad. Se trata de nuevos derechos o bien de antiguos derechos, pero redefinidos. Seguimos a Gómez Sánchez en este apartado, que distingue tres bloques de derechos:

- “a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad.
- b) Los derechos relativos a nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana.
- c) Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.” (Gómez, 2004, p. 241)

Como se observa, Gómez considera la existencia de diversos derechos derivados de las Tics, entre otros señala:

- Derechos a la comunicación y a la información: información completa y veraz; derecho de acceso a la información de relevancia para la Humanidad; derecho a la información genética; derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos y opiniones; derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados; autodeterminación informativa; derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar.

- Derechos en la red: derechos informáticos, derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones, derecho a la vida privada en la red, al honor y a la propia imagen, propiedad intelectual e industrial en la red. (Gómez, 2004, p.246)
- Derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación.

La propuesta presentada, si bien nos parece interesante porque pone en evidencia los derechos en relación con las Tic, no creemos que supere las críticas que suscitan los modelos históricos de los derechos, que de todas formas tienden a negar la importancia de todos los derechos y su interdependencia. Por ello, la tesis de la integralidad de los derechos (Perdomo, 2011; Mesa, 2010), que propone justamente salir de las trampas históricas y de los modelos ideológicos, para plantear que los sistemas constitucionales como en el mismo derecho internacional, los derechos son en su conjunto los pilares básicos de las sociedades contemporáneas, y que estos, se requieren no por secciones o por partes, sino que su interrelación es realmente su mayor fortaleza como expresión de los conceptos de legitimidad y garantía de la dignidad humana.

## **Conclusiones.**

A modo de conclusión podemos señalar al menos tres ideas centrales:

En primer lugar, establecer la importancia de los discursos de fundamentación como mecanismos de concertación y construcción de las instituciones que deseamos para nuestras democracias. La fundamentación de los derechos en especial, establece límites y categorías que permiten construir los escenarios dogmáticos sobre los cuales el Estado elabora las herramientas tanto jurídicas como de políticas públicas con las que se materializan los contenidos que implica un derecho. Es decir, se hace indispensable reconocer los debates de construcción de la arquitectura de los derechos para determinar con más claridad

asuntos tan importantes para el debate público como: qué cosas defienden, a quienes defienden y qué herramientas son las adecuadas para elaborar las condiciones de eficacia de los mismos.

En segundo lugar, la creación de derechos es un hecho no solo posible sino que ocurre permanentemente, dado que los derechos son apenas correlatos de los conflictos sociales, económicos, culturales, entre otros. De esta manera, dejar de lado las teorías que sostienen que los derechos son estructuras rígidas y que de su petrificación depende la existencia del sistema jurídico-político es apenas un espejismo, que probablemente se fundamente en la clara influencia iusnaturalista de los derechos en los orígenes del liberalismo. De ahí que los esfuerzos para la existencia de los mismos deben situarse en la elaboración de dogmáticas que conciban el cambio normativo como elemento cotidiano de los mismos, pero que al mismo tiempo elaboren una red cada vez mejor establecida de las condiciones de eficacia de los mismos como producto de su relación con los reclamos y necesidades sociales.

En tercer lugar, el derecho a la inclusión digital es un derecho complejo que se encuentra en formación, pero ante lo cual no significa que no existan buenas razones para construir y definirlo como un derecho central en las democracias de hoy, pero de manera profunda en el futuro cercano. No se trata solo de reconocer el auge tecnológico como elemento de la innovación que implica la transformación de las sociedades, sino también evidenciar las brechas y desigualdades que este cambio tecnológico registra y reproduce. El derecho a la inclusión digital por tanto, no solo tiene fundamentación desde las teorías tradicionales de los derechos, sino que comporta elementos definidos de los derechos sociales y de los derechos de libertad, lo que implica el reconocimiento de obligaciones de respeto y de garantía para su existencia. Aunque se ha avanzado de forma importante, especialmente en las áreas de protección de datos y Open Government, es cierto que falta mucho camino por recorrer. No solo a las administraciones, sino específicamente a los juristas para que puedan mejorar las condiciones de estructura y exigibilidad, no

solo del derecho a la inclusión digital, sino de todos aquellos derechos que presentan importantes transformaciones a la luz del desarrollo tecnológico actual.

# 2

## EL DERECHO A LA INCLUSIÓN A LA INCLUSIÓN DIGITAL “SEGURA”

Autor Marco Emilio Sánchez Acevedo  
Abogado, Doctor en Derecho y Tecnologías de la Información  
y las Comunicaciones, docente e investigador.  
Centro de Investigaciones Socio Jurídicas CISJUC  
Universidad Católica de Colombia  
Bogotá, Avenida Caracas N. 46-72 [www.ucatolica.edu.co](http://www.ucatolica.edu.co)  
Mail. [mesanchezace@gmail.com](mailto:mesanchezace@gmail.com)

En el marco de la tramitación del proyecto “Por el cual se modifica el artículo 20 de la constitución política, se establece la inclusión digital como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones (...)”, me permito remitir las siguientes consideraciones, a saber.

El derecho a la inclusión a la inclusión digital no se podría entender sino es a partir de 3 elementos fundadores: i) Las actuaciones en el ciberespacio ; ii) El Derecho a la utilización de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; y, iii) La ciberseguridad como instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos en el ciberespacio.

### 1. De las actuaciones en el ciberespacio

El nombre de ciberespacio se le da al espacio artificial creado por, el conjunto de Sistemas de la Información y telecomunicaciones que utilizan las TIC, es decir de redes de ordenadores, mucho más que internet, más que los mismos sistemas y equipos, el hardware y el software e incluso que los propios usuarios, es un nuevo espacio, con sus propias leyes físicas que, a diferencia de los demás ha sido creado por el hombre para su servicio.<sup>1</sup> En otras palabras, el Ciberespacio es la dimensión generada durante el tiempo de interconexión e interoperabilidad de redes, sistemas, equipos y personal relacionados con los sistemas informáticos cualesquiera sean estos y las telecomunicaciones que los vinculan.<sup>2</sup>

Aquellos elementos tradicionales del Estado - territorio, soberanía, población y gobierno, en el siglo XXI deben ser reinterpretados. Los Estados ya no son, solamente, territorio, soberanía y población, son actores del proceso dado por la globalización, existen, bajo esa condición, nuevas amenazas, nuevos riesgos que deben ser enfrentados, amenazas y riesgos que traspasan las fronteras tradicionales. Estados que no son únicos, sino que se relacionan con otros, personas de estados que actúan a nombre del estado o de forma independiente y

---

1 (Ministerio de defensa, Instituto Español de estudios estratégicos 2012), “CIBERESPACIO: NUEVO ESCENARIO DE CONFRONTACIÓN”, pp. 42 Colecciones: Monografías del CESEDEN, 126. País: España. Idioma: español. ISBN: 978-84-9781-724-0. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=547632> [16/04/2017]

2 (CARI, noviembre de 2013) “Ciberdefensa-Ciberseguridad Riesgos y Amenazas”, Recuperado de: [http://www.cari.org.ar/pdf/ciberdefensa\\_riesgos\\_amenazas.pdf](http://www.cari.org.ar/pdf/ciberdefensa_riesgos_amenazas.pdf) [17/04/2017]

por ende no representan la voluntad de un estado, sin embargo sus actos pueden generar consecuencias en el entorno internacional, el nuevo escenario plantea conceptos de necesario desarrollo para el propio ejercicio de los derechos, actuar en ese nuevo escenario denominado “ciberespacio”, requiere de elementos fundamentales de desarrollo constitucional y legal, V.G. el derecho a la identidad digital, el derecho a la seguridad en el ciberespacio, o el ya regulado en nuestro país “derecho a la protección de datos personales” entre otros, todos estos que deben ser afrontados y enfrentados desde la innovación y la participación de múltiples partes interesadas del ecosistema digital<sup>3</sup>.

La celebre carta de derechos humanos del Ciberespacio planteada por el Prof. por Robert B. Gelman n, que incorpora, derechos tan importantes como:

- a) Las ideas y opiniones de todos los seres humanos merecen una oportunidad igual para poder expresarse, considerarse y compartirse con otras, según la voluntad del emisor y del receptor, directa o indirectamente (Artículo 1).
- b) Toda persona tiene todos los derechos y libertades expuestos en esta Declaración, sin distinciones de ningún tipo (...). Además, no se realizará ninguna distinción con base en jurisdicciones políticas o físicas, ni por el método de acceso a la red (Artículo 2).
- c) Toda persona tiene derecho a la privacidad, anonimato y seguridad en las transacciones en línea (Artículo 3).
- d) No se obligará a la revelación de información personal por parte de los proveedores de servicios ni de los sitios, y cuando sea requerida, deberá realizarse con el consentimiento informado de la persona afectada (Artículo 4).
- e) Nadie debe ser sometido, sin acuerdo previo, a envíos masivos de correo electrónico no solicitado (spam), de archivos vinculados u otros tipos de correspondencia invasiva (Artículo 5).
- f) Aunque todas las personas tienen un derecho igual a acceder a la información o a formar parte de comunidades en la Red, la participación continuada en esas comunidades debe estar supeditada a las normas de conducta desarrolladas y expresadas en el seno de dichas comunidades (Artículo 6).
- g) Las leyes existentes, (...) se aplican en el ciberespacio al igual que en el mundo físico, aunque la persecución de las violaciones a la ley pueden depender de acuerdos entre jurisdicciones geográficas (...) (Artículo 7).
- h) Toda persona tiene el derecho a una compensación legal efectiva por las violaciones cometidas contra sus derechos, libertades, o por la apropiación indebida y fraudulenta de fondos o información (Artículo 8).
- i) Nadie debe ser sometido a vigilancia arbitraria de sus opiniones o actividades en línea (Artículo 9).

---

<sup>3</sup> Un desarrollo de la Seguridad y defensa en Colombia, puede consultarse el “análisis comparado de las políticas creadas entre los años 2002 y 2012, Pablo Rivas Pardo, Revista Política y Estrategia, N°. 120, 2012, págs. 57-77.



- j) Toda persona tiene el derecho a ser oída, de forma equitativa y abierta, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, y de cualquier acusación que se formule contra ella (Artículo 10).
- k) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y expresión; este derecho incluye (...) la libertad de manifestar, de forma individual o en una comunidad en línea, sus creencias o religión en la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (Artículo 13 de la Declaración).
- l) Toda persona tiene derecho a un nivel básico de acceso a la información a través de instituciones públicas y proveedores de servicios (Artículo 11).
- m) Toda persona tiene derecho a elegir una tecnología de privacidad que proteja sus comunicaciones y transacciones, y no debe ser sometida a investigación debido a la naturaleza de dicha tecnología (Artículo 12).
- n) Toda persona tiene derecho de elegir el proveedor de servicios que prefiera y de cambiar de proveedor cuando lo crea conveniente. Quien no pueda pagar el servicio tiene derecho de elegir servicios “públicos” y “gratuitos” (Artículo 14).
- o) Nadie debe ser privado arbitrariamente de su acceso o cuenta de correo electrónico, ni ser sometido a condiciones de uso o cambios en el servicio no razonables (Artículo 15).
- p) Toda persona tiene libertad para elegir con quién desea asociarse en línea. Nadie debe ser forzado a pertenecer a una comunidad o visitar sitios (de la red) que no son de su elección (Artículo 16).
- q) Toda información personal de una persona o información sobre sus actividades en línea es propiedad privada valiosa y está bajo el control de la persona que la genera. Toda persona tiene derecho de determinar el valor de esa propiedad por sí misma y elegir develarla o intercambiarla cuando lo crea conveniente (Artículo 17).
- r) Toda persona tiene derecho para formar comunidades de interés, afinidad y función (Artículo 18).
- s) Toda persona tiene derecho a la educación en las nuevas tecnologías. Las instituciones públicas deben ofrecer cursos sobre aplicaciones básicas, así como comunicaciones en línea para todos. La educación debe estar orientada a la capacitación del individuo, al fortalecimiento de su autoestima y a la promoción de su independencia (Artículo 19).
- t) Los padres tienen el derecho y la responsabilidad de orientar la experiencia en línea de sus hijos con base en sus propios valores. Ninguna agencia o institución tiene derecho a supervisar las decisiones paternas en esta materia (Artículo 20).
- u) Toda persona tiene derecho a distribuir en línea sus trabajos literarios, artísticos o científicos, con la expectativa razonable de protección de sus derechos de propiedad intelectual (Artículo 21).
- v) Toda persona tiene derecho a un orden social en el ciberespacio por el que los derechos y libertades expuestos en esta Declaración puedan ser plenamente realizados (Artículo 22)

Todos estos derechos cobrarán vida con la incorporación de un derecho a la inclusión digital “segura”?

Sobre éste particular debería señalarse que el efectivo derecho a la inclusión digital debe incorporar el reconocimiento de un atributo de la personalidad en el ciberespacio para los ciudadanos, *la identidad nacional digital*. Si no tengo identidad digital a quien se le dará el derecho a la inclusión digital?

## 2. El Derecho a la utilización de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Antecedentes jurídicos relacionados con el reconocimiento del derecho a la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones, en el derecho comparado, existen, véase al respecto a COTINO HUESO las múltiples referencias. Para nuestro caso debemos solo acercarnos al entendimiento del contenido de La IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado que se reunió el 31 de mayo y el 1 de junio de 2005 para darle vida a la *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, que contiene la afirmación del derecho de acceso electrónico a las Administraciones Públicas a partir del reconocimiento a los ciudadanos de un derecho a la utilización de TIC que les facilite su participación en la gestión pública y sus relaciones con las administraciones, y que contribuya también a hacer estas más transparentes y respetuosas con el principio de igualdad, así como a promover una sociedad de información y conocimiento inclusiva, centrada en las personas y orientada al desarrollo.

Es apenas una referencia de cara a las relaciones con las administraciones públicas, pero que se extiende a las relaciones privadas y del cual se desprenden derechos como:

- Derecho a la formación permanente en TIC.
- Derecho a la información sobre beneficios, ventajas, posibles perjuicios y riesgos, y oportunidades de las TIC.
- Derecho de acceso e interlocución electrónica.
- Derecho a un acceso de calidad a Internet.
- Derecho a la protección electrónica eficaz contra contenidos discriminatorios, vejatorios, violentos, xenófobos, o que supongan abuso de posición, fuerza o poder, y, en general que exalten valores que atenten a la dignidad humana o a la convivencia sobre principios democráticos.
- Derecho a una accesibilidad eficiente
- Derecho a una publicidad fiel, clara, completa, actualizada sobre los bienes y servicios de naturaleza tecnológica tic.
- Derecho a elegir los canales de comunicación con los cuales interactuar.
- Derecho a unas infraestructuras de comunicaciones electrónicas que permitan el uso de calidad de cualquier dispositivo o terminal TIC en cualquier lugar.

- Derecho a un debido proceso electrónico.
- Derecho a utilizar TIC en las relaciones laborales y en la actividad sindical.

En este sentido cobraría vida el derecho a la inclusión digital, si es uno más dentro del estatuto de derechos que tiene el ciudadano en el marco de la sociedad de la Información.

### 3. La ciberseguridad como instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos en el ciberespacio.

Es importante señalar que el concepto de ciberseguridad ha cobrado gran importancia a partir de la comprensión de los retos que ocasiona la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el siglo XXI. En este orden la ciberseguridad se convierte en uno de los más grandes retos a enfrentar en la denominada sociedad de la información (Castells 1996), incluidos los retos que ocasiona el comercio, las relaciones laborales, la educación, el uso militar y por supuesto en las investigaciones criminales. En éste orden la cooperación tanto pública – privada, nacional - internacional, y la necesidad de unas normas universales básicas se convierten en los elementos transversales para hacer frente a estos retos.

El actuar en el ciberespacio trae consigo nuevos retos, entre ellos la garantías de los derechos de los ciudadanos y con ello la necesidad de garantizar la ciberseguridad de las comunidades, incluidas ahora las de Estados. El asentamiento de los conceptos de comunidades Multi-Stakeholder circula por todas partes, pues es un elemento que ha llegado con la denominada sociedad de la información y que vincula la participación de las múltiples partes interesadas del denominado ecosistema digital, donde participan el estado, los particulares, la empresa privada, la academia, en procura de la salvaguarda de los derechos, también los fundamentales, en el ciberespacio.

Reducir la amenaza de ciberseguridad significa centrarse en prevenir o impedir que el adversario actúe es decir que los carteles del ciberespacio tomen control. Esto a través de la óptica de un fortalecimiento jurídico complementa la reducción de la amenaza en la ecuación del riesgo. Evitar que el adversario actúe puede incluir la aplicación de la ley, la diplomacia, la inteligencia o los esfuerzos militares para neutralizar a las personas o sus herramientas. Disuadir al adversario de actuar podría incluir una gama aún más amplia de opciones, dependiendo del adversario en particular.

El desafío de la ciberseguridad solo puede abordarse de manera efectiva al comprender completamente la amplia gama de vectores de amenazas. Incluso entonces, estas preocupaciones solo se pueden resolver eficientemente al buscar las mejores opciones para reducir cada uno de los tres factores de riesgo.

Un elemento fundamental dentro de esta visión resiliente que se adiciona en la ecuación es una ciudadanía educada en el ámbito ciber, es decir que el individuo sea y deba ser un agente activo de generación de la seguridad y con ello construir una sociedad más segura y que tenga confianza dentro de este ámbito. La educación en la ciberseguridad nace de sensibilizar a todos, desde edades tempranas, pasando por jóvenes y adultos mayores, de los riesgos y las consecuencias de sus prácticas en Internet. Por ejemplo, Estados Unidos cuenta con el programa de educación “National Initiative for Cybersecurity Education (NICE)” desarrollado en el año 2012 promoviendo el desarrollo de las personas en el tema de ciberseguridad.

La ciberseguridad, que es el desafío común de todas las partes interesada, y se convierte así en un elemento fundamental integrante del derecho a la inclusión digital.

Gracias!

**MARCO EMILIO SANCHEZ ACEVEDO**

Abogado – Docente

## **Exposición Audiencia Congreso Proyecto de Acto Legislativo – Inclusión Digital como derecho fundamental**

El Departamento de Derecho de Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia agradece la invitación y la oportunidad que se ofrece para que las partes interesadas del sector de telecomunicaciones y del ecosistema digital sean escuchadas en pie de igualdad, en esta ocasión, para plantear distintos puntos de vista con relación al proyecto de acto legislativo por medio del cual se busca modificar el artículo 20 de la Constitución Política, en el sentido de establecer la inclusión digital como derecho fundamental.

En primer lugar, vemos de manera positiva que en el país se estén generando escenarios para las discusiones sobre las oportunidades y desafíos que Internet y las TIC presentan a las sociedades contemporáneas.

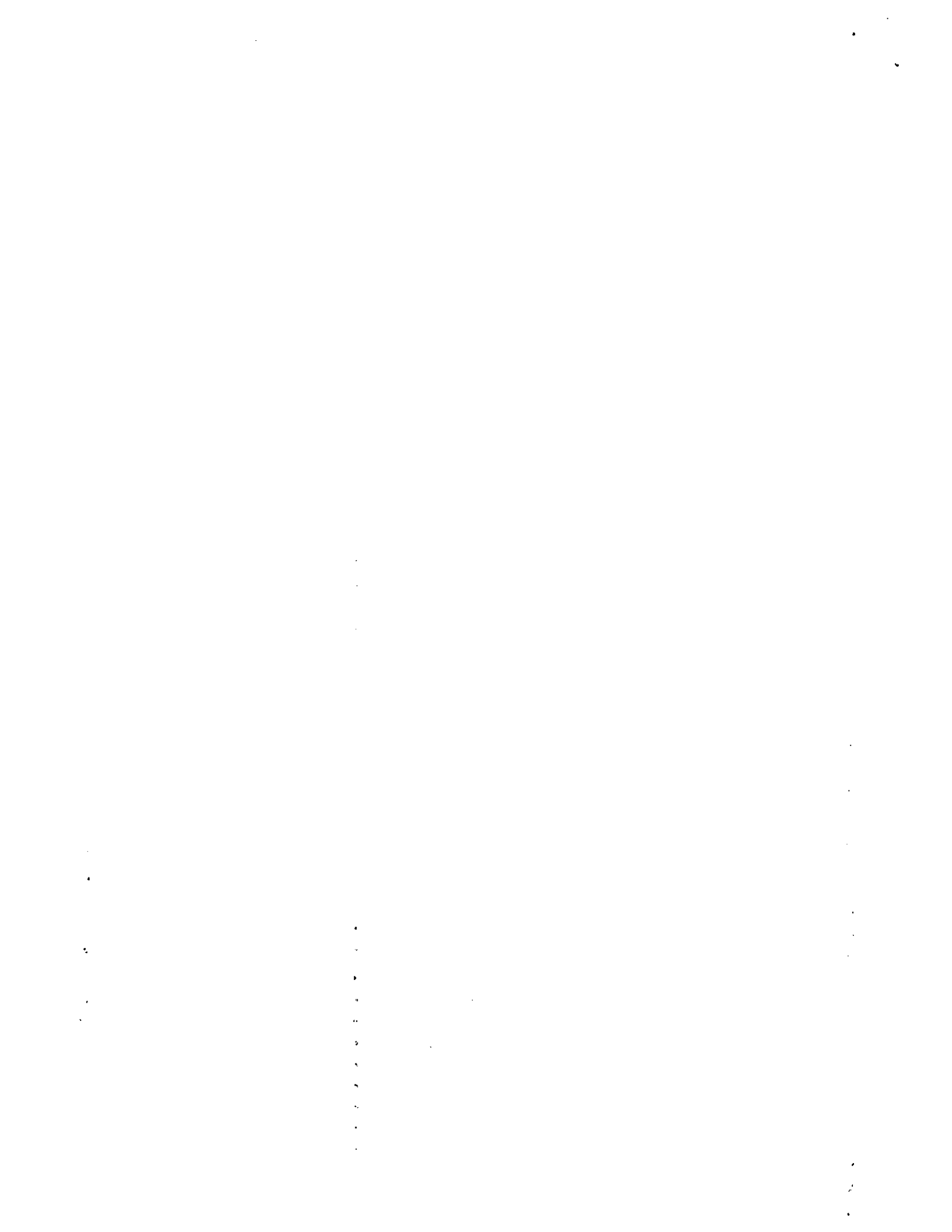
Frente a este punto, queremos recalcar que el impacto de estas tecnologías no se restringe a sus implicaciones frente a la libertad de expresión y a las distintas aristas del derecho a la información, sino que las nuevas tecnologías marcan cada vez más el disfrute de otros derechos y libertades.

Por ejemplo, reflexionemos un momento sobre cómo el ejercicio de los siguientes derechos y libertades fundamentales está estrechamente relacionado con Internet y las TIC, o en cómo, en muchos casos, estas han modificado profundamente su contenido: la libertad de expresión y el derecho a la información, mencionados anteriormente; el habeas data; la libertad de asociación; la intimidad y el buen nombre; el libre desarrollo de la personalidad; la libertad de cultos; la salud; las libertades de enseñanza, aprendizaje y cátedra, e incluso, el derecho de petición.

En el mismo sentido, vemos cómo participar en la Sociedad de la Información y en la Sociedad del Conocimiento también impacta diferentes Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como los derechos al trabajo, a la formación profesional y técnica, a la educación, al acceso a la cultura y al conocimiento, a la protección de la actividad periodística y al pluralismo informativo.

Lo cual nos conduce a otro ámbito esencial en el que impactan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como es la participación ciudadana, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo de mejores políticas públicas y el fortalecimiento de las relaciones de los ciudadanos con el Estado (a través de políticas como las de Gobierno Digital).

Con lo cual también debemos resaltar la creciente importancia que en términos económicos han cobrado las nuevas tecnologías. El comercio electrónico, las



criptomonedas, la banca virtual y móvil, y los negocios basados en plataformas electrónicas, son ejemplos claros de su trascendencia.

En resumen, las TIC y particularmente Internet, se han convertido en facilitadores y escenarios de relaciones e interacciones humanas, desde aquellas basadas en el comercio, los negocios y los trámites con los Estados, hasta otras asentadas en las relaciones sociales, el entretenimiento y el acceso a la cultura. Es innegable entonces que las tecnologías cada vez más hacen parte de nuestras vidas en prácticamente todos los ámbitos de interacción humana.

Con esto como premisa, el Relator Especial en la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de Naciones Unidas, Frank La Rue, en un conocido informe de mayo de 2011 señaló que: “dado que Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para ejercer diversos derechos humanos, luchar contra la desigualdad y acelerar el desarrollo y el progreso humanos, la meta del acceso universal a Internet ha de ser una prioridad para todos los Estados”.

En consecuencia, es claro que desde el ámbito internacional se llama a la acción al sector público, ya que, sin perjuicio de otras maneras de alcanzar dicha meta, el involucramiento del Estado a los más altos niveles es trascendental.

Por lo tanto, la consagración del derecho fundamental a la inclusión digital, —de manera que los habitantes del territorio nacional— puedan acceder de manera progresiva y universal a las nuevas tecnologías—puede considerarse como un primer avance para reconocer los profundos cambios que implica la era digital y como un primer paso del Estado colombiano para adaptarse a ellos, además de que implicaría que este tema no sería más una política de gobierno sino una política de Estado.

De otro lado, su categorización como derecho fundamental estaría acorde al ordenamiento colombiano en tanto se enmarca en los denominados “nuevos derechos”, entendidos estos como categorías que permiten flexibilizar los catálogos de derechos fundamentales a la par del devenir histórico, más allá de las tres generaciones ya consolidadas.

Por supuesto, el alcance de este derecho fundamental deberá determinarse en los términos que indique la ley estatutaria correspondiente.

Ahora bien, como aspectos clave para la inclusión digital, el informe “Libertad de Expresión e Internet” de la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Dra. Catalina Botero Marino, señala que el acceso efectivo particularmente a Internet, puede lograrse a través de “medidas positivas de inclusión, o [de] cierre de la brecha digital; esfuerzos para desarrollar planes para asegurar que la infraestructura y los servicios tiendan a garantizar, progresivamente, el acceso universal; así como medidas para prohibir el bloqueo o la limitación al acceso a Internet o a parte de esta”.

Frente a la primera de aquellas, los Estados deben procurar por generar infraestructura de





acceso universal, en aspectos como banda ancha móvil y fija, impulso de redes comunitarias, incentivos al despliegue de redes por particulares, conexiones en bibliotecas y museos. Ciertamente esto debe llevarse a cabo con la participación y la vinculación del sector privado en sus distintos intereses, de las distintas entidades del sector público del orden nacional y territorial, de las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades, y de la academia desde los distintos campos del conocimiento.

Y, por otra parte, la inclusión no solo implica conectarse o acceder a las tecnologías sino también la creación de capacidades, el desarrollo de habilidades digitales (alfabetización digital), las políticas de apropiación que permitan atar Internet y las TIC a procesos educativos y productivos, y la orientación para un uso responsable y seguro de las mismas.

De otra parte, aprovechamos este escenario para plantear una recomendación especial, esta es, que ante el choque de los mundos análogo y digital y frente a las profundas modificaciones que las nuevas tecnologías presentan al Derecho y a la regulación, el Legislador y el Gobierno Nacional deben procurar tener de presente las particularidades propias de las nuevas tecnologías, puesto que estas transforman las relaciones, los derechos y las obligaciones, así como la forma de protegerlos y garantizarlos. Así que en vista de que las normas y la regulación tradicionales han demostrado no ser totalmente eficaces en el universo digital, nuevas propuestas están llamadas a ser discutidas y evaluadas.

No sobra decir que el ciberespacio no es un escenario anárquico, recordemos que la protección de los derechos online y offline requiere del compromiso firme de los Estados.

Por último, a modo de conclusión, según lo exuesto, la inclusión digital se relaciona con la dignidad humana y con derechos de distintas tipologías, y también marca diferencias en la forma en que las personas producimos, nos relacionamos, estudiamos, nos entretenemos, realizamos transacciones y aprendemos, por lo tanto, hablar de inclusión digital no es nada más que hablar de inclusión social.

*IRA Yónica Herrera*  
*Universidad Externado*

