

Gobernanza de las Plataformas Digitales en la nueva Constitución



Opinión Experta

Juan J. Martínez Layuno,
UDP, U. de Stanford

Karla Prudencio Ruiz,
CIDE, U. de Stanford

Joaquín Martínez Layuno,
U. de Chile

Iniciativa Data.Democracia

contexto+

Resumen

Las plataformas digitales han aportado un valor indiscutible a la sociedad.

Sin embargo, su funcionamiento también ha traído innumerables problemas para las personas y las democracias alrededor del mundo.

Esta minuta propone algunas ideas  respecto a los principios que podrían

guiar la gobernanza de las plataformas en una nueva Constitución, 

enfaticando el caso de las redes sociales. En particular, el documento

explica brevemente la naturaleza arquitectónica de los problemas de las

plataformas, destacando la necesidad de articular soluciones globalmente

coordinadas, con base en los principios de derecho internacional

de los Derechos Humanos. 

Introducción: una nueva forma de vivir

Las plataformas digitales han cambiado radicalmente la forma en que vivimos. Al final de la primera década del 2000, todavía era posible distinguir entre una vida “en línea” y una vida “off-line”. Sin embargo, hoy dicha distinción parece tener cada vez menos sentido.¹ La gente pasa un promedio de entre 10 y hasta 17 horas diarias en sus dispositivos (Nielsen, 2020; Faleiro, 2020), tiempo que se gasta principalmente navegando dentro de plataformas digitales. Durante estas horas, las personas realizan actividades fundamentales para el ejercicio de su ciudadanía y de sus derechos, por ejemplo, acceden a información, comparten sus ideas, socializan y realizan transacciones. Las personas habitan el espacio digital de forma cada vez más parecida a la manera en la que ocupan el espacio físico.

1. Especialmente en países que tienen la brecha de conectividad resuelta.

¿Qué son las plataformas digitales?

Las plataformas digitales pueden definirse como ecosistemas que permiten crear valor a través de la interacción, colaboración o transacción entre distintas personas. Su utilidad radica en que, normalmente a cambio de datos o dinero, estas plataformas eliminan muchos de los costos de transacción que existen en el mundo físico. Adicionalmente, la demanda, el valor y calidad de los servicios que entregan estas plataformas dependen, en gran medida, de que otras personas también las usen (“efectos de red”). Por ejemplo, Facebook o Whatsapp son plataformas digitales que aumentan su valor al aumentar el número de usuarios que pueden interactuar en ellas.

Estas plataformas han aportado un valor indiscutible a la sociedad (Internet Society, 2019). Desde permitirle a las personas llegar a tiempo a sus destinos con aplicaciones como Google Maps, hasta otorgarles la posibilidad de intercambiar bienes o conectar con viejas amistades a través de Facebook. Emprendedores de todo el mundo han podido acercarse a oportunidades, consumidores y expertise global (Internet Society, 2019). YouTube, por ejemplo, permite a ciudadanos de todo el planeta aprender y entretenerse, mientras que Twitter ha permitido a las personas socializar sus demandas y organizarse para informar y protestar. En suma, estos ecosistemas hoy satisfacen un importante rango de necesidades.

Sin embargo, el desarrollo de estas plataformas, aparejado con la falta de regulación de las mismas, también ha traído innumerables riesgos para las personas y las democracias alrededor del mundo. Estos van desde la difusión de noticias falsas hasta el aumento de hostigamientos y la degradación de la calidad del debate político –por mencionar solamente algunos ejemplos– (Owen, 2019). Por otra parte, derechos humanos básicos, como lo es el derecho a la privacidad, se han visto vulnerados. Así sucede, por ejemplo, con las configuraciones de privacidad iniciales, que por defecto establecen la opción más invasiva en materia de recolección de datos. También ocurre con los términos de uso, que únicamente plantean la opción de “lo tomas o lo dejas” a las personas usuarias para acceder a los servicios. Por otro lado, junto con el aumento de riesgos, han decaído los recursos y las protecciones que tenemos dentro de este ecosistema digital y las nociones tradicionales sobre libre competencia se han vuelto insuficientes para hacerles frente.

Si bien los problemas planteados por las plataformas nos afectan individual y localmente, tanto sus causas como sus efectos son globales. A pesar de esto, internacionalmente faltan regulaciones que comprendan la naturaleza global y compleja de sus problemas (Roberts y Weidenslaufer, 2020; Owen, 2019) y que sean, a la vez, respetuosas de los principios democráticos y la naturaleza libre, abierta y descentralizada de internet. A esto se suma una ausencia de normativas –y legisladores– que comprendan que, hoy en día, las personas son habitantes del ecosistema digital y lo habitan de la misma manera que residen en el mundo físico.

En suma, estas plataformas presentan nuevos retos para los esquemas regulatorios existentes y, por lo mismo, es necesario buscar estrategias innovadoras que nos permitan disminuir los riesgos y aumentar los beneficios sociales de las mismas.

Las plataformas digitales son algo nuevo para los esquemas regulatorios previos

La profesora de Harvard Shoshana Zuboff (2019) explica que las plataformas digitales son algo único en la historia de la humanidad. Por ello, es difícil encontrar parámetros de comparación adecuados, lo que abre enormes desafíos regulatorios. Owen (2019) sugiere partir con la noción de que las plataformas son ecosistemas más parecidos a los centros comerciales que a las plazas de las ciudades. Puesto de esta forma, dan la sensación de ser espacios públicos, pues las personas circulan por ellas publicando contenido sin mayores restricciones. Sin embargo, en última instancia son espacios privados, gestionados acorde al interés de sus propietarios. Vistas así y en línea con Zuboff, las plataformas reúnen cuatro características que dificultan su regulación.

En primer lugar, las plataformas desafían las nociones tradicionales en materia de privacidad de datos, al poseer una infraestructura que, por diseño y por defecto, recopila incluso las más insignificantes interacciones que suceden dentro de ellas (o los *excedentes del comportamiento*, Zuboff, 2019). En este sentido, ejercen una *indiferencia radical*, donde lo que importa no es la calidad del dato individual sino su valor en el agregado para hacer inferencias sobre las personas y sus comportamientos (Zuboff, 2019). Esto supone una recolección intensiva de datos, que se hace a costa

de un consentimiento vago, condicionado por un sinnúmero de opciones por defecto y cuyo rechazo implica la exclusión o la negación del servicio².

Segundo, las plataformas desafían las nociones tradicionales de relación consumidor-cliente, así como también las concepciones tradicionales de la libre competencia. Particularmente, desdibujan los límites entre el cliente y el producto (algo conocido como el problema de los “mercados de precio 0”). Por paradójico que parezca, esto significa que aunque los usuarios obtienen servicios de las plataformas ellos no son sus clientes. Por el contrario, ellos son un capital dentro de la cadena productiva con capacidad para generar valor a partir de su estadía en la plataforma (Zuboff, 2019). En esta lógica, el usuario es más bien el producto y los clientes suelen ser empresas que pagan por publicidad hiper-dirigida y por los servicios de modelos algorítmicos que orientan la proyección de decisiones productivas futuras.

Una tercera característica es que las plataformas utilizan programas computacionales para maximizar la permanencia de los usuarios dentro de ellas (Tufekci, 2019). En este sentido, las plataformas prometen a sus clientes que el resultado publicitario será el esperado y para esto intentan modificar el comportamiento de las personas. Esto quiere decir que su arquitectura (es decir, a su diseño a nivel de código), permite que una misma plataforma ofrezca contenidos radicalmente distintos -incluso opuestos- a sus diversas personas usuarias. Así, gracias al trabajo de un algoritmo -y no gracias a un debate público o un equipo editorial cuyas orientaciones políticas se conocen- las personas reciben una dieta de información hiper-personalizada (Scott, 2019) y son condenadas a permanecer navegando dentro de una “burbuja de contenidos” (Pariser, 2011). Es decir, reciben sólo la información que el algo-

2. Por analogía, esto se parece a que si un usuario rechaza que las compañías escuchen sus conversaciones, estas le denieguen el servicio, impidiéndole acceder a servicios telefónicos

ritmo determinó que sería de su preferencia, por lo que nunca se exponen a matices ni ideas distintas, lo que empobrece la pluralidad del debate y limita el flujo libre de información. Esto genera graves problemas de desinformación, que no pueden evitarse sin romper con la arquitectura actual sobre la cual determinadas plataformas están construidas.

Finalmente, una cuarta característica hace extremadamente difícil su regulación. El dominio privado de las plataformas y la función que guardan de *gatekeepers* para que las personas accedan a determinados servicios, información o contenidos, es muchas veces contradictoria con la naturaleza descentralizada, abierta y global de Internet. Por ejemplo, la *AppStore* de *Apple* puede bloquear las nuevas instalaciones y actualizaciones del popular juego *Fornite*, inhabilitando a las personas a acceder a contenido de su preferencia y creando distorsiones en el mercado.

En síntesis, el desafío de los constituyentes de regular este nuevo *modus vivendi*, es una tarea sin precedentes. Las plataformas han prosperado gracias a que algunas de sus características guardan coherencia con distintos valores de nuestra Constitución actual (como la libertad de expresión, de asociación o el derecho a desarrollar actividades económicas). Pero la falta de regulación en cuanto a su arquitectura, sin embargo, parece no proteger ni fortalecer la democracia.

¿Qué dice la constitución actual?



La Constitución de 1980 no contempla regulaciones específicas respecto a la gobernanza de las plataformas digitales. En particular, en materia digital, luego de una reforma en el año 2018, solo existe una mención breve en el Artículo 19 número 4, que garantiza a todas las personas el respeto y protección de la vida privada y los datos personales.

Sin embargo, la falta de regulaciones particularizadas no ha dificultado la incorporación de las plataformas en nuestra sociedad ni la ausencia de debates jurídicos al respecto. Por una parte, estas han prosperado dentro de los esquemas regulatorios actuales, usufructuando de las omisiones existentes. Así, estas se han desarrollado en un esquema que asegura libertades civiles tradicionales (tales como la libertad de información) quedando fuera del debate la forma en que las propias plataformas toman decisiones editoriales o cómo privatizan la justicia, al adoptar resoluciones que regulan el discurso cuando existe hostigamiento o extremismo dentro de ellas. Por otra parte, existe jurisprudencia nacional en la cual se discute, por ejemplo, si publicaciones en redes sociales amenazan derechos como la honra y qué acciones permiten protegerlo (Ortiz y Jofré, 2020)³.

3. Véase por ejemplo Corte Suprema, Roles 20739-2019 y 28880-2019.

En suma, la Constitución actual carece de menciones específicas respecto a la gobernanza de las plataformas digitales. Sin embargo, parece ser que se ha entendido que algunas de las tradicionales protecciones garantizadas a las personas por la Constitución también aplican a la vida en línea. Muestra de ello es que esta falta de regulación particular no ha supuesto un obstáculo ni para el funcionamiento de las plataformas ni para la existencia de pronunciamientos en algunas materias. No obstante, la omisión no ha sido una buena técnica regulatoria, pues ha ocasionado algunos de los problemas anteriormente expuestos. Por esta razón, la sección siguiente presenta algunas estrategias de regulación en el mundo, enfatizando al igual que las secciones anteriores, el caso de las redes sociales.

¿Cómo han abordado la gobernanza de las plataformas otras comunidades en el mundo?



Si bien la idea de gobernanza de las plataformas es un debate en desarrollo, puede decirse que actualmente existen tres estrategias para abordar este problema. Primero, se encuentra la autorregulación, que consiste principalmente en dejar que la industria tecnológica establezca sus propias pautas normativas, primordialmente a

través de condiciones de uso y normas comunitarias. Por ejemplo, como medida de autorregulación, Facebook instauró una Junta de Supervisión (Oversight Board of Content Decisions) para tomar determinaciones respecto a la moderación y eliminación de contenidos.

Una segunda estrategia consiste en la regulación a través de leyes específicas, de rango infra-constitucional. En esta situación, los países generan un entramado normativo *ad-hoc*, con el propósito de imponer cargas y obligaciones a las compañías responsables de las plataformas. Un ejemplo de esto es la norma alemana para la “aplicación de la ley en las plataformas” (NetzDG) que otorga a las propias compañías dueñas de las plataformas, principios mínimos y facultades para regular derechos fundamentales como la libertad de expresión, e incluso aplicar legislación penal, en un controvertido proceso de privatización de la ejecución de leyes (Docquir, 2019).

Una tercera estrategia consiste en las cartas de derechos digitales que han proliferado en los últimos quince años.⁴ Estos documentos, comúnmente tienen la característica de ser no vinculantes y de contener principios con una textura amplia que permite distintas interpretaciones. Además, normalmente son producto de un trabajo coordinado entre múltiples partes interesadas (el estado, sociedad civil y grupos técnicos). Un ejemplo de estos instrumentos son las cartas catalana y canadiense de derechos digitales.

4. Se pueden observar, por ejemplo, la pionera carta de APC de 2006 o la de EDRI de 2014.

Si bien estos dos documentos carecen de rango constitucional, los principios que enuncian pueden orientar el trabajo de los y las constituyentes. Por ejemplo, la Carta de Barcelona por los Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital, contiene principios para asegurar la transparencia respecto del uso de algoritmos y de los criterios en los que se basan las decisiones autónomas. Por su parte, la Carta Canadiense de Derechos Digitales destaca la importancia de la confianza y del uso ético de datos.

¿Qué debería decir la nueva Constitución al respecto?

Las tres técnicas descritas anteriormente cuentan con importantes virtudes que es importante no soslayar. Crear una nueva Constitución abre la posibilidad de aprender de determinados errores y de adaptar las reglas a las circunstancias específicas y al contexto de cada país. Por un lado, la autorregulación ha demostrado ser deficiente para proteger el cada vez mayor ejercicio de derechos en línea. Asimismo, algo similar sucede con las leyes *ad-hoc* existentes. Por otro, se considera que si bien las cartas de derechos digitales aciertan en establecer determinados principios abiertos que permiten una mayor adaptación al cambio tecnológico, es necesario que sean vinculantes para asegurar una real protección de los derechos humanos.

De esta manera, con base en los principios de derecho internacional de los Derechos Humanos, una Constitución debería de consagrar una serie de principios abiertos que permitan hacer garantizables una serie de derechos en el ámbito digital. Así, una nueva Constitución podría integrar menciones específicas o acompañando a otros derechos (como actualmente sucede, por ejemplo, con el derecho a la protección de datos a propósito del derecho a la privacidad). Otra opción puede ser una lista de principios amplios. En esta sección se presenta esta segunda opción, integrando importantes elaboraciones previas en la materia (como la carta de Luminare de 2019). Así, una nueva Constitución podría abordar la vida en línea en base a los siguientes principios:

1. Reconocimiento de la condición de persona en el ecosistema digital

Como habitantes del espacio digital, las personas podrán esperar que los derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente sean protegidos sin distinción dentro de este ecosistema.

2. Privacidad como confianza

Las personas pueden confiar que se respetará la intención con la que comparten sus datos. De esta forma, y considerando el contexto en que se comparten, se evitará darles una finalidad que exceda lo que ellas pueden suponer de buena fe.

3. Principio de Debido Proceso y tutela judicial

Según el grado de afectación de los derechos en juego, las personas pueden esperar que las decisiones respecto de sus derechos las hagan instancias controladas por instituciones democráticas sujetas a las normativas y tratados internacionales.

4. Derecho a la seguridad con igual intensidad que en el mundo físico

Las personas pueden esperar estar libres de ser dañadas física o psíquicamente, tanto por otras personas, como por el funcionamiento de cualquier tipo de programa computacional que impacte negativamente en el comportamiento humano.

5. Principio de buena fe

Las personas podrán confiar en que los algoritmos funcionen bajo un principio de buena fe, que respeten normas socialmente aceptadas, y no se aprovechen de vulnerabilidades o desbalances de poder inherentes en las relaciones tecnológicas.

6. Principio de gobernanza local con base global

Las personas podrán esperar que las autoridades adopten regulaciones que se basen en sus contextos y necesidades locales, pero que cuenten con foco global y guiadas por los principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y sus fuentes de interpretación autoritativas.

7. Principio de resguardo de los principios y la naturaleza de la internet

Las personas podrán esperar que regulaciones específicas no modificarán los principios de libertad, neutralidad, apertura y descentralización inherentes a la internet como red de redes.

Conclusión

Crear una constitución es un ejercicio futurista que debe hacerse bajo la idea de que el presente es el pasado. En este sentido, una nueva carta debe ser el espacio para principios flexibles, que permitan que la democracia triunfe en el futuro, pero que se mantengan vigentes cuando la inteligencia artificial y las plataformas digitales con sus algoritmos sean cosa del pasado. Sea cual sea la formulación de estos principios en la futura carta, ellos deben contemplarse. Y fundamentalmente, deben resguardar la seguridad de las personas, así como la posibilidad de controlar cómo la tecnología afecta nuestros derechos y libertades.

Las plataformas son una extensión de nuestra vida física, y se necesita incorporar este nuevo elemento en una carta magna. El hecho de que sean globales implica adicionalmente, que deben gobernarse con un enfoque planetario que enfatice la coordinación internacional. Esto debe hacerse a través de normas que abran oportunidades interpretativas para resguardar, esencialmente, la libertad de las personas, su intimidad e integridad física y psíquica, su autonomía y el derecho a vivir en una democracia pacífica, libre de odio y extremismo.



Referencias

Colegio de Abogados de Barcelona. 2019. Carta de Barcelona por los Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital. Disponible en <http://digitalrights-barcelona.org/la-carta/?lang=es>

Docquir, P. F. 2019. *Consejo de Redes Sociales (CRS): Llevando los Estándares Internacionales de Derechos Humanos a la moderación de contenidos en las Redes Sociales*. Modelos para la Gobernanza de las Plataformas. Centre for International Governance Innovation (CIGI). Disponible en español en <https://datademocracy.tech/2020/09/28/consejo-de-medios-sociales-cms-llevando-los-estandares-internacionales-de-derechos-humanos-a-la-moderacion-de-contenidos-en-los-medios-sociales/>

Faleiro, S. 2020. *How India became the world's leader in internet shutdowns*. In MIT Technology Review, United States: Massachusetts Institute of Technology. Disponible en <https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1006359/india-internet-shutdowns-blackouts-pandemic-kashmir/>

Gobierno de Canada, 2019. Canada Digital Charter: Trust in a digital world. Disponible en https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/eng/h_00108.html

Internet Society. 2019. *Consolidation of the Internet Economy*. Internet Society Global Internet Report. United States: Internet Society.

Luminate. 2018. *Digital Democracy Charter*. United States: Luminate. Disponible en <https://luminategroup.com/posts/blog/defending-democracy-from-disinformation-polarization-and-tribalism>

Ortiz, L., Jofré, L. 2020. Derecho a la honra en redes sociales: una aparente exclusión de acciones. Estado Diario, artículo disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/derecho-a-la-honra-en-redes-sociales-una-aparente-exclusion-de-acciones/>

Owen, T. 2019. *¿Por qué la gobernanza de las plataformas?*, Modelos para la Gobernanza de las Plataformas. Centre for International Governance Innovation (CIGI). Disponible en español en <https://datademocracy.tech/2020/09/24/introduccion-por-que-la-gobernanza-de-las-plataformas-2/>

Pariser, E. 2011. *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. United States: Penguin Books.

Roberts, R., Weidenslaufer, C. 2020. *Regulación de redes sociales virtuales, experiencia comparada*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN

Scott, B. 2019. *Why Technology Will Shape the Future of Democracy*. Reset.Tech Initiative. Disponible en <https://www.reset.tech/why-technology-will-shape-future-democracy/>

The Nielsen Company. 2020. *The Nielsen Total Audience Report: Special Work From Home Edition*. United States: The Nielsen Company.

Tufekci, Z. 2018. *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*. United States: Yale University Press.

Zuboff, S. 2019. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. United States: Public Affairs.