

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESA ALTERNATIVAS Y DILEMAS EN EL CONTEXTO DIGITAL



COORDINADORES

● Evelyn Téllez Carvajal

● José Antonio Siqueira Pontes



FACAMP

Director Académico

Rodrigo Sabbatini

Av. Alan Turing, 805 - Cidade Universitária, Campinas
SP, 13083-898, Brasil

INFOTEC

Director Ejecutivo Interino

Ing. Jorge Luis Pérez Hernández

Encargado de la Dirección Adjunta de Administración

Dr. Mario Beltrán Valle

Encargado de la Dirección Adjunta de Innovación y Conocimiento

Mtro. Felipe Alfonso Delgado Castillo

Dirección Adjunta de Competitividad

Mtro. Jesús Ríos Magos

Dirección Adjunta de Desarrollo Tecnológico

Ing. Eustasio Sánchez Montesinos

Dirección Adjunta de Administración de Proyectos

Lic. Claudio Morán Ponce

Dirección Adjunta de Asuntos Jurídicos

Mtro. Luis Mercurio Pérez Contreras

Primera edición, diciembre 2024

ISBN: 978-607-7763-33-8

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

Av. San Fernando No. 37 Colonia Toriello Guerra. Alcaldía Tlalpán, C.P. 14050, México, CDMX.

Corrección de estilo y Maquetación

Jacobo I. Castañeda Velazquez

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

Contenido

Prólogo -----	4
- Héctor Edgar Buenrostro Mercado	
Introducción -----	6
- José Antonio Siqueira Pontes	
- Evelyn Téllez Carvajal	
¿Hacia un Hito Normativo en Sostenibilidad y Derechos Humanos? La Propuesta de Directiva Europea sobre Diligencia Debida en Materia de Sostenibilidad Empresarial -----	11
- Carmen Márquez Carrasco	
Políticas de Diversidad e Inclusión de los Órganos de Administración como Mecanismo para Mejorar la Gobernanza Corporativa y las Políticas de Medio Ambiente, Sociedad y Gobernanza (ESG) -----	47
- Fábio Martins Bonilha Curi	
- Pedro Gabriel Romanini Turra	
Transformación Digital bajo los Aspectos de ESG: Tecnologías Disruptivas en el Sector Financiero e Impactos en los Derechos Humanos -----	68
- Isabela Nelie Meneguelo	
- Mônica Defilippi Hobeika	
Infraestructura Digital de Tecnologías Disruptivas y Riesgos para los Derechos Humanos: Desafíos Regulatorios para el Internet de las Cosas (IoT) -----	88
- José Antonio Siqueira Pontes	

Incorporación Tecnológica en el Contexto Laboral y su Impacto en los Derechos Humanos ----- 133

- Evelyn Téllez Carvajal

El Dilema de las Redes Sociales: Análisis de los Impactos de las Redes Sociales en la Protección de Datos Personales y de Privacidad ----- 169

- Thaigo Henrique Bueno Vaz
- José Antonio Siqueira Pontes
- Karin Klempp Franco

Gobernanza e Integridad en la Contratación Pública: Poder Adquisitivo del Gobierno y Fomento de Buenas Prácticas Comerciales ----- 210

- Irene Patrícia Nohara

Prólogo

El mundo se encuentra inmerso en un proceso de cambios multidimensionales que están transformando las nociones concebidas en prácticamente la totalidad de las áreas. Estas transformaciones incluyen a las estructuras económicas, políticas, sociales y medioambientales generando nuevas articulaciones para responder a las demandas emergentes de los ciudadanos, las empresas, la sociedad civil, la academia y el sector público.

De manera paralela y como parte de la metamorfosis asistimos a la aceleración en la aplicación de las TIC como un medio para la solución de problemas de variada naturaleza, a través de herramientas como el *Big Data*, la Inteligencia Artificial (IA), el Internet de las cosas (IoT por sus siglas en inglés) o los entornos virtuales que, en conjunto con los sistemas ciberfísicos, dan lugar a fenómenos como las *smart cities* o la Industria 4.0, asentados en la generación y uso de la información a través de la digitalización de las actividades que involucran.

La naturaleza transversal de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y su potencial disruptivo da lugar a nuevos arreglos socioeconómicos orientados a la reconfiguración de la creación de valor donde la resiliencia, la sostenibilidad y la interoperabilidad se transforman en el centro de atención¹ y la economía circular, la transformación del trabajo, los derechos humanos y la nueva arquitectura empresarial son el eje de la discusión.

En los más recientes acercamientos a estos temas, se establece la necesidad de abordar los distintos elementos de manera paralela y simultánea, con un enfoque integral, donde la atención a la economía, la sociedad y el medio ambiente se articule para la solución de los problemas, es decir, la búsqueda de la sostenibilidad en el corto, mediano y largo plazo.

La irrupción del enfoque de la sostenibilidad y el uso de las TIC, han provocado tensiones con las estructuras socioeconómicas heredadas de un entorno predigital, donde las normas, las relaciones económicas y sociales se

¹ Forschungsbeirat der Plattform Industrie 4.0, "Themenfelder Industrie 4.0. Forschungs- und Entwicklungsbedarfe zur erfolgreichen Umsetzung von Industrie 4.0", disponible en https://www.acatech.de/wp-content/uploads/2019/09/acatech_Themenfelder-Industrie-4.0_final.pdf

regían por la cercanía geográfica y los modelos de producción se basaban en bienes industriales; dando lugar a una creciente incertidumbre relacionada con el futuro de la sociedad global, derivado del uso de las TIC.

Desde esta perspectiva integradora, el tema de la incorporación de las TIC en las empresas provoca un gran interés, resultado de la modificación de los procesos productivos, la organización intra e inter-firma, el acceso a materias primas y bienes globales, el desarrollo y aplicación de nuevas herramientas tecnológicas y la aplicación de nuevos modelos de calidad.

En este nuevo entorno, dirigido por las máquinas conectadas y el dominio de las cadenas globales de valor, se corre el riesgo en el cual el trabajo se subordine a las condiciones y tiempos determinados por la tecnología, generando riesgos en las condiciones de los trabajadores, relacionadas con los elementos físicos y digitales que intervienen en las diferentes etapas de la producción.

Esta nueva perspectiva requiere de su integración en un entorno amplio que considere los derechos humanos de los trabajadores, en el nuevo entorno digital, desde una perspectiva integral que incorpore a la discusión, además de los temas económicos, los elementos medioambientales y sociales para avanzar en la consecución de una sociedad sostenible con la participación de los diferentes actores de la producción.

Es así, que resulta fundamental impulsar este tipo de discusiones y análisis de los efectos de las TIC en las empresas en el corto, mediano y largo plazo, como parte de los esfuerzos para la consecución de la sostenibilidad como objetivo central de la innovación (social, cultural, tecnológica, económica) desde un enfoque multidisciplinario y multidimensional que incorpore perspectivas que indaguen más allá de las vinculaciones directas, profundizando en las consecuencias indirectas de las transformaciones relacionadas con la tecnología.

Introducción

La presente obra es resultado de una colaboración entre la FACAMP de Brasil y el INFOTEC, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación de México pues ambas instituciones se encuentran comprometidas con fomentar una red de investigación entre expertos en nuestra región latinoamericana relacionados a los temas sobre la empresa, la innovación y los derechos humanos.

Es así que el lector de esta obra tiene a su disposición siete contribuciones que fueron dictaminadas por pares académicos que respaldan la calidad de las investigaciones realizadas por autores expertos en su ámbito de conocimiento, quienes hacen hincapié en la evolución de las empresas a lo largo de las últimas décadas y las necesidades de ser resilientes y adaptarse a los cambios. Cambios que incluyen en ocasiones transformaciones en paradigmas e inclusión de temáticas antes imperceptibles que hoy por hoy resultan fundamentales para comprender la hoja de ruta que deberá seguir la empresa en temas de ambiente, sociedad, gobernanza y por supuesto de los avances tecnológicos.

En este tenor el primer artículo que se presenta en esta obra es el de la doctora Carmen Márquez Carrasco intitulado: ¿Hacia un hito normativo en sostenibilidad y derechos humanos? La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial. En este capítulo de arranque la doctora Márquez nos invita a reflexionar sobre la importancia que tiene para las empresas la sostenibilidad y la debida diligencia ante el medio ambiente y los derechos humanos. Desde una visión crítica sobre la Directiva europea en estudio ella plantea algunas recomendaciones para que los marcos internacionales, europeos y los de los propios Estados que conforman la Unión Europea puedan brindar certeza jurídica real y no sean solamente propuestas legislativas que deriven en documentos regulatorios estériles.

En segundo lugar se presenta el artículo de los autores Fábio Martins Bonilha Curi y Pedro Gabriel Romanini Turra, sobre las políticas de diversidad e inclusión de los órganos de administración como mecanismo para mejorar el gobierno corporativo y las políticas de medio ambiente, sociedad y gobernanza.

En su colaboración los autores discurren sobre el origen de conceptos como gobernanza empresarial y la necesaria inclusión en la gestión de grandes empresas. Los autores exponen que las políticas de diversidad, demuestran obtener ventajas que si bien en un principio requieren una transformación de la cultura empresarial en temas como la participación plena y efectiva de las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de distintas razas y orígenes, las comunidades LGBTQI+ al final del día su inclusión tiende a resultados económicos favorables en la empresa y, en consecuencia a una mejor sociedad.

El artículo de las autoras Isabela Nelie Maneguelo y Mônica Defilippi Hobeika, ocupa el tercer sitio, ellas discurren sobre la transformación digital del sector financiero en Brasil a la luz de los nuevos objetivos de medio ambiente, sociedad y gobernanza que se dictan desde la Bolsa de Valores, poniendo de manifiesto que las instituciones financieras no pueden escapar del discurso de protección de los derechos humanos y de la transformación en el entorno digital. Así, con una visión fresca, se aproximan a la inclusión de prácticas que sean sostenibles a largo plazo en pro de una empresa eficiente y resiliente ante las tecnologías disruptivas. Particularmente reflexionan sobre la verdadera transformación digital de los servicios financieros no solo en Brasil sino en el mundo. Servicios que han beneficiado a usuarios que tradicionalmente no tenían la oportunidad de acudir a las instituciones financieras tradicionales. En esta contribución se observa claramente que el tema de las llamadas Fintech tienen un largo camino por delante.

El cuarto artículo autoría del doctor José Antonio Siqueira Ponte relativo a la Infraestructura Digital de Tecnologías Disruptivas y Riesgos para los Derechos Humanos: Desafíos Regulatorios para el Internet de las Cosas (IoT) reflexiona sobre los diversos impactos que en las sociedades actuales están teniendo el uso de los avances tecnológicos. Si bien es cierto no podemos poner en tela de juicio las enormes ventajas que tienen aparejadas estas tecnologías, el Dr. Siqueira nos invita a analizar el significado del Internet de las Cosas (IoT por sus siglas en inglés) no solo como una red de dispositivos electrónicos que conectan a personas

físicas y virtuales en un entorno digital sino más allá de eso, cuáles son los riesgos que existen para los derechos humanos no tener claridad de los alcances de estas tecnologías. Del mismo modo los aportes en esta contribución permiten incursionar en la toma de conciencia sobre los marcos regulatorios existentes para el IoT. Sin lugar a dudas la pregunta sobre cuáles son los valores que privan en el entorno público y privado referentes al IoT parecen hacer colisionar los derechos humanos con los intereses del desarrollo económico, alejando del centro del debate justamente a los seres humanos y su dignidad humana.

En el quinto artículo de esta obra, la doctora Evelyn Téllez Carvajal presenta el tema del teletrabajo poniendo de manifiesto algunos ejemplos sobre la importancia que tiene la incorporación tecnológica tanto en sector público como en el privado, sin embargo, destaca la actitud diferenciada que tienen ambos sectores al momento de incluir las tecnologías en un entorno laboral ya que mientras para las empresas la implementación de las tecnologías puede representar ventajas competitivas y mejores ganancias, para el sector gubernamental la adquisición se realiza de manera más cautelosa teniendo menor tolerancia al riesgo. Todo ello hace que el ser humano no sea colocado en el centro de la incorporación tecnológica ocasionando que puedan utilizarse algunas tecnologías que pudieran violar derechos humanos como la privacidad o la vida privada. La Dra. Téllez nos recuerda que en los entornos laborales el ser humano y sus derechos deben estar en el centro de cualquier toma de decisión.

El sexto artículo de los autores Thiago Henrique Bueno Vaz, José Antonio Siqueira Pontes y Karin Klempf Franco, analizan el dilema de las redes sociales: y su impacto en la protección de datos personales y de privacidad. En esta aportación los autores exponen la preocupación sobre la privacidad a partir del uso de redes sociales que si bien se han ido extendiendo alrededor del mundo las normatividades que pretenden regular y salvaguardar la privacidad de las personas y la protección de sus datos personales en los contextos digitales en realidad aún son poco uniformes y eficaces ya que los usuarios de las redes sociales se encuentran vulnerables y expuestos al recabo, almacenamiento, y en general tratamiento de sus datos personales a veces sin su consentimiento y en

consecuencia se presenta la vulneración de su privacidad. Un tema que si bien no es nuevo es recurrente y urgente de resolver.

Los doctores Bueno Vaz, Siqueira Pontes y Klempp Franco hacen un llamamiento a tener opciones más allá de los avisos de privacidad y las políticas de privacidad que se manejan en los entornos digitales ya que los mismos resultan confusos e insuficientes para lograr una adecuada protección de los usuarios. Por medio de distintos ejemplos los autores demuestran que no es un hecho aislado el robo de información e incluso el uso de tecnologías que pueden incidir en las decisiones de las personas, lo que hace de estos avances tecnológicos una herramienta que puede vulnerar derechos y libertades tan esenciales como la libertad de pensamiento y por ello la urgente necesidad de hacer factible la protección de los derechos de las personas en internet y en particular de quienes hacen uso de las redes sociales.

Finalmente el séptimo artículo es de la doctora Irene Patricia Nohara cierra con honores esta obra al plantear el tema de la gobernanza y la integridad en las contrataciones públicas. En su análisis sobre las adquisiciones desde los gobiernos sostiene que el Estado debe dejar de ser visto como “un parásito disfuncional” por los múltiples obstáculos burocráticos que ocasionan retrasos y largos periodos de tiempo para concretar las compras gubernamentales y por el contrario debe ser considerado como un “Estado emprendedor” de donde surjan las innovaciones ya que es justamente el Estado quien tiene la posibilidad de hacer frente a los riesgos y pagos que se requieren al momento de seleccionar las innovaciones, y para ello es importante también promocionar investigaciones de largo plazo.

Con estas aportaciones esperamos que el lector encuentre discusiones actuales sobre la relevancia de los derechos humanos en la empresa relacionados a las innovaciones en un mundo marcado por los avances tecnológicos y la globalización ya que la Responsabilidad Social Empresarial implica, ya no solo considerar los objetivos económicos, sino mirar el impacto que se tiene ante el medio ambiente y la sociedad en general, permitiendo tomar conciencia de

nuestro actuar ético ante las innovaciones sea como empleados, patrones, clientes, comunidades, etcétera, respecto a los temas aquí presentados.

Adicionalmente no podemos omitir que en el contexto empresarial las normas especialmente aquellas sobre los derechos humanos son indispensables para la empresa y para el buen desempeño del gobierno al dirigir, orientar y en general mejorar sus prácticas en beneficio de los seres humanos.

¿Hacia un hito normativo en sostenibilidad y derechos humanos? La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial

Towards a regulatory milestone in sustainability and human rights?

The proposal for a European Directive on due diligence in corporate sustainability

Carmen Márquez Carrasco²

Sumario: 1. Introducción; 2. Contexto y marco regulatorio; 3. Puntos de debate durante el “Triálogo” en el marco del actual procedimiento legislativo en curso; 4. Conclusiones; 5. Referencias.

Resumen: Partiendo del ecosistema regulatorio sobre sostenibilidad de la Unión Europea, este trabajo realiza un recorrido por el contenido básico de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, y a continuación, se examinan las diferencias entre las propuestas legislativas del Parlamento y el Consejo desde una perspectiva crítica. Se aplica un enfoque desde la materia: empresas y derechos humanos. Se plantean recomendaciones orientadas a que el texto definitivo de la Directiva esté alineada con los marcos internacionales de estándares, aborde los impactos adversos sobre los derechos humanos de manera efectiva y brinde la seguridad jurídica que se propone crear.

Palabras clave: Debida diligencia en derechos humanos, medio ambiente, cambio climático, sostenibilidad, Directiva, Unión Europea, ecosistema regulatorio, responsabilidad empresarial, triálogo.

Abstract: Starting from the European Union regulatory ecosystem on sustainability, this paper navigates through the fundamental content of the proposed Directive on corporate sustainability due diligence. Subsequently, it scrutinizes the differences between the legislative proposals of the Parliament and

² Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Directora del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: cmarque@us.es; orcid: 0000-0003-2016-1664. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de I+d+i “Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España”. IP Carlos Fernández Liesa/ IP Ana Manero Salvador, financiado por MCIN-2023, PID2022-1383339OB-I00.

the Council from a critical perspective. It applies a focus centered on businesses and human rights. Recommendations are put forward aiming for the final text of the Directive to align with international frameworks, effectively address adverse impacts on human rights, and provide the intended legal certainty.

Keywords: Due diligence in human rights, environment, climate change, sustainability, Directive, European Union, regulatory ecosystem, corporate responsibility, trilogue.

Resumo: Partindo do ecossistema regulador da sustentabilidade da União Europeia, este trabalho analisa o conteúdo básico da proposta de directiva sobre a devida diligência na sustentabilidade empresarial e, em seguida, examina as diferenças entre as propostas legislativas do Parlamento e do Conselho a partir de uma perspectiva crítica. Uma abordagem é aplicada a partir do tema negócios e direitos humanos. São feitas recomendações para que o texto final da directiva esteja alinhado com os quadros de normalização internacionais aborde eficazmente os impactos adversos nos direitos humanos e proporcione a segurança jurídica que se propõe criar.

Palavras-chave: Due diligence em direitos humanos, meio ambiente, mudanças climáticas, sustentabilidade, diretiva, União Europeia, ecossistema regulatório, responsabilidade corporativa, trólogo.

1. Introducción

La Unión Europea se embarcó en 2021 en un procedimiento legislativo sobre una Directiva de diligencia debida³ en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD)⁴

³ Sobre la noción de diligencia debida en materia de derechos humanos y su evolución en el campo de empresas y derechos humanos, véase Cármen Márquez Carrasco, “Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: orígenes, evolución y perspectivas de futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm 2, 2022, pp. 605-642 y la bibliografía allí citada.

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de febrero de 2022, COM(2022) 71 final (Comisión Europea), Exposición de motivos en p. 2. Sobre ejemplos de impactos adversos en los derechos humanos, medioambientales y climáticos por parte de las empresas de la UE, véase Comisión Europea, “Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión: que acompaña a la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937” [SWD (2022) 42 final, 23 de febrero de 2022], Anexo 10, pp. 162-164. Siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, previsto en los artículos 289 y 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la propuesta es objeto de examen por el Parlamento Europeo y el Consejo, que pueden aprobarla o proponer enmiendas en primera o segunda lectura.

para abordar los impactos negativos de las operaciones comerciales transnacionales sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Los antecedentes inmediatos de esta iniciativa residen en los llamamientos del Parlamento Europeo⁵ y el Consejo,⁶ remontándose a los trabajos desde 2018 del grupo del Parlamento Europeo sobre *conducta empresarial responsable* (RBC),⁷ cuyos antecedentes mediatos se sitúan en 2011, cuando la Comisión Europea introduce su nueva definición sobre la *responsabilidad social empresarial* para alinearse con los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* (UGNPs), adoptados el 16 de junio de 2011, a los que la Unión Europea había expresado su adhesión.

Este importante primer punto de inflexión, representado por la *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*, fue seguido de un segundo hito de esta evolución, consiste en la adopción de normas sobre transparencia empresarial como la Directiva de 2014 sobre información no financiera⁶ cuya aplicación generó un importante escepticismo acerca de que este tipo de legislación de *reporting* pudiera realmente modificar la conducta empresarial a escala suficiente.⁸

A la vista de los desarrollos hasta la fecha, se espera que la Directiva sea adoptada a fines de 2023 o en los primeros meses de 2024.

⁵ En mayo de 2018, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión en la Resolución sobre finanzas sostenibles (2018/2007 (INI)) la introducción de un marco de diligencia debida obligatorio y proporcionado, basado en las Directrices de la OCDE de 2017 sobre la conducta empresarial responsable para inversores institucionales. Estas Directrices requieren a los inversores que, tras un período transitorio, detecten, prevengan, mitiguen y rindan cuentas de los factores ambientales, sociales y de gobernanza. El Parlamento Europeo propuso que este marco debía basarse en la Ley francesa sobre el deber de vigilancia.

⁶ El Parlamento Europeo, en su Resolución de 10 de marzo de 2021, insta a la Comisión a que proponga normas de la Unión para establecer obligaciones integrales de diligencia debida de las empresas, con consecuencias que incluyen la responsabilidad civil de aquellas empresas que causen o contribuyan a causar daños al no llevar a cabo la diligencia debida. Las Conclusiones del Consejo sobre los derechos humanos y el trabajo digno en las cadenas mundiales de suministro del 1 de diciembre de 2020 instaron a la Comisión a presentar una propuesta dentro del marco jurídico de la Unión sobre gobernanza empresarial sostenible, incluidas las obligaciones intersectoriales de diligencia debida corporativa a lo largo de las cadenas mundiales de suministro.

⁷ European Union, *Responsible Business Conduct Working Group, Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU*, marzo 2019. Disponible en:

<https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf>.

⁸ Véase la Directiva sobre información no financiera de la UE, Directiva 2014/95/UE, con las directrices correspondientes. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines>.

El tercer punto de inflexión consistió en la adopción por parte de varios Estados miembros de la Unión Europea de legislación nacional sobre diligencia debida en materia de derechos humanos. Cada una de estas leyes tiene distintos ámbitos de aplicación personal y alcance material y por lo tanto presentan requisitos divergentes, lo que puede afectar a su eficacia y a la seguridad jurídica y, en consecuencia, al mercado único.⁹

A la vista de tales desarrollos legislativos nacionales en Europa, la iniciativa legislativa para una Directiva de debida diligencia empresarial en materia de sostenibilidad corporativa es presentada expresamente por la Comisión Europea como una herramienta para la armonización de las normas aplicables a las empresas europeas en todo el mercado interior.¹⁰ No debe extrañar, por tanto, que las bases jurídicas de esta propuesta sean los artículos 50 y 114 del TFUE.

Asimismo, el desarrollo de esta iniciativa se inscribe en el Pacto Verde Europeo¹¹ y los compromisos asumidos por la UE a raíz del Acuerdo de París. El Pacto Verde plantea importantes reformas que están encaminadas a reforzar el marco de gobernanza empresarial sostenible. Se justifica por la emergencia

⁹ Estos límites se hicieron más evidentes y más ampliamente reconocidos especialmente en 2020 cuando se publicaron dos voluminosos estudios por parte de la Comisión Europea, uno de ellos sobre debida diligencia obligatoria, que pusieron de manifiesto una percepción generalizada sobre las insuficiencias de los instrumentos de *reporting*. Véase “Study on due diligence requirements on the supply chain”. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

¹⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, p. 17.

¹¹ Como señala la Comisión en la propuesta, “El artículo 50 del TFUE tiene carácter de *lex specialis* para las medidas adoptadas con el fin de alcanzar la libertad de establecimiento. Entre las medidas propuestas, las relativas a la gobernanza empresarial entran en el ámbito de aplicación de esta base jurídica, en particular la integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas. Las medidas sobre el plan de las empresas para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia han de ser compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5°C, en consonancia con el Acuerdo de París, y las medidas de remuneración conexas, así como las disposiciones sobre el deber de diligencia y las obligaciones de los administradores en relación con el establecimiento y la supervisión de la diligencia debida. Con el fin de abordar de manera exhaustiva los obstáculos al mercado interior descritos, el artículo 50 del TFUE se combina aquí con la disposición general del artículo 114 del TFUE. El artículo 114 del TFUE prevé la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. El legislador de la Unión puede recurrir al artículo 114 del TFUE, en particular cuando las disparidades entre las normas nacionales puedan obstaculizar las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia y, por tanto, tener un efecto directo sobre el funcionamiento del mercado interior”. *Ibidem*, p. 14.

climática y la crisis de la COVID, y muestra que la Unión Europea está dispuesta a impulsar un nuevo modelo de negocio, un modelo de *conducta empresarial responsable*. Aunque no se trata de una desviación radical de los modelos actuales, se debe atestiguar que está orientado hacia un modelo de accionista o negocio que se alinee con una transición justa.

Además, se ha de destacar la presión proveniente de las organizaciones de la sociedad civil, las víctimas, los inversores e incluso las propias empresas. Por ejemplo, un extenso estudio sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos incluyó una encuesta realizada a más de 300 empresas que mostró que una gran mayoría (75,37%) de las empresas encuestadas indicaron que cualquier reglamento de la UE beneficiaría a las empresas al proporcionar una “norma única y armonizada a nivel de la UE (en lugar de un mosaico de diferentes medidas a nivel nacional e industrial)”. Curiosamente, ese estudio también mostró que la mayoría de las empresas consideraban que la nueva regulación mejoraría o facilitaría la influencia respecto a terceros al introducir un estándar no negociable, sin reducir la competitividad o la innovación.

En su estado actual, el proyecto de Directiva se aplica a las grandes empresas que tienen su sede u operan en el mercado interior de la UE y, por lo tanto, se dirige intencionadamente a las empresas tanto dentro como fuera de la Unión. Como parte de sus obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos, las empresas incluidas en el proyecto deben abordar los impactos potenciales y reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con sus subsidiarias y socios comerciales. Debido a la globalización de las cadenas de valor, la futura Directiva de la UE en tanto que Derecho derivado tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos humanos fuera de la Unión Europea. Además, al basarse en la noción de diligencia debida fundamentada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente que se formula en los estándares internacionales de *soft law* (Derecho indicativo internacional) sobre empresas y derechos humanos, como los Principios Rectores y otros instrumentos, la futura Directiva también convertiría dichos estándares en *hard law* (Derecho vinculante), una vez más, con

implicaciones para las empresas activas en la UE, pero también para las empresas situadas a lo largo de sus cadenas de suministro mundiales.

Originado en el Marco *Proteger, Respetar y Remediar*, y en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos,¹² el concepto de diligencia debida basada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente se ha convertido en un elemento central de los principales marcos de estándares y guías sobre conducta empresarial responsable.¹³ Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (UNGPs) constituyen el primer instrumento que estableció el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos de manera integral, y seguidamente las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales ampliaron el enfoque más allá de los derechos humanos para incluir el medio ambiente y otras preocupaciones de sostenibilidad. La revisión de las Directrices en junio de 2023 ha conducido a perfilar con mayor detalle esta noción de debida diligencia de derechos humanos y el medio ambiente en sus distintos alcances y elementos.¹⁴

¹² Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Véase también, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Aclaración de los conceptos de ‘Esfera de influencia’ y ‘Complicidad’ (UN Doc. No. A/HRC/8/16/, 15 de mayo de 2008).

¹³ Entre otros, Directrices de la OCDE para empresas multinacionales 2011. Disponibles en: <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Véase también “Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales: temas de conducta empresarial responsable” disponible en http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf; Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012). Disponibles en: www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policias-Standards/Performance-Standards; Organización Internacional del Trabajo, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 5a. ed., 2017; Organización Internacional de Normalización, “ISO 26000 - Responsabilidad social”, 2010. Disponible en: <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>, 2022; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, (Documentos Oficiales OEA/Ser.L/V/II, 2019), en párrafo 50; Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Relationship to UN Global Compact Commitments*, junio de 2014. Disponible en: https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/GPs_GC%20note.pdf; The Equator Principles Association, *The Equator Principles III: A financial industry benchmark for determining, assessing and management environmental and social risk in projects*, 2013. Disponible en: <https://equator-principles.com/about/>; International Bar Association, *IBA Practical Guide on Business and Human Rights for Business Lawyers* (Guía práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para abogados de negocios), 28 de mayo de 2016.

¹⁴ OCDE, *Directrices para empresas multinacionales*, 2011; OCDE, *Guía de diligencia debida de la OCDE para una conducta empresarial responsable*, 2018.

Si bien la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos ha recibido un amplio respaldo, la implementación efectiva de las recomendaciones pertinentes formuladas en los estándares de *soft law* depende en última instancia de la voluntariedad corporativa. En la práctica, sin embargo, la aplicación de las normas internacionales de diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos sigue siendo muy deficiente.¹⁵

Ante este panorama, la UE ha ido adoptando medidas regulatorias no solo para mejorar las prácticas de diligencia debida en materia de derechos humanos y el medio ambiente, sino también para evitar la inseguridad jurídica, la fragmentación del mercado interior y los costes y la complejidad innecesarios para las empresas como resultado de un número creciente de leyes de diligencia debida adoptadas por los Estados miembros.¹⁶

Según la Comisión Europea, los desafíos que pretende afrontar la futura Directiva, es decir, los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto de las actividades empresariales, constituyen una *dimensión transnacional*.¹⁷ Esta respuesta de la UE al alcance transnacional del problema ha dado lugar a un enfoque que tendrá repercusiones para los actores públicos y privados que operan a través de las fronteras nacionales.

A la vista de la relevancia y los desafíos que suscita esta respuesta, este trabajo presenta y analiza los puntos de debate sobre el proyecto de Directiva que mantienen fundamentalmente el Parlamento Europeo y el Consejo en las negociaciones del triálogo interinstitucional que están dando su forma cuasi-acabada a la futura Directiva, con el fin de evaluar si la futura Directiva constituirá una normativa sólida desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.

¹⁵ Las evidencias sobre la implementación de la debida diligencia de derechos humanos en la práctica son limitadas, y los estudios existentes apuntan a su deficiente aplicación, World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark 2022: Insights Report*, noviembre de 2022, p. 9. Disponible en: https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2022/11/2022-CHRB-Insights-Report_FINAL_23.11.22.pdf.

¹⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, p. 13.

¹⁷ *Ibid.*, Exposición de motivos, en particular pp. 1-3 y 15-16.

2. Contexto y marco regulatorio

En el ámbito europeo, el proyecto de Directiva de debida diligencia en materia de sostenibilidad corporativa se inscribe en el contexto de las leyes de diligencia debida de los Estados miembros, así como en la normativa sectorial que la UE ha ido desarrollando, instrumentos que incluyen disposiciones de diligencia debida basadas en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente. A su vez, en el contexto mundial más amplio, la propuesta de Directiva se inserta en la evolución jurídica y normativa internacional destinada a frenar la capacidad de las empresas comerciales para causar daños sociales derivados de sus actividades económicas y lucrativas.

En 2017, Francia fue pionera al adoptar la Ley sobre el deber de vigilancia destinada a grandes empresas y grupos corporativos.¹⁸ Holanda, Alemania y Noruega han seguido su ejemplo con diferentes variaciones de los requisitos de diligencia debida, mientras que iniciativas similares están pendientes en otros Estados miembros de la UE.¹⁹ Entre ellos se encuentran Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Italia, y España.²⁰ En este contexto, la UE anunció en 2020 que también introduciría la diligencia debida obligatoria basada en el riesgo, centrada en los derechos humanos y el medio ambiente.²¹

La futura Directiva complementará e integrará el marco jurídico más amplio de la Unión Europea sobre conducta empresarial responsable, con el que se encuentra interconectada. Se ha de destacar que la propuesta de Directiva está estrechamente vinculada a la Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), que modifica la Directiva

¹⁸ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés Mères et des Empresas Donneuses d'ordre de 27 de marzo de 2017 (Francia).

¹⁹ Para un análisis detallado de las leyes y políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos en Europa, véase Schilling-Vacaflor, Almut y Lenschow, Andrea, "Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges", *Regulation & Governance*, 2021, pp. 1–17.

²⁰ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés Mères et des Empresas Donneuses d'ordre de 27 de marzo de 2017 (Francia).

²¹ Como indicamos anteriormente, estas consideraciones también son decisivos para las bases jurídicas de la futura Directiva, es decir, los artículos 54 y 114 TFUE, que otorgan a la UE la competencia para adoptar medidas destinadas a garantizar la libertad de establecimiento (artículo 50 del TFUE) y a aproximar las legislaciones de los Estados miembros para asegurar el funcionamiento del mercado interior (artículo 114 del TFUE).

de contabilidad de la UE y la Directiva sobre divulgación de información no financiera²² y exige que las empresas y los grupos corporativos divulguen información general sobre sostenibilidad.²³

De acuerdo con los marcos internacionales sobre conducta empresarial responsable, la divulgación es una parte integral de un proceso de diligencia debida basado en el riesgo.²⁴ Sin embargo, con arreglo al Derecho de la Unión, la comunicación de información pertinente entra en gran medida en el ámbito de aplicación de la futura Directiva y, por tanto, en un acto legislativo diferente con un ámbito de aplicación subjetivo distinto.²⁵

Por lo tanto, la propuesta de Directiva se centra en políticas y procesos de gestión para identificar y abordar los impactos adversos, prescribiendo obligaciones de divulgación sólo para aquellas entidades que no están cubiertas por la CSRD. La CSRD, a su vez, garantiza que las empresas y los grupos corporativos comuniquen información relevante, incluida una descripción de los

²² La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo modificó la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. La Directiva 2014/95/UE introdujo la obligación de que las empresas presentaran información relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. En relación con estos temas, la Directiva 2014/95/UE exigía a las empresas que presentaran información en los siguientes ámbitos: modelo de negocio; políticas, incluidos los procedimientos de diligencia debida; resultados de dichas políticas; riesgos y gestión de riesgos; e indicadores clave de resultados que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial.

²³ Comparar el considerando 44 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) no. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

²⁴ Principio 21 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (n.º 5); OCDE, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct* (Guía de la OCDE sobre la debida diligencia para la conducta empresarial responsable). Véase también, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

²⁵ Mientras que la futura Directiva sólo se aplica a grandes empresas que operan en el mercado de la UE, la CSRD comprende las pequeñas, medianas y grandes empresas (excepto microempresas), siempre que sean entidades de interés público, aunque con algunas excepciones. Véase el artículo 19 bis(1),6) y 7) y artículo 29c Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) (n.º 29).

procesos de debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente, los principales impactos reales o potenciales resultantes de sus propias operaciones o cadenas de valor, y las acciones tomadas para prevenir, mitigar, remediar o poner fin a tales impactos adversos. A pesar de la separación formal, los dos requisitos están estrechamente vinculados. Por un lado, los procesos de diligencia debida basados en el riesgo prescrito permiten a las empresas recopilar mejor los datos necesarios para sus informes de sostenibilidad. Por otro lado, la mayor disponibilidad de información sobre sostenibilidad, resultante de los requisitos de CSRD, facilita a las empresas, especialmente a los socios comerciales de las entidades informantes, cumplir con sus propias obligaciones de diligencia debida basadas en el riesgo. Por lo tanto, la futura Directiva y la Directiva sobre presentación de información en materia de sostenibilidad se complementan y refuerzan mutuamente.²⁶

La futura Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial también complementa los requisitos de diligencia debida existentes en la legislación comercial de la UE, que se centran en una serie de desafíos específicos del sector. Los operadores económicos que comercializan madera o productos de la madera en el mercado común, por ejemplo, ya están obligados, en virtud del Reglamento de la UE sobre la madera, a actuar con la debida diligencia para garantizar la transparencia a lo largo de sus cadenas de suministro y evitar la importación de madera talada ilegalmente.²⁷ Aunque se centra en los riesgos para la sociedad, el Reglamento de la Madera, sin embargo, aplica un enfoque de diligencia debida diferente al establecido por los Principios Rectores.

El 6 de diciembre de 2022 se produjo un acuerdo político de los legisladores europeos en el que se decide reemplazar el Reglamento de la Madera con un nuevo Reglamento de Deforestación de la UE (EUDR), que comprende la madera, así como el aceite de palma, el ganado, la soja, el café, el

²⁶ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE [2013]

²⁷ Reglamento n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera *DO L 295 de 12.11.2010*, pp. 23-34 (Reglamento de la UE sobre la madera).

cacao, el caucho y los productos derivados.²⁸ El nuevo acto jurídico, aprobado por el Parlamento Europeo en primera lectura, entró en vigor el 29 de junio de 2023.²⁹ Este instrumento exige la debida diligencia no solo para garantizar el cumplimiento de la ley del país de producción, sino también para evitar la importación o exportación desde la UE de productos básicos o productos que contribuyen a la deforestación.³⁰

En comparación con las obligaciones generales de diligencia debida en virtud de la futura Directiva, sus objetivos son más específicos y diferentes. Este Reglamento incluye la prohibición de introducir en el mercado determinadas materias primas y productos derivados “si el cumplimiento del requisito de «legal» y «libre de deforestación» no puede establecerse mediante la diligencia debida”. Esta prohibición será aplicable a todos los agentes que introducen los productos pertinentes en el mercado de la Unión, tanto empresas de la UE como de terceros países, independientemente de su forma jurídica y su tamaño. Ambos instrumentos se reforzarán mutuamente, constituyendo la futura Directiva un complemento al Reglamento sobre productos libres de deforestación “mediante la introducción de una diligencia debida de la cadena de valor relacionada con actividades que no están contempladas en dicho Reglamento, pero que pueden conducir, directa o indirectamente, a la deforestación”.³¹

²⁸ Propuesta de Reglamento (2023) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 995/2010.

²⁹ Reglamento (UE) 2023/115, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 995/2010. Publicado en DOUE n° 150, de 9 de junio de 2023.

³⁰ Artículos 4(1), 3 a) a b) y 2 8) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 de 17 de noviembre de 2021, COM (2021) 706 final (Comisión Europea).

³¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n. 1), Exposición de motivos, p. 8.

Otro ejemplo es el Reglamento de Minerales de Conflicto de la UE de 2017.³² Aplicando un enfoque de diligencia debida consistente con las normas pertinentes de la OCDE,³³ presenta obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de minerales y metales que contienen estaño, tantalio, tungsteno u oro con el objetivo de prevenir la violencia y el abuso de los derechos humanos en relación con la extracción y el comercio de estos recursos en zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo.³⁴ La futura Directiva incluye en el alcance material de las obligaciones de diligencia debida “los efectos adversos sobre el medio ambiente y se aplicarán a las cadenas de valor de minerales adicionales que no están incluidos en el Reglamento sobre los minerales de zonas de conflicto pero que producen efectos adversos sobre los derechos humanos, el clima y el medio ambiente”³⁵, por lo que también contribuirá a reforzar y ampliar las obligaciones de diligencia debida incluidas en dicho reglamento.

Se han previsto disposiciones similares para las empresas que comercializan baterías recargables industriales y de vehículos eléctricos³⁶ y que tienen los objetivos específicos de reducir las repercusiones medioambientales, climáticas y sociales a lo largo de todas las fases del ciclo de vida de las pilas y baterías, reforzar el funcionamiento del mercado interior y garantizar la igualdad de condiciones mediante un conjunto común de normas. Incluye a los operadores económicos que introduzcan en el mercado de la Unión baterías industriales o para vehículos eléctricos (incluidas las incorporadas en vehículos) que superen 2 kWh, estableciendo la obligación de adoptar políticas de diligencia debida de la

³² Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (DO 2017, L 130/1).

³³ OCDE, *Guía de diligencia debida para cadenas de suministro responsables de minerales de zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo*, 2a. ed., 2012.

³⁴ Artículos 3-7 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo).

³⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n. 1), Exposición de motivos, p. 7.

³⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las pilas y los residuos de pilas, por el que se deroga la Directiva 2006/66/CE y se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020 (COM (2020) 798 final, de 10 de diciembre de 2020).

cadena de suministro, y de presentar documentación relativa a la conformidad para la verificación por parte de los organismos notificados y sujetas a controles por las autoridades nacionales de vigilancia del mercado. Esta propuesta de Reglamento cubre aquellas materias primas de las cuales una parte importante de la producción mundial se destina a la fabricación de pilas y baterías y que pueden tener efectos adversos para la sociedad o el medio ambiente (cobalto, grafito natural, litio y níquel). La futura Directiva “complementará al Reglamento relativo a las pilas y baterías mediante la introducción de una diligencia debida de la cadena de valor en relación con las materias primas que no están contempladas en dicho Reglamento, pero sin exigir una certificación para la introducción de los productos en el mercado de la UE”.³⁷

La futura Directiva sobre diligencia debida complementa estos regímenes de diligencia debida específicos de los distintos sectores con requisitos generales de diligencia debida basados en el riesgo y que se aplican a menos que exista “una disposición de otro acto legislativo de la Unión que persiga los mismos objetivos y establezca obligaciones más amplias o más específicas”. Así pues, los requisitos más específicos de diligencia debida prevalecen sobre la propuesta de Directiva³⁸ en virtud del principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*).

³⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n. 1), Exposición de motivos, p. 8.

³⁸ Artículo 1, apartado 3 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

3. Puntos de debate durante el “Triálogo” en el marco del actual procedimiento legislativo en curso

El procedimiento para la adopción de esta Directiva se remonta a 2020 cuando, tras presentar diversas variantes en el mes de junio,¹³ en septiembre de 2020 el Parlamento Europeo adoptó un informe para la Comisión Europea con recomendaciones para un proyecto de Directiva sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos, medio ambiente y buena gobernanza.¹⁴ El proyecto del Parlamento Europeo era muy avanzado en numerosas cuestiones clave que posteriormente han sido modificadas en términos menos sólidos y eficaces.

Por parte de la Comisión, la primera propuesta de Directiva fue publicada en febrero de 2022. La propuesta de Directiva de la Comisión Europea no se centra en un sector específico, sino en una norma de carácter general de Derecho derivado de la UE cuyo objetivo es establecer un estándar mínimo de diligencia debida aplicable a las empresas europeas en derechos humanos y medio ambiente y un marco jurídico horizontal.

Por parte del Parlamento Europeo, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) publicó el 7 de noviembre de 2022 un proyecto de informe (denominado «proyecto de informe Wolters»), que no fue aprobado definitivamente hasta el 25 de abril de 2023. Entre tanto, el 30 de noviembre de 2022, el Consejo Europeo adoptó formalmente su posición negociadora («orientación general del Consejo») sobre la CDSDD. El 1 de junio de 2023 fue adoptada la posición negociadora final del Parlamento Europeo. A partir de aquí, la propuesta de Directiva entró en fase de “triálogo” o “diálogos tripartitos”, como se denomina a las negociaciones de la Presidencia del Consejo (que en el segundo semestre del año corresponde a España), con el Parlamento y la Comisión en el marco de las reuniones interinstitucionales informales, que los ayuden a llegar a un acuerdo.

El análisis que planteamos en este estudio se centra en las tres propuestas de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa adoptadas por la Comisión Europea (febrero de 2022), el Consejo de la Unión Europea (diciembre de 2022) y el Parlamento Europeo (junio de 2023),

respectivamente. Desde junio de 2023, estas instituciones legislativas llevan a cabo negociaciones tripartitas con el objetivo de alcanzar un acuerdo político sobre el texto definitivo de la Directiva para finales de 2023.

Si bien las tres propuestas se basan en marcos internacionales clave, incluidos los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (Directrices de la OCDE), mantienen diferencias en muchos aspectos. Este trabajo destacará en el siguiente apartado cinco cuestiones clave que son particularmente importantes para las negociaciones del diálogo tripartito, entre ellas: i) Diligencia debida sustantiva; ii) Alcance de la obligación de diligencia debida, incluyendo el debate sobre la ausencia de obligaciones de debida diligencia climáticas; iii) Inclusión de las instituciones financieras; iv) Supervisión administrativa y ejecución, responsabilidad y reparación; v) Participación de los grupos de interés.

Se hará un recorrido por el contenido básico de la propuesta de Directiva, y a continuación, para cada uno de estos temas, enfatizaremos las diferencias entre las propuestas legislativas del Parlamento y el Consejo desde una perspectiva crítica, y plantearemos recomendaciones orientadas a que el texto definitivo de la Directiva esté alineada con los marcos internacionales, aborde los impactos adversos sobre los derechos humanos de manera efectiva y brinde la seguridad jurídica que se propone crear.

3.1. Ámbito subjetivo

En su ámbito subjetivo, la propuesta de Directiva de la Comisión se aplica tanto a empresas europeas como no europeas. Están comprendidas las empresas constituidas conforme a la legislación de un país miembro de la UE por encima de un determinado umbral en términos de volumen de negocio y número de empleados, así como otras sociedades de responsabilidad limitada de la Unión que operen en sectores definidos de alto impacto, junto con empresas no europeas, constituidas conforme a la legislación de un tercer país, aunque con actividad en la Unión, sobre una base similar.

En cuanto a los criterios exigidos, se puede decir que la propuesta de Directiva solo cubre dos grupos de empresas: a) las empresas que en el último ejercicio financiero emplearon en promedio a más de 500 empleados y sus ingresos netos en volumen de negocio a escala mundial superaron los 150 millones de euros, y b) aquellas empresas que no alcanzaron los umbrales establecidos en el primer grupo, pero emplearon en promedio a más de 250 empleados y en el último ejercicio financiero lograron ingresos netos mundiales de más de 40 millones de euros. Para este segundo grupo, la condición es que al menos el 50 % del volumen de negocios proceda de sectores específicos de alto riesgo,³⁹ entre los que se indican la producción y venta al por mayor de textiles, cuero y productos de cuero (incluido el calzado); agricultura, silvicultura, pesca, producción y venta al por mayor de artículos; extracción de recursos minerales independientemente del lugar de extracción, producción de productos metálicos básicos, otros productos a partir de materias primas minerales no metálicas y productos metálicos acabados (excepto maquinaria y equipo) y comercio al por mayor de materias primas minerales, productos minerales básicos e intermedios.⁴⁰ Estos criterios se aplican a una empresa individual y no a nivel de grupo.⁴¹

La propuesta de Directiva de la Comisión también comprende las empresas constituidas en terceros países que cumplan las mismas condiciones en términos de volumen de negocios, aunque generado dentro de la Unión Europea. Este es un aspecto esencial, en cuanto que el volumen de negocios se ha erigido en nexo entre las empresas de terceros Estados y la Unión, dado que las actividades de estas empresas pueden tener efectos en el mercado interior. El legislador europeo lo ha articulado como vínculo suficiente para que el Derecho de la Unión se aplique a estas compañías. Las leyes nacionales sobre debida diligencia en materia de derechos humanos solo se aplican a las empresas que están registradas o tienen una sucursal en los respectivos Estados miembros.

La tabla siguiente muestra la divergencia de posiciones de las instituciones europeas.

³⁹ Véase artículo 2 b) apartados i)-iii).

⁴⁰ Véase art. 2 b) apartados i)-iii).

⁴¹ Artículo 2(2) *ibídem*.

a. *Empresas constituidas en Estado miembro de la UE*

+ Grupo 1:

	Propuesta Comisión	Posición Consejo	Enmiendas PE
Número de empleados	500	1000	250
Volumen de negocios neto mundial (último ejercicio)	> 150 M€	> 300 M€	> 40 M€
Aplicación tras la entrada en vigor	2 años	3 años	2 años

+ Grupo 2 (empresas que no cumplen con los requisitos anteriores del Grupo 1):

	Propuesta Comisión	Posición Consejo	Enmiendas PE
Número de empleados	250	250	500 (siendo matriz de grupo)
Volumen de negocios neto mundial	> 40 M€ Al menos el 50 % en sectores de alto impacto	>40 M€ Al menos el 50 % en sectores de alto impacto	150 M€ (a nivel de grupo) [se suprime el requisito sobre sectores de alto impacto]
Aplicación tras la entrada en vigor	4 años	4 años	4 años

Se consideran sectores de alto impacto, entre otros, los relativos al textil, calzado, agrícola, pesquero, alimentario, minero, metalúrgico y de hidrocarburos (tanto producción como comercialización).

b. *Empresas constituidas en terceros Estados*

+ Grupo 1:

	Propuesta Comisión	Posición Consejo	Enmiendas PE
Volumen de negocios neto en la UE	> 150 M€	> 300 M€	> 150 M€ a nivel mundial > 40 M€ en UE
Aplicación tras la entrada en vigor	2 años	3 años	2 años

+ Grupo 2 (empresas que no cumplen con los requisitos anteriores del Grupo 1):

	Propuesta Comisión	Posición Consejo	Enmiendas PE
Número de empleados	N/A	N/A	500 (siendo matriz de grupo)
Volumen de negocios neto en la UE	> 40 M€ Al menos el 50 % en sectores de alto impacto	> 40 M€ Al menos el 50 % en sectores de alto impacto	> 150 M€ a nivel mundial > 40 M€ en UE [se suprime el requisito sobre sectores de alto impacto]
Aplicación tras la entrada en vigor	4 años	5 años	4 años

La orientación general del Consejo añade el requisito de que los criterios de umbral del número de empleados y el volumen de negocios neto mundial deben cumplirse durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos. Esta previsión está en línea con la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa de la UE (CSRD).

Se ha de destacar que la propuesta de Directiva tiene efectos extraterritoriales directos para las grandes empresas de la UE (en torno a 14,000) y de fuera de la UE (aproximadamente 4,000), que cumplan con los criterios antes mencionados, cuando realicen la implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en todas sus operaciones globales. Asimismo, se generan efectos extraterritoriales indirectos de la CSDDD para las subsidiarias y socios comerciales en todo el mundo. Las empresas matrices deben diseñar e implementar políticas de debida diligencia de derechos humanos y medio ambiente en todo el grupo corporativo. Las empresas deberán “persuadir” a los socios comerciales para que aborden los impactos negativos “mediante la propiedad o el control fáctico, el poder de mercado, los requisitos de precalificación, vinculando los incentivos comerciales con los derechos humanos y el desempeño ambiental”. Cuando las medidas preventivas y mitigadoras fracasen, las empresas considerarán la desvinculación, con el consiguiente riesgo de repercusiones económicas y sociales para las empresas y los titulares de derechos en terceros países (como los boicots en zonas de alto riesgo).

3.2. *Obligaciones de diligencia debida*

En el núcleo de la propuesta de Directiva hay requisitos (llamados “diligencia debida de sostenibilidad” o “debida diligencia de derechos humanos y medio ambiente”), que requieren que las empresas identifiquen y gestionen los impactos adversos reales y potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente en su cadena de valor. Los Estados miembros deben asegurar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte de las empresas.

En la propuesta de la Comisión, el artículo 3.c define los “efectos adversos sobre los derechos humanos”, como las consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones previstas en los convenios internacionales que figuran en la lista del anexo de la propuesta de Directiva.

Por su parte, el artículo 3.b define “efecto adverso para el medio ambiente” como las consecuencias negativas para el medio ambiente resultantes del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los convenios internacionales en materia de medio ambiente que se enumeran en la parte II del Anexo de la propuesta de Directiva.

Este Anexo hace referencia a las disposiciones pertinentes y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluidos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros, y de instrumentos internacionales en materia de medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Convenio de Minamata sobre el Mercurio, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, que las empresas deben respetar a través del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida.

Las enmiendas del Parlamento Europeo, en línea con la posición del Consejo, han introducido un enfoque basado en el riesgo (*risk-based approach*), por el que se pretenden priorizar los efectos adversos más graves y probables de la actividad empresarial. Asimismo, las enmiendas del Parlamento Europeo introducen la obligación de conservar la documentación que demuestre el cumplimiento de estas obligaciones durante al menos diez años. En la orientación general del Consejo se pretende reforzar el enfoque basado en el riesgo modificando el artículo 6 de la propuesta de Directiva de la Comisión (cartografía y evaluación en profundidad de los efectos adversos) e introduciendo un nuevo artículo 6 bis sobre la priorización de los efectos adversos. Esta priorización se basa en la gravedad y la probabilidad del impacto adverso. Además, la orientación general del Consejo integra explícitamente el principio de adecuación, estableciendo cómo determinar las medidas apropiadas para (i) prevenir o mitigar los posibles impactos adversos y/o (ii) poner fin a los impactos adversos reales. Estas modificaciones propuestas por el Consejo encajan mejor con las obligaciones de diligencia debida y gestión de riesgos de la cadena de suministro en virtud de la Ley alemana.

Además, la orientación general del Consejo incluye la posibilidad de que las empresas no pongan fin a la relación comercial si existe una expectativa razonable de que la terminación daría lugar a un impacto adverso que es más grave que el impacto adverso potencial que no podría prevenirse o mitigarse adecuadamente. Las relaciones comerciales también pueden mantenerse si no existe una alternativa disponible a una relación comercial que proporcione una materia prima, producto o servicio esencial para la producción de bienes o la prestación de servicios de la empresa y la terminación causaría un perjuicio sustancial a la empresa (artículo 7 (7) y artículo 8 (8) CSDDD).

Las enmiendas del Parlamento buscan alinear los elementos de diligencia debida requeridos por el texto de la propuesta con los principios y procesos de diligencia debida en derechos humanos que se espera que las empresas implementen según los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. También incluye otras áreas de conducta

empresarial responsable (incluso en relación con el medio ambiente) de acuerdo con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la orientación relacionada.

Aunque se menciona en los proyectos de la Comisión y del Consejo y se refleja en elementos de las disposiciones sobre diligencia debida y las definiciones asociadas, el PE se ha basado más claramente en estas normas y directrices de Derecho indicativo en varios aspectos significativos. Por ejemplo, las empresas deben identificar los impactos adversos que han “causado” o “contribuido”, y también aquellos a los que están “directamente vinculadas”, ampliando los impactos que deben identificarse. Estos términos reciben definiciones que buscan alinearse con los términos empleados en los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las Directrices de la OCDE.

Otros añadidos al texto propuestos por el PE requieren que los Estados miembros impongan obligaciones adicionales a las empresas que operan en contextos específicos con mayores riesgos asociados con impactos ambientales y de derechos humanos adversos. Por ejemplo, cuando operan en zonas en situación de conflicto armado, situaciones posteriores a conflictos, zonas ocupadas o anexionadas, o zonas con una gobernanza débil (como en Estados fallidos), los Estados miembros deben garantizar que las empresas lleven a cabo una *diligencia debida reforzada* y respeten el Derecho Internacional Humanitario. También se imponen obligaciones específicas a los Estados miembros para regular la diligencia debida de los inversores financieros con respecto a las empresas en las que invierten. Los Estados miembros deben presentar legislación para que los inversores institucionales y los gestores de activos estén obligados a adoptar las medidas adecuadas para garantizar que las empresas en las que se invierte pongan fin a los efectos adversos.

3.2.1. Integración de la diligencia debida en las políticas corporativas de buen gobierno

Las empresas integrarán la diligencia debida en sus políticas pertinentes y establecerán una política de diligencia debida. Esta política deberá ser objeto de revisión y actualización. Entre otros aspectos, la política de diligencia debida debe

contener un *código de conducta* que describa las reglas y principios que deben seguir los trabajadores de la empresa y sus filiales. Debe describir los efectos adversos o reales detectados y los procesos establecidos de diligencia debida (las medidas adoptadas para aplicarla en la cadena de valor, incluidas las pertinentes para incorporarla en su propio modelo de negocio, las prácticas de empleo y compra con entidades con las que la empresa mantiene una relación comercial y las adoptadas para supervisar y verificar las actividades de esta).

3.2.2. *Detección y evaluación de impactos adversos (reales o potenciales)*

Las empresas adoptarán las medidas adecuadas para detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales de sus actividades, filiales y relaciones comerciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Estas acciones deberán centrarse en la identificación de los impactos adversos más graves y probables (*risk-based approach*). Una vez identificados, las empresas deberán evaluar continuamente si hay nuevos impactos o si los impactos identificados han cambiado.

Para identificar estos impactos adversos, las empresas podrán utilizar recursos como informes independientes e información recabada mediante procedimientos de reclamación. Cuando sea preciso, las empresas realizarán consultas con potenciales grupos de afectados, incluyendo trabajadores y otros grupos de interés (*stakeholders*).

3.2.3. *Prevención y mitigación de potenciales impactos adversos*

Se exigirá a las empresas la adopción de medidas adecuadas para prevenir o, en su caso, mitigar impactos adversos potenciales. Entre otros, destacan los siguientes ejemplos de medidas:

- Desarrollo e implementación de un plan de acción, con plazos para la adopción de medidas e indicadores y medidores de mejora cuando sea preciso (por la naturaleza o complejidad de las medidas necesarias para la prevención). Para su desarrollo debe consultarse con las partes interesadas afectadas.
- Disposiciones contractuales con los socios comerciales de cumplimiento del código de conducta y, cuando sea necesario, del plan de acción. Estas disposiciones contractuales pueden incluir que los socios comerciales

establezcan, a su vez, disposiciones contractuales de sus contratistas que formen parte de la cadena de valor de la empresa.

Las enmiendas del Parlamento contemplan el deber de apoyar a los socios comerciales en el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. La mera incorporación de disposiciones contractuales no será suficiente para satisfacer las obligaciones de la Directiva.

- Apoyo (financiero y administrativo) a pymes con las que la empresa tenga relaciones comerciales cuando el cumplimiento del código de conducta o del plan de acción pudiese poner en peligro la viabilidad de la pyme. Se prevé la obligación de los Estados miembros de apoyar a las pymes para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la diligencia debida.

En caso de que no pudieran prevenirse o mitigarse adecuadamente potenciales impactos adversos con las medidas indicadas, las empresas adoptarán las siguientes medidas (respecto del socio comercial que ha generado el impacto adverso) de conformidad con la legislación aplicable:

- Abstenerse de celebrar nuevos contratos o de prorrogar contratos existentes;
- Suspender temporalmente las relaciones comerciales mientras se intenta la prevención o mitigación de los impactos adversos, y
- Resolver el contrato en relación con las actividades afectadas por el impacto adverso si este fuera grave.

Las enmiendas del Parlamento contemplan que no se resuelva el contrato cuando de ello resulten impactos más graves que los que se pretenden evitar.

3.2.4. Eliminación de los efectos adversos reales

Las empresas deberán adoptar medidas para poner fin a los efectos adversos reales y, cuando ello no sea posible, minimizar el alcance de tales efectos y seguir esforzándose por eliminarlos. Las medidas expuestas en el apartado anterior son igualmente aplicables para corregir los impactos adversos existentes. En concreto, son igualmente aplicables las medidas sobre disposiciones contractuales descritas en el apartado anterior, si los impactos adversos no pueden corregirse.

Se contempla como una medida correctiva el pago de indemnización por daños y perjuicios a las personas afectadas y el pago de compensaciones financieras a las comunidades afectadas (en proporción al impacto adverso

generado, a la contribución de la empresa a su generación y a los recursos y la influencia de la sociedad).

Las enmiendas del Parlamento Europeo contemplan, entre otras medidas, la adaptación de los modelos de negocios y prácticas de compra, incluidas las que contribuyen a salarios e ingresos dignos para los proveedores.

3.2.5. Reparación de efectos adversos reales

Las enmiendas del Parlamento han introducido una nueva obligación consistente en que, cuando una empresa haya causado un efecto adverso o haya contribuido a él, deberá adoptar las medidas apropiadas para reparar tal efecto y el posible daño que haya infligido a la población o al medio ambiente o para contribuir a su reparación.

La reparación de efectos adversos reales debe articularse mediante la adopción de medidas correctivas que tengan por objeto devolver a las personas y grupos o comunidades afectados o al medio ambiente a un estado equivalente o lo más próximo posible a su estado antes de dicho efecto.

Se identifican como posibles medidas la indemnización, la restitución, la rehabilitación, las disculpas públicas, el restablecimiento o una contribución a las investigaciones.

3.2.6. Colaboración significativa con los grupos de interés afectados

Otra inclusión del texto del Parlamento es la obligación de las empresas de adoptar medidas adecuadas para colaborar significativamente con los grupos de interés afectados que permitan una interacción y diálogo en su proceso de diligencia debida. Para ello, la colaboración abarca la información y la consulta de las partes interesadas afectadas será global, estructural, eficaz y oportuna, y tendrá en cuenta las cuestiones culturales y de género.

3.2.7. Mecanismo de notificación y reclamación extrajudicial

Las empresas deberán establecer mecanismos de notificación y de reclamación extrajudiciales efectivos y a disposición del público a nivel operativo a los que puedan recurrir las personas y organizaciones para presentar notificaciones o reclamaciones y solicitar reparación cuando tengan información legítima o

alberguen inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos o el medio ambiente.

El texto del Parlamento introduce una serie de enmiendas que colocan a la parte afectada en el centro del proceso, incluyendo la confidencialidad del proceso y una serie de requisitos adicionales a los previstos en la propuesta inicial de la Comisión Europea.

Estarán legitimadas para presentar estas reclamaciones *(i)* las personas afectadas por los impactos adversos (o que tengan fundamentos razonables para considerar que han sido afectadas); y *(ii)* los sindicatos y otros representantes de los trabajadores de la cadena de valor en cuestión. Es destacable que el Parlamento Europeo ha introducido una enmienda para reconocer una legitimación amplia para presentar denuncias a favor de “*personas físicas y jurídicas que defiendan los derechos humanos o el medio ambiente*”.

Los demandantes tendrán derecho a estar informados de la tramitación de su reclamación por parte de la empresa y a reunirse con representantes de la compañía.

3.2.8. Supervisión y verificación

Las empresas verificarán de forma constante la aplicación y supervisar la idoneidad y eficacia de las medidas que adopten conforme a la Directiva.

3.2.9. Comunicación

Las empresas deberán publicar en su página web una declaración anual sobre los aspectos regulados en la propuesta de Directiva. La declaración anual se publicará el 30 de abril, cubriendo el año anterior. Un cambio importante introducido por las enmiendas del Parlamento es que, al publicar las declaraciones anuales, las empresas deberán hacer accesible dicha información en el punto de acceso único europeo (PAUE).

3.2.10. Diligencia debida a nivel de grupo

El texto del Parlamento ha introducido la obligación de los Estados miembros de velar por que las sociedades matrices puedan realizar acciones que puedan contribuir a que sus filiales cumplan con sus obligaciones de diligencia que se les

apliquen. Esta posibilidad está condicionada a una serie de requisitos indicados en el texto del Parlamento.

3.3. Obligaciones de lucha contra el cambio climático

Lamentablemente, la propuesta de Directiva no establece una obligación de debida diligencia relativa al cambio climático. En cambio, prevé la obligación de adoptar un plan de transición climática que asegure que el modelo de negocio y estrategia de las empresas a las que aplique la Directiva es compatible con la transición hacia una economía sostenible y con el límite del calentamiento global de 1,5°C en línea con los Acuerdos de París y con los objetivos de la Unión Europea, como el objetivo de neutralidad climática para 2050 y el objetivo climático para 2030.

El ámbito de aplicación de esta obligación difiere en las posiciones de las diferentes instituciones:

Propuesta Comisión	Enmiendas PE
<p><u>Empresas constituidas en la UE (Grupo 1):</u> 500 empleados + volumen de negocio neto mundial > 150 M€</p> <p><u>Empresas constituidas en un tercer Estado (Grupo 1):</u> volumen de negocio neto en UE > 150 M€</p>	Todas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva

3.4. Inclusión de las empresas financieras

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea y las enmiendas del Parlamento Europeo incluyen a las empresas financieras reguladas dentro del ámbito de su aplicación. No obstante, el Consejo, en su posición negociadora, planteó que sean los Estados miembros quienes decidan su inclusión en el ámbito de aplicación a través de la legislación de transposición. Este es uno de los principales debates en la negociación entre instituciones.

En cuanto a las obligaciones de detección y evaluación de impactos adversos (reales o potenciales), las entidades financieras deberán identificar los impactos adversos antes de proveer sus servicios. Las enmiendas del Parlamento Europeo han matizado que la detección de impactos adversos deberá realizarse también en las operaciones financieras posteriores y en caso de que se notifiquen posibles riesgos a través de los procedimientos de reclamación.

Sobre la prevención, mitigación y eliminación de impactos adversos, en las enmiendas del Parlamento Europeo se establece como presunción que las empresas financieras están directamente vinculadas a un efecto adverso en su cadena de valor, aun cuando no lo hayan causado ni hayan contribuido a causarlo.

Por otro lado, se exceptúa de la obligación de resolver anticipadamente un contrato cuando rescindir el servicio financiero provoque un perjuicio sustancial a la entidad receptora de dicho servicio.

3.5. Obligaciones de inversores institucionales y gestores de activos

Las enmiendas del Parlamento Europeo contemplan obligaciones para los inversores institucionales y gestores de activos de colaborar con la empresa participada y de ejercicio de sus derechos de voto, con el objetivo de inducir al órgano de dirección de la empresa participada a eliminar los efectos adversos causados o minimizar su alcance.

Estas medidas exigidas a los inversores institucionales y gestores de activos tendrán que proporcionarse y considerar el grado de control que tengan sobre la sociedad participada.

3.6. Deberes de los administradores

En relación con las empresas constituidas en la Unión Europea y sujetas a la futura Directiva, se incluye un deber de diligencia que comprende el deber de los administradores de tener en consideración las consecuencias de sus decisiones sobre la sostenibilidad, los derechos humanos, el medio ambiente y el cambio climático (ya sea en el corto, medio y/o largo plazo). Las legislaciones nacionales deberán incluir el incumplimiento de esta obligación dentro del régimen de infracciones del deber diligencia.

La propuesta de la Comisión imponía el deber de velar por el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la empresa o sociedad a los administradores. Asimismo, establecía la obligación de los administradores de adaptar la estrategia corporativa de manera que tenga en cuenta los impactos adversos existentes y potenciales sobre los derechos humanos y medioambientales. Las enmiendas del Parlamento Europeo han suprimido estas obligaciones.

Hay un punto importante sobre remuneración variable en relación con cumplimiento de obligaciones de lucha contra el cambio climático. Las enmiendas del Parlamento Europeo concretan las previsiones iniciales de la propuesta de la Comisión y establecen que las empresas que tengan más de 1000 empleados de media deberán implementar una política corporativa que vincule la remuneración variable de los consejeros a su contribución a la estrategia de transición de la compañía.

Debe destacarse que la posición del Consejo propone la supresión de las anteriores previsiones. Por este motivo este es uno de los puntos candentes objeto de negociación entre las instituciones.

3.7. Autoridad nacional de supervisión

Cada Estado miembro atribuirá las facultades a una autoridad nacional para supervisar el cumplimiento de la legislación nacional de transposición de la Directiva.

Esa autoridad nacional tendrá poderes de inspección, podrá solicitar información a las empresas, ordenar el cese de incumplimientos y la adopción de medidas de remediación (proporcionadas a la infracción), imponer sanciones y adoptar medidas provisionales para evitar la producción de riesgos y daños irreparables. Adicionalmente, según el texto del Parlamento, las autoridades nacionales tendrán que publicar un informe anual en el que se describan, entre otros, sus actividades y los casos más graves que se hayan producido.

3.8. Responsabilidades en caso de incumplimiento

3.8.1. Sanciones

Los Estados miembros podrán establecer un régimen sancionador para las infracciones de las normas nacionales de transposición de la Directiva.

Las enmiendas del Parlamento estipulan que las sanciones de un Estado miembro deberían incluir, como mínimo, (i) sanciones pecuniarias, (ii) una declaración pública en la que consten la empresa responsable y la naturaleza de la infracción, (iii) la obligación de llevar a cabo una medida, también para poner fin a la conducta constitutiva de infracción y abstenerse de repetirla, (iv) la suspensión de los productos por lo que se refiere a la libertad de circulación o la exportación.

Todas estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y se harán públicas.

Por último, con respecto a las sanciones pecuniarias, deberán determinarse teniendo en cuenta la facturación neta mundial de la empresa (el Parlamento Europeo contempla que el límite máximo de las sanciones pecuniarias no podrá ser inferior al 5 % del volumen de negocios mundial neto de la empresa).

3.8.2. *Responsabilidad civil*

Las empresas responderán civilmente en caso de que (i) incumplan las obligaciones de prevención y mitigación, y (ii) causen un impacto adverso —que no habría sido identificado, prevenido, mitigado o remediado debido al anterior incumplimiento— que provoque daños y perjuicios.

Debe destacarse que en las enmiendas del Parlamento se ha suprimido la excepción de responsabilidad en el caso de que la empresa haya colaborado con *stakeholders*, haya incorporado garantías en sus contratos o haya comprobado terceros para sustentar la aplicación de aspectos específicos de sus obligaciones de diligencia.

Las enmiendas del Parlamento también aclaran, entre otras, las siguientes reglas:

- Plazo de prescripción, que para la interposición de demandas por daños y perjuicios no podrá ser inferior a diez años.
- Costas procesales, que deben mantenerse bajas para que los demandantes acudan a la justicia.
- Medidas cautelares, que pretendan el cese de una acción que pueda vulnerar la Directiva o el cumplimiento de una medida consignada en virtud de la Directiva.
- Legitimación de agentes pertinentes habilitados para que actúen en aras del interés público en nombre de una víctima o grupo de víctimas de efectos adversos, entre ellos legitimación de organizaciones de la sociedad civil para que puedan interponer acciones ante los tribunales en nombre de las víctimas.
- Pruebas respecto de las cuales los tribunales podrán ordenar la revelación por las empresas de aquéllas que se encuentren bajo su control cuando el denunciante aporte elementos que corroboren la probabilidad de la responsabilidad de la empresa y de la disposición por la empresa de dichas pruebas.

3.9. Ayudas públicas, contratación pública y concesiones públicas

La propuesta de Directiva establece que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en ella se considere uno de los aspectos medioambientales y sociales que deben tenerse en cuenta de conformidad con las normas aplicables a la concesión de ayudas públicas o a la adjudicación de contratos y concesiones públicas.

4. Conclusiones

En el momento de escribir estas páginas se ha producido la primera lectura por parte del Consejo del texto aprobado por el Parlamento y se da comienzo a la que se espera constituya la ronda final de negociaciones en el marco del triálogo.

La futura Directiva de la UE sobre la diligencia de sostenibilidad de las empresas representará un importante paso adelante a nivel mundial, por su carácter vinculante, su ámbito geográfico y la importancia económica de las actividades cubiertas, directamente o mediante relaciones comerciales y cadenas de suministro, y por la previsión de mecanismos de supervisión, aplicación y remedición. No obstante, en aspectos importantes, el proyecto de Directiva no guarda coherencia con los estándares de los Principios Rectores de las Naciones Unidas ni con otros estándares internacionales, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (actualizadas en la Reunión del Consejo Ministerial de la OCDE el pasado mes de junio de 2023), que constituyen un adecuado marco de estándares para reforzar el contenido de la futura Directiva.

El contenido actual de la propuesta tampoco se conforma plenamente con las obligaciones jurídicas existentes de la UE, así como sus compromisos políticos, mientras que ciertos elementos fundamentales pueden suponer grandes desafíos a la hora de su implementación y cumplimiento. En otros aspectos, el proyecto de Directiva no incorpora elementos que refuerzan su eficacia e impacto, directa e indirectamente, en relación con los compromisos de la UE en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible.

Las últimas informaciones indican que el Consejo de la Unión Europea, bajo Presidencia española, está favoreciendo la exclusión del sector financiero de la

propuesta de Directiva, posición respaldada particularmente por Francia. Esta consideración, de implementarse, podría posponer la aplicación de la directiva en las instituciones financieras. Además, en esta última ronda de negociaciones se pone de manifiesto una dirección similar en el contenido de la propuesta, delineando una versión “rebajada” de algunos aspectos clave.

En tal sentido, nos adherimos a posiciones expresadas desde la academia que abogan, como mínimo, porque el texto definitivo incluya los siguientes puntos:

- A) Que se aplique a la totalidad de la cadena global de valor, dentro y fuera de las fronteras de la UE, incluyendo el conjunto de relaciones comerciales, conforme al marco normativo supranacional antes mencionado.
- B) Que se incluya al sector financiero en su ámbito de aplicación (las instituciones financieras son cruciales para dar forma a sistemas económicos sostenibles, ejerciendo influencia sobre una amplia gama de sectores)
- C) Que se garanticen los derechos humanos y el medioambiente desde una perspectiva más amplia y conforme al marco normativo supranacional.
- D) Que se establezcan, con carácter obligatorio, las consultas y la participación de los titulares de derechos y partes interesadas.
- E) Que se garantice el acceso a la justicia impulsando la eliminación de las barreras legales y procedimentales para el acceso de las víctimas a la justicia.
- F) Que se incorpore la perspectiva de género estableciendo medidas y estrategias más eficaces para la protección de los derechos de las mujeres y las niñas.⁴²

Consideramos muy importante que la futura directiva integre los planes de transición climática dentro del deber general de diligencia debida. Las empresas deben estar obligadas no sólo a desarrollar, sino también a implementar efectivamente sus planes de transición climática. Estas obligaciones deben ser exigibles igual que otras obligaciones de diligencia debida bajo la directiva.

Asimismo, deben eliminarse las restricciones a la responsabilidad civil por daños que hayan sido “causados a una persona natural o jurídica” y sólo para casos en los que exista el objetivo “de proteger a la persona natural o jurídica” pues estas limitaciones podrían excluir los derechos que se disfrutaban colectivamente, como los derechos de los trabajadores, los sindicatos y los pueblos indígenas.

⁴² Manifiesto de representantes de la academia sobre la Directiva Europea sobre Diligencia Debida en Materia de Sostenibilidad Empresarial. Véase en <https://empresasresponsables.org/manifiesto-de-academicos-a-favor-de-una-directiva-de-diligencia-debida-ambiciosa/>

Finalmente, la responsabilidad civil debería aplicarse a las infracciones de todas las obligaciones que comprende la directiva. Las medidas de acceso a la justicia enumeradas en el informe del Parlamento Europeo deben ser incorporadas, incluida la posibilidad de revertir la carga de la prueba a nivel nacional, para mejorar el acceso de los demandantes-víctimas y garantizar efectivamente sus derechos.

La adopción de la CSDDD (y su posterior transposición por los Estados miembros de la UE) será una innovación significativa en el Derecho de sociedades de la UE. Para que efectivamente constituya un cambio de paradigma para los derechos de las personas y el medio ambiente, su contenido definitivo tendría que alejarse considerablemente de la versión “rebajada” por la que el Consejo de la Unión Europea se ha decantado.

5. Referencias

Comisión Europea, *Study on due diligence requirements on the supply chain*.

Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Aclaración de los conceptos de ‘Esfera de influencia’ y ‘Complicidad’*, UN Doc. No. A/HRC/8/16/, 15 de mayo de 2008.

Directiva sobre información no financiera de la UE, Directiva 2014/95/UE, con las directrices correspondientes. Disponible en:

<https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines>.

European Union, *Responsible Business Conduct Working Group, Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU*, marzo 2019. Disponible en: <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf>.

Manifiesto de representantes de la academia sobre la Directiva Europea sobre Diligencia Debida en Materia de Sostenibilidad Empresarial. Disponible en: <https://empresasresponsables.org/manifiesto-de-academicos-a-favor-de-una-directiva-de-diligencia-debida-ambiciosa/>

Márquez Carrasco, Carmen, “Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: orígenes, evolución y perspectivas de futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm 2, 2022.

Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC, 2012. Disponibles en: www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policias-Standards/Performance-Standards.

OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales: temas de conducta empresarial responsable*. Disponible en: http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf

———, *Directrices de la OCDE para empresas multinacionales 2011*. Disponibles en: <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>.

Propuesta de Reglamento (2023) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) no. 995/2010—.

Reglamento (UE) 2023/115, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 995/2010. Publicado en DOUE nº 150, de 9 de junio 2023.

Reglamento n ° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera *DO L 295 de 12.11.2010*, (Reglamento de la UE sobre la madera).

Ruggie, John, “Principios Rectores sobre la empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

Schilling-Vacaflor, Almut y Lenschow, Andrea, “Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges”, *Regulation & Governance*, 2021.

Políticas de Diversidad e Inclusión de los Órganos de Administración como Mecanismo para Mejorar la Gobernanza Corporativa y las Políticas de Medio Ambiente, Sociedad y Gobernanza (ESG)

Diversity and Inclusion Policies of Management Bodies as a Mechanism to Improve Corporate Governance and Environmental, Society and Governance (ESG) Policies

Fábio Martins Bonilha Curi⁴³

Pedro Gabriel Romanini Turra⁴⁴

Sumario: 1. Introducción; 2. De la gobernanza a los ESG; 3. Análisis de datos sobre políticas de diversidad en grandes empresas; 4. Importancia política y económica de la pluralidad en la gestión de grandes empresas; 5. Conclusiones; 6. Referencias

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo discutir la importancia de las políticas de diversidad e inclusión para los órganos de administración como mecanismo para mejorar el gobierno corporativo y las Políticas de Medio Ambiente, Sociedad y Gobernanza (ESG). Esto se debe a que, en la actualidad, existen fundamentos jurídicos nacionales e internacionales que respaldan la implementación de políticas que aseguran espacios de liderazgo integrados por un mayor nivel de diversidad. Además, también existe el reconocimiento por parte de los actuales ejecutivos de las grandes empresas de que la diversidad es una tendencia a seguir dentro de los órganos de decisión de las corporaciones, por lo que es una preocupación del mercado. Bajo estas premisas, este artículo pretende discutir la importancia de la diversidad de personas en la gestión de las grandes empresas como herramienta para mejorar las buenas prácticas ESG, en particular, en las sociedades cotizadas en bolsa

⁴³ Doctor en Derecho Comercial por la USP. Profesor colaborador del Programa de Posgrado en Derecho *strictu sensu* de FACAMP y abogado. Correo electrónico: fabio.curi@facamp.com.br.

⁴⁴ Maestro en Sustentabilidad por el Centro de Economía de Puc-Campinas. Profesor de la Licenciatura en Derecho de la Unidad Faculdade y abogado.

que, en teoría, tienen un estructura financiera que les permite un mayor rango de elección para sus gerentes.

Palabras clave: gobierno corporativo; ESG; diversidad; órganos administrativos; inclusión; Junta Directiva.

Abstract: This article aims to discuss the importance of diversity and inclusion policies for boards as a mechanism for improving corporate governance and ESG policies. This is because, currently, there are national and international legal foundations that support the implementation of policies that ensure leadership spaces composed of a higher level of diversity. In addition, there is also recognition by current executives of big companies that diversity is a trend that must be followed within the decision-making boards, and is therefore a market concern. Under these premises, this article intends to discuss the importance of the diversity of large companies as a tool for improving good ESG practices, in particular, in corporations listed on the stock exchange which, in theory, have an administrative and financial structure that allow them a greater range of choice for their managers.

Keywords: corporate governance; ESG; diversity; administrative bodies; inclusion; Board of Directors.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo debater a importância das políticas de diversidade e inclusão para órgãos de administração como mecanismo de aperfeiçoamento da governança corporativa e das políticas ESG. Isso porque, atualmente, já existem fundamentos legais nacionais e internacionais que dão subsídio para a implementação de políticas que assegurem espaços de liderança compostos com um maior nível diversidade. Além disso, há também o reconhecimento por parte dos atuais executivos de grandes empresas de que a diversidade é uma tendência que deve ser seguida dentro dos órgãos de decisão das corporações, sendo, portanto, uma preocupação de mercado. Sob tais premissas, o presente artigo pretende debater a importância da diversidade de pessoas na gestão das grandes empresas como uma ferramenta de aperfeiçoamento de boas práticas de ESG, em especial, nas sociedades

anônimas listadas na bolsa que, em tese, possuem estrutura administrativa e financeiras que lhes permitem uma gama maior de escolha para seus gestores.

Palavras-chave: governança corporativa; ESG; diversidade; órgãos administrativos; inclusão; conselho administrativo.

1. Introdução

Las sociedades anónimas que cotizan en la bolsa reflejan la economía del país, ya que representan el principal indicador de desempeño bursátil que, en Brasil, actualmente está restringido al Ibovespa B3.⁴⁵ Por tanto, lo que se espera de estas empresas es que tengan un alto grado de compromiso con sus políticas de gobernanza corporativa, de modo que todas las partes interesadas tengan acceso a información que les permita ostentar un grado de confiabilidad suficiente para demostrar su solidez.

Resulta que la gobernanza corporativa, que se desarrolló en la década de 1970, se preocupó por garantizar la transparencia y la información en la provisión de cuentas financieras, ganando actualmente nuevas perspectivas y nuevas preocupaciones, reflejando otros sectores sociales que requieren mayor diversidad y prácticas inclusivas en la gestión empresarial. Tales preocupaciones están plasmadas en las siglas, de origen inglés, ESG —*Environment, Social and Governance*, que en portugués tiene el mismo significado que ASG— *Ambiente, Social e Governança*.

Las prácticas denominadas ESG están en expansión cada vez más y van mucho más allá de los aspectos económicos y la protección de los socios minoritarios. Actualmente, existe un debate sobre la necesidad de que las empresas se comprometan efectivamente con la sociedad a la que llegan (*stakeholders*), incluso en lo que respecta a la implementación de políticas de inclusión y diversidad.

⁴⁵ Según el sitio institucional, IBOVESBA B3 es el principal indicador del desempeño de las acciones más negociadas en la bolsa y, desde mayo de 2023, cuenta con 83 empresas brasileñas. “Para formar parte de la cartera B3 del Ibovespa, las empresas cotizadas deben cumplir ciertos requisitos, como haber sido negociadas en el 95% de las sesiones en los últimos 3 años y tener movimientos equivalentes a por menos el 0,1% del volumen financiero del mercado spot en el mismo periodo. Las acciones clasificadas como *penny stocks*, es decir, negociadas por un valor inferior a R\$ 1,00, no son elegibles para ingresar al índice”. Disponible en https://www.b3.com.br/pt_br/noticias/nova-carteira-do-ibovespa-b3-tem-86-papeis.htm.

Lo que inicialmente puede parecer una lucha de carácter eminentemente político (que ciertamente lo es, dado que parte del supuesto aristotélico de que el hombre es un ser político), adquiere otros supuestos, incluido el de carácter económico, cuando se encuentran investigaciones que muestran que las empresas cuya gestión es más plural tienden a tener mejores resultados financieros. A partir de ahí, la discusión comienza a analizarse bajo otras premisas y con intereses diversos.

Este artículo tiene como objetivo comprender la importancia de la diversidad de personas en la gestión de grandes empresas que operan en Brasil como herramienta para mejorar las buenas prácticas ESG, especialmente en las sociedades anónimas que cotizan en bolsa y que, en teoría, tienen una estructura administrativa y financiera que les permite una mayor gama de opciones para sus directivos.

El objeto del presente estudio es analizar, sin pretender agotar el tema, estudios empíricos que demuestran el perfil de los directivos en estas empresas; y otros que demuestran impactos financieros en empresas más diversas. Antes de este análisis, sin embargo, es necesario contextualizar el tema de manera doctrinal y científica para que se pueda comprender el concepto de gobernanza y la evolución del tema en los últimos años.

Se trata, por tanto, de un estudio teórico de carácter deductivo que aprovechará datos empíricos ya producidos con el objetivo de concluir la importancia de una gestión plural y diversa como instrumento importante para mejorar la gobernanza corporativa.

2. De la gobernanza a los ESG

El análisis etimológico de la expresión “gobernanza corporativa” dice mucho, Carlos Portugal Gouvêa realizó este análisis para concluir que “gobernanza” tiene un significado similar tanto en latín como en el griego y se refiere a formas de conducción practicadas por quien gobierna (piloto). La expresión “corporación” se refiere a la expresión jurídica romana que definía entidades colectivas o asociaciones de personas que formaban una unidad. El autor dice *in verbis*:

La etimología de “governanza” es la misma que la de “gobierno”. Ambas palabras se remontan al vocablo griego *κυβερνα*, cuyo significado literal era 'sujetar el timón', es decir, dirigir un barco. El término correspondiente en latín, *gubernare*, designa el acto de alguien que guía un barco, donde *gubernator* significa “piloto”. Fue a partir de este origen que se incorporaron al idioma inglés vocablos como *govern*, relacionado con el ejercicio de la autoridad para decidir, o *governance*, vinculado a la tipificación de formas de gobernar.⁴⁶

En otras palabras, etimológicamente la gobernanza corporativa se refiere a formas de gestión de entidades colectivas. Para Lodi, la gobernanza corporativa se define como: “el papel que los consejos de administración comenzaron a desempeñar para mejorar las ganancias de los accionistas y arbitrar los conflictos existentes entre accionistas, administradores, auditores externos, accionistas minoritarios, consejos fiscales (en Brasil) y stakeholders: empleados, acreedores y clientes”.⁴⁷

Un concepto muy similar lo ha dado el Instituto Brasileño de Gobierno Corporativo —IBGC—, que en su sitio web institucional señala que: “La gobernanza corporativa es el sistema mediante el cual se dirigen, supervisan e incentivan las empresas y otras organizaciones, involucrando las relaciones entre los socios, el consejo de administración, los órganos de dirección, supervisión y control y otras partes interesadas”.⁴⁸

Es claro que el concepto de gobernanza tiene un carácter subjetivo que está estrechamente vinculado a la ética y la transparencia. Esta subjetividad, de hecho, está bastante presente en la legislación privada actual; no por otra razón, Camargo⁴⁹ afirma que algunos núcleos fundamentales de la gobernanza están en línea con los principios rectores del Código Civil de 2002, a saber, la transparencia, la rendición de cuentas, la equidad y la responsabilidad corporativa.

De manera más pragmática, es posible afirmar que, a partir de la década de 1970, la gobernanza corporativa comenzó a ser utilizada para sintetizar

⁴⁶ Portugal Gouvêa, Carlos, *A Estrutura da Governança Corporativa*, São Paulo, Quartier Latin, 2022, p. 27. Traducción libre.

⁴⁷ Bosco Lodi, João, *Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração*, Campus, 2000, p. 19. Traducción libre.

⁴⁸ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “Governança Corporativa”. Disponible en ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa.

⁴⁹ Soares de Camargo, Andre Antunes, “O Código Civil de 2002 e a Governança Corporativa” en, Barbosa, Henrique; Silva y Ferreira Da Silva, Jorge Cesa, *A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil. Org.*, São Paulo, Quartier Latin, 2021, vol. 2, p. 185.

instrumentos de control y seguimiento de las empresas que tenían como objetivo garantizar una mayor transparencia y un trato igualitario entre los socios, reduciendo así lo que Jensen & Meckling denominaron conflicto de agencia: “El conflicto de agencia es la posibilidad de divergencia de intereses entre accionistas y gerentes, donde uno intenta aprovecharse del otro en la misma situación. Implica problemas de asimetría de información entre el agente y el propietario y forma parte de las consideraciones de Jensen & Meckling (1976)”.⁵⁰

Es importante señalar que las preocupaciones iniciales de gobernanza se centraron en cuestiones financieras, por la única razón de que, a partir de la década de 1990, hubo un gran desarrollo de las prácticas de auditoría, centrándose siempre en la rendición de cuentas (*accountability*) y la calidad de la información (asimetría de las informaciones) con el fin de garantizar un trato financiero más equitativo entre accionistas mayoritarios y minoritarios. Un ejemplo de este momento son los informes *CADBURY* creados por los ingleses:

El estudio del gobierno corporativo comenzó a ganar importancia en la década de 1990, con la publicación del Informe del Comité sobre los Aspectos Financieros del Gobierno Corporativo en el Reino Unido. Esta publicación, que pasó a ser conocida popularmente como *Informe Cadbury*, fue elaborada por una comisión apoyada por el *Financial Report Council* (el organismo regulador de auditores, contadores y actuarios en el Reino Unido e Irlanda), la Bolsa de Valores de Londres y los contadores del país tenía como objetivo 'contribuir positivamente a la promoción del buen gobierno [corporativo] en el Reino Unido. El trabajo se basó en la necesidad identificada por estos organismos debido a importantes fraudes corporativos descubiertos en años anteriores, como los que involucran a las empresas Maxwell Communications Polly Peck y BCCI.⁵¹

A partir de la década de 2000, las preocupaciones financieras continuaron, sin embargo, surgieron otras, ya que además de los socios minoritarios, surgieron mayores inquietudes con la comunidad afectada por la empresa (*stakeholders*) como cuidado de tipo ambiental (ESG), resultado de las presiones internacionales sobre la tema, de organizaciones como la ONU. Reflexionar sobre los *stakeholders* involucrados en el proceso de liderazgo de la compañía es parte de

⁵⁰ Jensen & Meckling (1976) citados por Nassiff, Elaina, y Lobo de Souza, Crisomar, “Conflitos de agência e governança corporativa”, *Caderno de Administração*, vol. 7, núm. 1, 2013, p. 2. Traducción libre.

⁵¹ Nohara Gonçalves Irene *et al.* *Governança e Compliance nas Estatais Brasileiras*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponible en 3. *Governança e Compliance nas Estatais Brasileiras - Governança e Compliance nas Estatais | Jusbrasil Doutrina*. Traducción libre.

un desafío actual ante las tendencias ESG, que vienen impulsando cambios estructurales en estas organizaciones. Según el sitio web institucional del “pacto global” de la ONU para combatir la corrupción el termino ESG:

fue acuñado en 2004 en una publicación del Pacto Mundial en colaboración con el Banco Mundial, llamada *Who Cares Wins*. Surgió de una provocación del Secretario General de la ONU, Kofi Annan, a 50 directores ejecutivos de grandes instituciones financieras, sobre cómo integrar factores sociales, ambientales y de gobernanza en el mercado de capitales. Casi al mismo tiempo, UNEP-FI publicó el informe *Freshfield*, que mostró la importancia de integrar factores ESG para la evaluación financiera. En 2006, los PRI (Principios de Inversión Responsable), que hoy cuenta con más de 3 mil firmantes, con activos bajo gestión que superan los 100 billones de dólares – en 2019, el PRI creció alrededor del 20%.⁵²

Resulta que entre las preocupaciones sociales en el entorno empresarial la lucha por la inclusión ha ganado espacio en la agenda, con demandas de mayor acción y participación diversa en los puestos de alta dirección. Se trata de un movimiento político legítimo que refleja una sociedad, aparentemente, más proclive al debate sobre algo básico: si nuestra sociedad es tan plural y diversa, ¿por qué no lo es la gestión empresarial? Ahora bien, la respuesta a esta pregunta tiene profundas raíces históricas y sociológicas, pero sigue siendo fundamental.

En el mismo sentido de la pregunta se adquiere también un interesante giro económico, pues los pensamientos plurales aparentemente mejoran la gestión de la sociedad y, en consecuencia, pueden generar mejores resultados económicos para las empresas.

Más concretamente, partimos de las siguientes premisas: si comparamos una empresa que cotizaba en bolsa en 1970 en Brasil y una empresa que cotiza actualmente, en 2023, es posible notar una gran diferencia en el perfil de los contratos de trabajo; una gran diferencia en el perfil de los accionistas y una gran diferencia en el perfil de los consumidores, pero ¿existen grandes diferencias en el perfil de la alta dirección? Los datos descritos en el siguiente ítem ayudan a construir una respuesta a estas preguntas.

⁵² UM Global Compact, Pacto Global, Rede Brasil, *ESG, Entenda o significado da sigla ESG (Ambiental, Social e Governança) e saiba como inserir esses princípios no dia a dia de sua empresa*. Disponible en actoglobal.org.br/pg/esg. Traducción libre.

3. Análisis de datos sobre políticas de diversidad en grandes empresas

La diversidad de género presente en los consejos administrativos de las empresas es una métrica del grado de sostenibilidad de la empresa que existe desde hace algunos años. En Europa, por ejemplo, el Reglamento de Divulgación de finanzas Sostenibles (*Sustainable Finance Disclosure Regulation SFDR*) exige que las empresas que cotizan en bolsa informen constantemente sobre la participación de mujeres en sus Consejos de Administración.

En 2015, el primer estudio de la serie *Diversity Matters* de McKinsey investigó la relación entre el nivel de diversidad (definida como una mayor proporción de mujeres y una composición étnica/racial más variada en el liderazgo de las grandes empresas) y el desempeño financiero. Este análisis reveló una relación estadísticamente significativa entre tener un equipo de liderazgo más diverso y un desempeño financiero más sólido.

Las empresas en el cuartil superior de diversidad de género tenían un 15% más de probabilidades de obtener retornos financieros superiores a la media de su respectiva industria nacional que las empresas en el cuartil inferior.⁵³

En Brasil, sin embargo, el 18 de diciembre de 2020 ocurrió un hecho sin precedentes, que abrió el abismo social en cuanto a las posiciones de liderazgo en la sociedad brasileña. El Grupo Soma, propietario de las marcas FARM y Animale, nombró a Rachel Maia para su junta directiva, marcando la primera vez en la historia que una mujer negra ocupara un puesto en el consejo de una empresa que cotiza en Brasil.⁵⁴

Desde la perspectiva de Donnagio,⁵⁵ la diversidad de género en la alta dirección debería verse como una prioridad por dos razones principales: por un

⁵³ McKinsey & Company, *Diversity Matters, América Latina. Porque empresas que adotam a diversidade são mais saudáveis felizes e rentáveis*, Brasil, Oportunity Tree, 2020, p. 19. Disponible en <http://arquivos.saebrasil.org.br/ProgramaDiversidade/ConversasInspiradoras/DiversityMattersPT%20Diversidade%20McKinsey%202020.pdf>.

⁵⁴ Arbex, Pedro, "Soma recruta Rachel Maia; primeira mulher negra num conselho", *Brazil Journal, Negócios*, 18 de diciembre de 2020. Disponible en <https://braziljournal.com/soma-recruta-rachel-maia-primeira-mulher-negra-num-conselho/>.

⁵⁵ Di Miceli Da Silveira, Alexandre y Franco Donnagio, Angela Rita, "A importância da diversidade de gênero nos conselhos de administração para a promoção da responsabilidade social corporativa", *Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, Vol. 2, núm. 2, febrero 2020, p. 21.

lado, porque contribuye directamente a los principios de la ONU sobre el empoderamiento de las mujeres. Por otro, por contribuir indirectamente a la promoción de los principios del pacto global, particularmente los relacionados con el medio ambiente y la lucha contra la corrupción.

A finales de 2021, B3 llevó a cabo una encuesta sin precedentes, que analizó la cuestión de la paridad de género en 408 empresas que cotizan en bolsa. El objetivo era demostrar la participación femenina entre los directores estatutarios y de los Consejos de Administración. Con el mapeo, B3 pretendía reforzar el debate sobre la diversidad en el mundo empresarial brasileño y estimular la reflexión sobre el papel de las empresas en la sociedad, con datos relevantes en la perspectiva brasileña para comprender la participación femenina en los Consejos de Administración.⁵⁶

Nivel	No hay presencia femenina o solo hay una mujer	Presencia de dos mujeres en el Consejo de Administración.	Presencia de tres o más mujeres en el Consejo de Administración.
Nivel básico	81%	13%	6%
Nivel 1	70%	26%	4%
Nivel 2	79%	17%	4%
Nuevo mercado	75%	18%	7%

Fuente: B3 - Inversoras en bolsa, las mujeres aún están lejos de ocupar puestos directivos en empresas que cotizan en bolsa.

Respecto a los datos extraídos de la investigación, entre las empresas que cotizan en el nivel básico, el 81% no registra presencia femenina en el Consejo de Administración o tiene solo una integrante femenina. Este porcentaje es del 70% entre las empresas de nivel 1, del 79% entre las empresas de nivel 2 y del 75% cuando evaluamos las del nuevo mercado. El número de empresas con tres o más mujeres en el directorio no supera el 7% entre las empresas que cotizan en el nuevo mercado, el 4% en los niveles 1 y 2 y el 6% en el nivel básico. La selección de empresas con dos mujeres en el Consejo Directivo arroja la siguiente realidad:

⁵⁶ B3, Estudio de Diversidade, “Investidoras no mercado de ações, mulheres ainda estão”, 2021. Disponible en https://www.b3.com.br/pt_br/noticias/estudo-de-diversidade-mostra-que-ainda-faltam-mulheres-em-cargos-de-direcao.htm

26% de empresas de nivel 1; 18% en nuevo mercado; 17% en el nivel 2 y 13% en el básico.

Además de los datos observados en el cuadro anterior, el estudio concluyó que el 45% (cuarenta y cinco por ciento) de las empresas no cuentan con participación femenina en el Consejo de Administración y el 32% (treinta y dos por ciento) tienen una mujer.

En una audiencia pública celebrada por B3, en agosto de 2022, para discutir las reglas de diversidad en los Consejos de Administración, se revelaron una serie de datos. Una tendencia liderada por países como Estados Unidos y Reino Unido, que han establecido regulaciones sobre diversidad en los Consejos, en línea con las prácticas ESG. Según la propuesta, para 2026, las empresas que cotizan en bolsa, independientemente de su nivel, deberán tener al menos una mujer y un “miembro de una comunidad minoritaria” en el Consejo o la Dirección. Y en este punto la cuestión de género y raza se cruzan, revelando el distanciamiento en la cuestión racial.⁵⁷

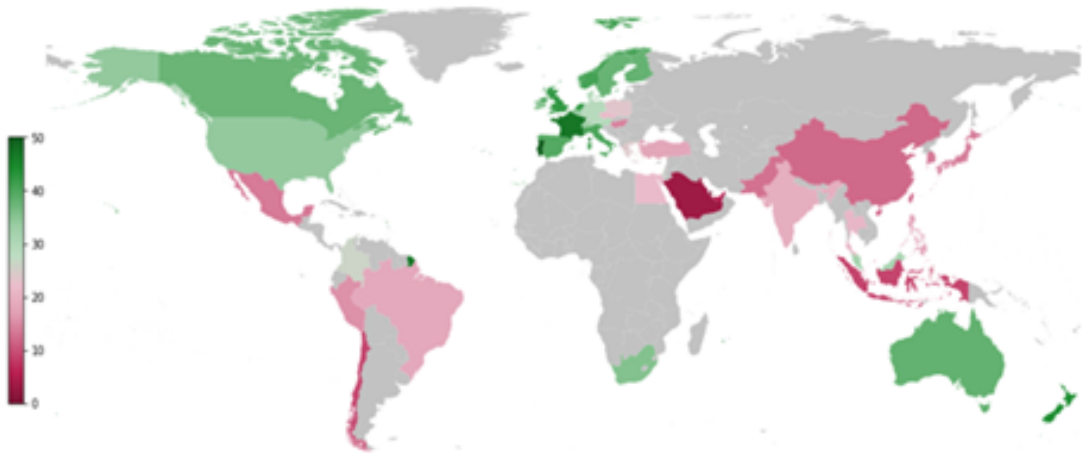
En noviembre de 2022, los índices norteamericanos vinculados a *ESG Standard and Poor's* (S&P) publicaron importantes conclusiones sobre la diversidad de género en los Consejos de Administración. Según Kieran Trevor,⁵⁸ analista del citado índice,⁵⁹ la proporción de mujeres en los Consejos de Administración varía significativamente entre países y regiones del mundo, como se puede observar en el siguiente gráfico:

⁵⁷ Araujo, Jandaraci, “Diversidade em conselhos: onde estão as mulheres negras?”, *JOTA*, 7 de febrero de 2023. Disponible en <https://www.jota.info/coberturas-especiais/diversidade/diversidade-em-conselhos-onde-estao-as-mulheres-negras-07022023>

⁵⁸ Trevor, Kieran, “Measuring Board Gender Diversity across S&P ESG Indices”, Ideology Blog, 16 de noviembre 2022. Disponible en *blog Indexology®* em 16 de novembro de 2022.

⁵⁹ KPMG, “Demanda por mais diversidade e inclusão nos conselhos de... Alta administração reconhece a importância de diferentes pontos de vista para debates enriquecedores e desenvolvimento de estratégias”. Disponible en <https://kpmg.com/br/pt/home/insights/2022/04/formacao-conselhos-administracao-exige-diversidade.html>.

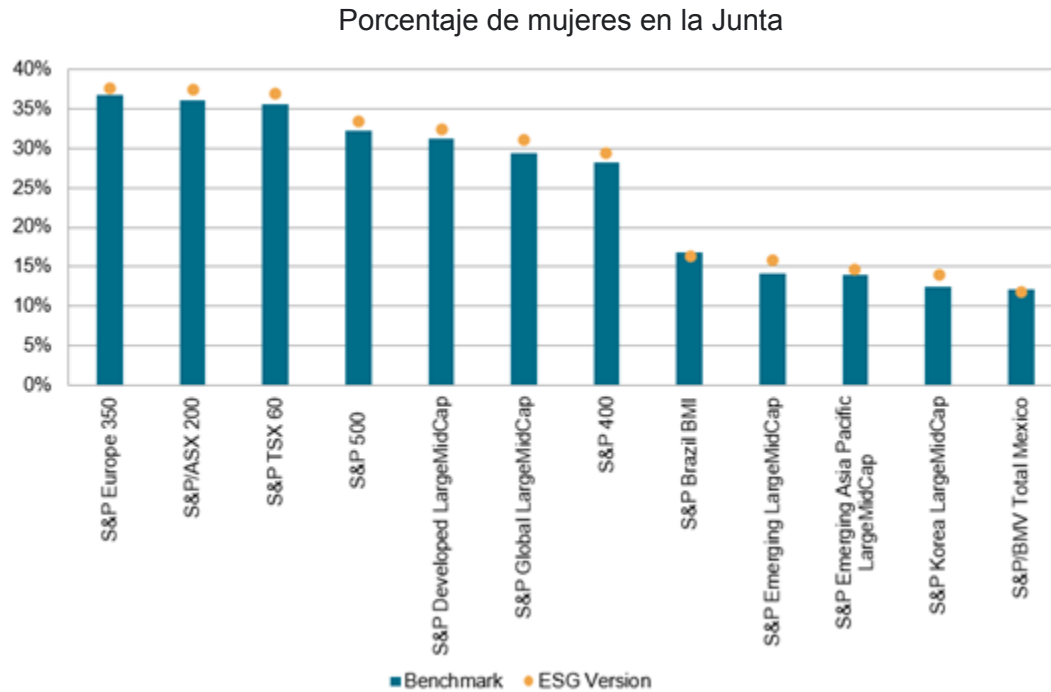
Imágen 1: Porcentaje media de mujeres en los Consejos a nivel mundial



Fuente: S&P Dow Jones Índices LLC. Datos del 30 de septiembre de 2022. Este cuadro es suministrado para efectos ilustrativos.

Según la investigación mencionada, Francia tiene el mayor equilibrio de género, lo que probablemente sea reflejo del requisito legal en ese país que impone una participación mínima del 40% (cuarenta por ciento) de mujeres, mientras que en Brasil el promedio varía entre el 10% (diez por ciento) al 25% (veinticinco por ciento) de participación femenina. Según la misma investigación, las empresas que tienen índices ESG tienen una mayor diversidad de género en sus directorios que sus competidores no ESG, excepto en Brasil y México:

Gráfica 1: Los Índices S&P ESG Generalmente tienen una diversidad de género más amplia que sus puntos de referencia



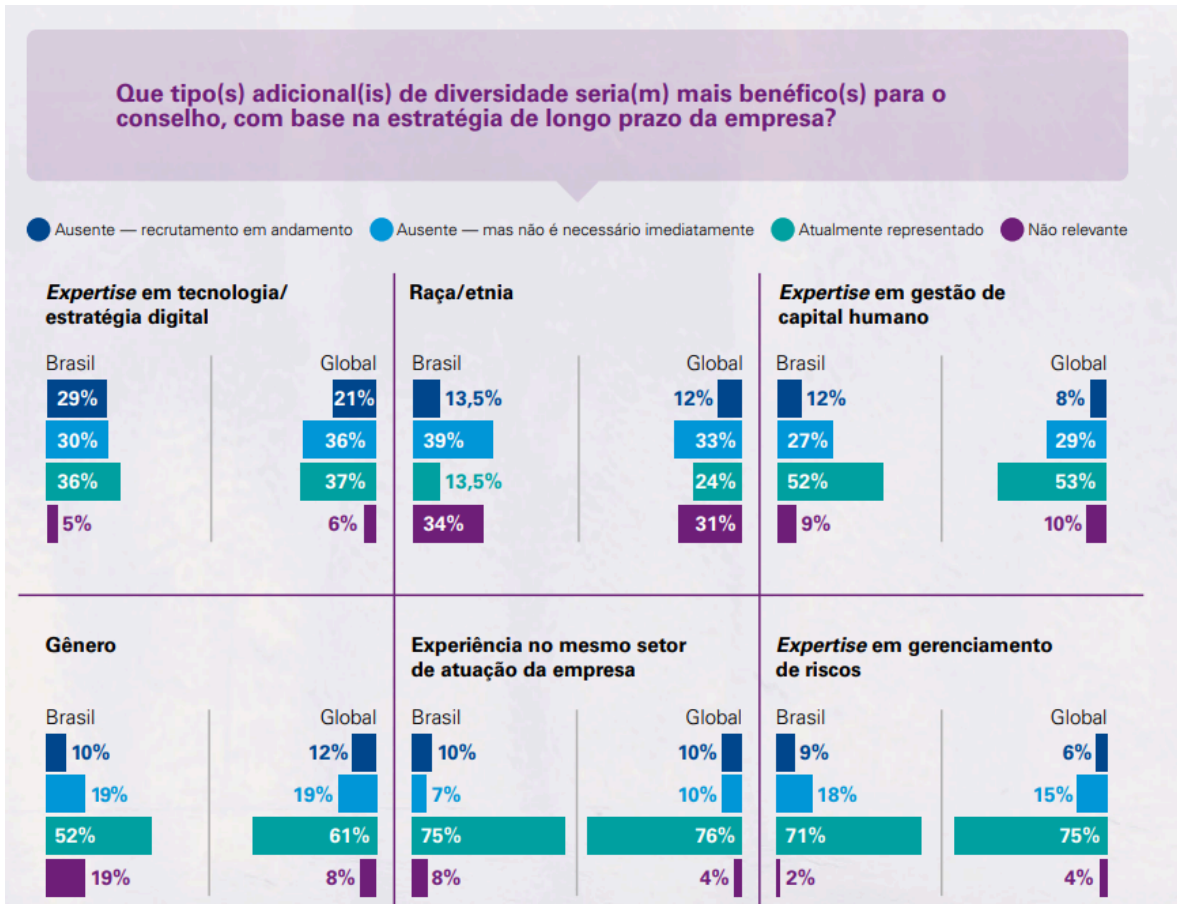
Fuente: S&P Dow Jones Índices LLC. Datos del 30 de septiembre de 2022. El cuadro se provee para propósitos ilustrativos.

La investigación realizada por KPMG⁶⁰ proporciona datos más detallados sobre Brasil y analiza un análisis más amplio de la diversidad en los Consejos de Administración. Entre las conclusiones que arroja la investigación antes mencionada, se destaca que: el 69% (sesenta y nueve por ciento) de los consejeros entrevistados cambiaría la composición de los Consejos que integran; el 72% (setenta y dos por ciento) piensa que la ausencia de diferentes puntos de vista puede dificultar la identificación de deficiencias u oportunidades en la conducción del negocio; el 58% (cincuenta y ocho por ciento) cree que la diversidad en los Consejos de Administración juegan un papel relevante o muy relevante a la hora de evaluar el papel social de las empresas y el 62% (sesenta y

⁶⁰ KPMG, *Diversidade Nos Conselhos de Administração: Pesquisa Global*, ACI Institute, Brasil, 2022. Demanda por mais diversidade e inclusão nos conselhos de Alta administração reconhece a importância de diferentes pontos de vista para debates enriquecedores e desenvolvimento de estratégias. Disponible en <https://kpmg.com/br/pt/home/insights/2022/04/formacao-conselhos-administracao-exige-diversidade.html>.

dos por ciento) cree que los aspectos estratégicos y competitivos serán los factores que mayor influencia tendrán en la contratación y cambio en la composición del Consejo de Administración en los próximos años. La siguiente gráfica muestra qué tipos de diversidad los encuestados perciben como más beneficiosos a largo plazo para las empresas:

Gráfica 2: Tipos de diversidades más beneficiosos según encuesta



Fuente: KPGM *Diversidade Nos Conselhos de Administração: Pesquisa Global*, ACI Institute, Brasil, 2022.

Se puede observar que, a diferencia de las otras investigaciones presentadas anteriormente, esta última va más allá de la diversidad de género y analiza la diversidad desde distintas perspectivas, permitiendo un análisis más amplio y concreto del tema, porque cuando hablamos de políticas de inclusión, ¿cuál es la búsqueda? es por una participación diversa que efectivamente vaya

más allá del análisis de género y refleje la diversidad que existe en la sociedad en su conjunto.

En cualquier caso, a partir de los datos presentados, se puede concluir que, en los últimos cinco años, se ha producido un aumento significativo por parte de las grandes empresas globales en la pluralización de sus órganos de administración y, como ya se ha dicho anteriormente, se trata de un tema político de interés social. Sin embargo, se cree que detrás de esta preocupación por la pluralidad también subyacen intereses económicos, lo que se demostrará en el siguiente punto.

4. Importancia política y económica de la pluralidad en la gestión de grandes empresas

Para Portugal Gouvêa,⁶¹ cuando se habla de diversidad en la alta dirección de las empresas públicas, se preserva, en el caso brasileño, un modelo de gobierno corporativo que no sólo es patrimonial en su estructura, sino que coquetea constantemente con la distorsión de su control hacia un régimen totalitario dogmático.

El autor indica que esto impide el desarrollo del sistema económico, manteniendo a la sociedad en un nivel de bajo desarrollo permanente, como el experimentado en las últimas décadas en Brasil. Por lo tanto, ignorar la diversidad hará que las empresas brasileñas se alejen profundamente de la realidad de sus competidores en los países capitalistas centrales, con el riesgo inherente de ampliar la desigualdad social internacional y nacional en detrimento de la sociedad brasileña.

En el seno del instituto, Kraakman⁶² se afirma que es necesario analizar el espacio de toma de decisiones, que es el elemento básico para el éxito de una sociedad empresarial. La decisión por mayoría de votos de los socios es la regla que se aplica para realizar negocios de distintos tipos societarios, sin embargo,

⁶¹ Portugal Gouvêa, Carlos, "Governança Corporativa e Diversidade Racial no Brasil: um Retrato das Companhias Abertas", 2022, p. 33. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4077326>.

⁶² Armour, John; Hansmann, Henry; Kraakman, Reinier y Pargendler, Mariana, "O Que é Direito Societário?", en Kraakman, Reinier *et al.* *A Anatomia do Direito Societário: uma Abordagem Comparada e Funcional*, São Paulo, Singular, 2018, pp. 49-51.

estas asignaciones, especialmente aquellas que requieren unanimidad, resultan poco prácticas cuando reflexionamos sobre el número de accionistas, característica esencial de la Sociedad Anónima. En este tipo societario se adopta la administración delegada, de modo que parte de las decisiones corporativas de la empresa se atribuyen a un directorio. Podemos observar ejemplos de deliberaciones de asambleas generales como reformas estatutarias u operaciones de reorganización empresarial.

Al analizar la perspectiva jurídica, dada la complejidad y el volumen de capital presente en las Sociedades Anónimas, es imperativo el artículo 138 de la Ley 6.404/1976 al señalar que la gestión de la sociedad será responsabilidad del Directorio y del Consejo de Administración, o sólo del Consejo de Administración, según lo dispuesto en el estatuto. Siguiendo este mismo artículo, se observa que la Junta Directiva se conceptualiza como un órgano colegiado de deliberación.

Según Tavares Borba,⁶³ el Consejo de Administración, en la estructura orgánica de la empresa, se sitúa en una posición intermedia entre la Asamblea y el Consejo Directivo, con facultades de autorizar la venta de activos no corrientes; la constitución de gravámenes reales y la constitución de garantías y obligaciones de terceros, de conformidad con el artículo 142 de la Ley 6.404/1976.

En este sentido, es claro que los Consejos de Administración son fundamentales para las empresas comerciales, pues constituyen un vínculo entre accionistas y ejecutivos, sirviendo de vínculo entre quienes aprueban el capital y quienes lo aplican para generar valor.

El artículo 147 de la Ley 6.404/1976 trata de los requisitos e impedimentos para la investidura de un cargo directivo de empresa, y las condiciones no se refieren a la competencia técnica ni al currículum del administrador. Se advierte sobre las personas impedidas por una ley especial o condenadas por los delitos allí descritos (artículo 147, §1).

En la misma ley existen algunos parámetros más objetivos respecto de quiénes deben figurar en estos cargos, siendo inicialmente el artículo 117, §1, inciso d, que establece que una de las formas de ejercicio abusivo del poder por

⁶³ Borba Tavares, José Edwaldo, *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Editora Atlas, 2020, p. 48.

parte del controlador es “elegir administrador o inspector que se sepa incapaz moral o técnicamente”; y el artículo 152 determina que la Junta deberá fijar la remuneración de los administradores “teniendo en cuenta sus responsabilidades, el tiempo dedicado a sus funciones, su competencia y reputación profesional y el valor de sus servicios en el mercado”.

Superados los elementos legislativos sobre quiénes deben estar presentes en este órgano tan relevante, es necesario observar lo que se ha practicado.

A partir de la investigación mencionada anteriormente, es posible identificar una tendencia hacia una mayor diversidad como preocupación del mercado. Además, en los estudios de McKinsey⁶⁴ es posible identificar que las empresas que se destacan en diversidad tienden a definir el liderazgo inclusivo como una competencia esencial, ejemplificada por los líderes, medida en evaluaciones y apoyada en iniciativas de capacitación.

Una de las directrices para las empresas debería ser responsabilizar a los ejecutivos y altos directivos por el cumplimiento de los objetivos de diversidad, así como monitorear activamente el progreso a través de paneles visibles en toda la organización. Por lo tanto, el CEO, el equipo ejecutivo y la Junta Directiva deben contar con la aceptación al más alto nivel en lo que respecta a la diversidad.

Por lo tanto, está claro que existe una base teórica y práctica para las preocupaciones sobre la diversidad en la conducción de las grandes empresas. Pero todavía más, una orden legislativa para tal situación, porque al menos en Brasil, no se puede perder de vista los dispositivos convincentes que deben de orientar esa toma de decisión dentro de las sociedades anónimas, cualquiera que sea la meta de la función social de la empresa. En este sentido, el artículo 154 de la Ley nº 6.404/1976 establece expresamente que: “el administrador debe ejercer las funciones que la ley y el estatuto le confieren para la realización de los fines y el interés de la empresa, satisfaciendo las exigencias del bien público y de la función social de la empresa”.

Al observar que la propia disposición legal se guía por el principio de la función social de la empresa, es fundamental que esta práctica esté presente en

⁶⁴ McKinsey & Company, Diversity Matters... *op. cit.* nota 11.

toda la estructura de la empresa. Por lo tanto, es necesario reflexionar sobre una postura ESG integral, especialmente en lo que respecta al espacio de las cuestiones inclusivas, incluso dentro de la alta dirección corporativa.

Cuando la agenda es permeada por la cuestión de género, es necesario considerar el ODS 5⁶⁵ (Objetivo de Desarrollo Sostenible), que pretende alcanzar la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas, siendo uno de estos aspectos a través del 5.5, asegurar la plena y efectiva participación de las mujeres en igualdad de oportunidades de liderazgo en todos los niveles de toma de decisiones en la vida política, económica y pública. Por lo tanto, los espacios de liderazgo garantizados para las mujeres son fundamentales para lograr este objetivo. Cuando la agenda se centra en cuestiones raciales, hay una base aún más sólida, consolidada en el texto de la ley. A estos efectos, vale la pena observar el artículo 39 de la Ley n° 12.288/2010, Estatuto de Igualdad Racial, establece:

Art. 39. Los poderes públicos promoverán acciones que aseguren la igualdad de oportunidades en el mercado laboral para la población negra, incluso mediante la implementación de medidas encaminadas a promover la igualdad en la contratación en el sector público y fomentar la adopción de medidas similares en las empresas y organizaciones privadas.

§ 1 La igualdad de oportunidades se logrará mediante la adopción de políticas y programas de formación profesional, empleo y generación de ingresos dirigidos a la población negra. (Traducción libre)

En lo que respecta a las personas con discapacidad, en Brasil existe la Ley núm. 13.146/2015, denominado Estatuto de las Personas con Discapacidad, que, entre otras premisas, tiene como pilar fundamental el derecho al trabajo, garantizando la igualdad de oportunidades y condiciones justas y accesibles para las personas con discapacidad,⁶⁶ de modo que con respecto a las imposiciones

⁶⁵ Estrategia ODS, “¿Cuáles son los objetivos de Desarrollo Sostenible?”, Disponible en <https://estrategiaods.org.br/conheca-os-ods/>.

⁶⁶ El artículo 34 de la citada Ley establece: “Art. 34. Las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar por su libre elección y aceptación, en un entorno accesible e inclusivo, en igualdad de oportunidades con otras personas.

§ 1 Las personas jurídicas de derecho público, privado o de cualquier naturaleza están obligadas a garantizar entornos de trabajo accesibles e inclusivos.

§ 2° Una persona con discapacidad tiene derecho, en igualdad de oportunidades con las demás personas, a condiciones de trabajo justas y favorables, incluida la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

legales, existe un marco regulatorio válidos y convincente que exigen una mayor preocupación por parte de las empresas en materia de diversidad.

5. Conclusiones

A partir de los fundamentos teóricos y empíricos presentados en este artículo, es posible concluir que, dentro de algunos de los espectros de la diversidad, ya existe un referente legal y/o una directriz internacional para brindar apoyo en la implementación de políticas que aseguren espacios de liderazgo. compuesto por una diversidad de nivel superior; también existe el reconocimiento por parte de los actuales ejecutivos de las grandes empresas de que la diversidad es una tendencia que debe seguirse dentro de los órganos de toma de decisiones corporativas; También hay estudios empíricos que muestran que el mercado también está interesado en una participación más diversa.

Sin embargo, aún con todas estas premisas, aún existe la sensación de que poco se ha hecho para reflejar la realidad social en los espacios de liderazgo de las organizaciones. Al parecer, las empresas que ya han entendido la importancia del tema podrán destacar en poco tiempo.

De hecho, la pluralidad tan inherente a las siglas ESG necesita estar presente en las acciones de los líderes, en la definición de políticas, en la comunicación interna y externa de las organizaciones, en el cumplimiento de los estándares que existen y los que se están implementando y una forma adecuada de evaluar el avance y/o retroceso de esta métrica.

§ 3 Están prohibidas las restricciones al trabajo de las personas con discapacidad y cualquier discriminación basada en su condición, incluso en las etapas de reclutamiento, selección, contratación, admisión, admisión y exámenes periódicos, permanencia en el empleo, promoción profesional y rehabilitación profesional, así como como requisitos de plena aptitud.

§ 4 Las personas con discapacidad tienen derecho a participar y acceder a cursos, formación, educación continua, planes de carrera, promociones, bonificaciones e incentivos profesionales ofrecidos por el empleador, en igualdad de oportunidades con los demás empleados.

Artículo 5 Se garantiza el acceso a cursos de formación y cualificación a los trabajadores con discapacidad.

Artículo 35. Es objetivo primordial de las políticas públicas de trabajo y empleo promover y garantizar las condiciones de acceso y permanencia de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Párrafo único. Los programas para fomentar el emprendimiento y el autoempleo, incluidas las cooperativas y asociaciones, deben prever la participación de personas con discapacidad y la provisión de líneas de crédito, cuando sea necesario.

Además de asegurar la entrada de grupos plurales en la estructura de trabajo de las organizaciones, como iniciativas loables que ya tuvieron lugar en Brasil (Revista Luiza⁶⁷), es necesario invertir esfuerzos para acercar el ambiente de trabajo a la realidad social, que es diversa y plural en esencia, permitiendo que todos tengan acceso a puestos directivos y mejores salarios.

Por lo tanto, es fundamental que existan mecanismos para que se observe la pluralidad en cada ciclo y nivel jerárquico, incluyendo a personas con discapacidad, LGBTQIAP+, trabajadores migrantes, diversidad de etnias y personas de diferentes edades (la discriminación por edad se convierte en un problema cada vez mayor). Revisar y aprender de las estructuras de liderazgo serán ejercicios periódicos que permitirán que la mejora sea progresiva y sostenible.

Se trata de una cuestión política, pero no sólo: porque lo que se puede extraer de los datos empíricos presentados es que los beneficios obtenidos por las organizaciones tienden a expandirse cuando hay transparencia y buena reputación, de modo que se vuelven más atractivos para inversores y stakeholders.

Por lo observado, la ganancia de rentabilidad provocada por el aumento de la diversidad de género vendría principalmente por una mejora en la toma de decisiones que tendrá en cuenta la diversidad de pensamiento que existe en los órganos de dirección. El hecho de que la diversidad no se refleje en los espacios de liderazgo genera un distanciamiento de esa organización de las decisiones de consumo de sus familias, siendo crucial la mayor ocupación de los espacios para garantizar la presencia de mujeres y negros en los espacios de gobernanza.

Otro beneficio económico considerable es la premisa básica de que sin diversidad no hay innovación. Sin innovación no hay sostenibilidad empresarial. Con estos cambios estructurales, los consejos de administración suelen contribuir positivamente a que las empresas mejoren sus resultados.

⁶⁷ Seja Trainee, “O Programa de Trainee voltado 100% para pessoas negras é uma iniciativa transformadora para a formação de novos talentos”. Disponible en <https://sejatraineecom.br/trainee-magalu-2022-abre-vagas-exclusivas-para-negros/>.

Estos cambios también pueden contribuir a la evolución del ranking de competitividad global dentro de Brasil, con mayores inversiones en innovación y mejora de la productividad. Para que esto se materialice, también es fundamental que el tema aquí propuesto esté en la agenda de debate, que resuene para que el artículo sea provocador en la construcción de nuevas publicaciones académicas que cuestionen estructuralmente estos formatos de los grupos predominantes en los consejos.

En cualquier caso, es importante resaltar que este artículo refleja un estudio teórico de carácter deductivo que se apropió de fundamentos teóricos y datos empíricos ya producidos para concluir que la participación plural en la alta dirección de las empresas es un tema que ya ha sido objeto de debate en el ámbito jurídico y empresarial. Lo que se puede concluir es que existe una mayor demanda de estudios e inquietudes sobre el tema, como un instrumento importante para mejorar el gobierno corporativo y alcanzar los objetivos propuestos.

6. Referencias

KPMG, Diversidade Nos Conselhos de Administração: Pesquisa Global, ACI Institute, Brasil, 2022. Disponible en <https://kpmg.com/br/pt/home/insights/2022/04/formacao-conselhos-administracao-exige-diversidade.html>.

Kraakman, Reinier, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Habsmann, Gerard Herting, Klaus Hopt et al., “A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional”, Tradução Mariana Pargendler. São Paulo: Editora Singular, 2018.

Borba Tavares, José Edwaldo, “Direito societário”, *Atlas*, núm. 18, 2021.

Soares de Camargo, Andre Antunes, “O Código Civil de 2002 e a Governança Corporativa” en, Henrique BARbsa e Jorge Cesa Ferreira da Silva, “A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil. Obrigações e contratos”, *Quartier Latin*, vol. 2, 2021.

Da Silveira, Alexandre di Miceli, and Angela Rita Franco Donaggio, “A importância da diversidade de gênero nos conselhos de administração para a promoção da responsabilidade social corporativa” *Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 2, núm. 2, 2019.

Bosco Lodi, João, *Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração*, Rio de Janeiro, Campus, 2000.

Nassiff, Elaina, y Lobo de Souza, Crisomar, “Conflitos de agência e governança corporativa”, *Caderno de Administração*, vol. 7, núm. 1, 2013.

Diom Nohara, IrenePatricia; Carmona Gonçalves, Gabriel Vinícius y Almeida, Luiz, “Governança e Compliance nas Estatais Brasileiras”, en Irene Nohara, Gabriel Gonçalves, Luiz Almeida, *Governança e Compliance nas Estatais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/governanca-e-compliance-nas-statais/1294656112>.

Portugal Gouvêa, Carlos, “Governança Corporativa e Diversidade Racial no Brasil: um Retrato das Companhias Abertas”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 2022. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4077326>.

———, *A Estrutura da Governança Corporativa*, São Paulo: Quartier Latin, 2022.

Seja Trainee, “O Programa de Trainee voltado 100% para pessoas negras é uma iniciativa transformadora para a formação de novos talentos”. Disponible en <https://sejatraineecom.br/trainee-magalu-2022-abre-vagas-exclusivas-para-negros/>.

Trevor, Kieran, “Measuring Board Gender Diversity across S&P ESG Indices”, SPGLOBAL, 2022. Disponible en: <https://www.spglobal.com/spdji/en/documents/education/education-measuring-board-gender-diversity-across-sp-esg-indices.pdf>.

Transformación Digital bajo los Aspectos de ESG: Tecnologías Disruptivas en el Sector Financiero e Impactos en los Derechos Humanos

Digital transformation under ESG aspects: Disruptive technologies in the Financial Sector and Impacts on Human Rights

Isabela Nelie Meneguelo⁶⁸

Mônica Defilippi Hobeika⁶⁹

Sumario: 1. Introducción; 2. Fintech en contexto; 3. Fintech en Brasil; 4. Las instituciones financieras y los derechos humanos; 5. Conclusiones; 6. Referencias

Resumen: Las empresas deben adaptarse a los nuevos estándares requeridos por los objetivos Environment, Social and Governance (por sus siglas en adelante ESG) incluido un mayor respeto y eficacia de los derechos humanos. ¿Pueden considerarse desarrollos disruptivos el desarrollo de la tecnología y el surgimiento de las llamadas Fintech, principalmente bancos digitales? Este artículo analiza el impacto de estas nuevas formas de ofrecer servicios bancarios como forma de inclusión financiera para personas que estaban fuera del sistema tradicional y conservador. Y propone, incluso con poca regulación legal en Brasil, pero con base en recomendaciones internacionales, que el aumento de las actividades de los llamados bancos digitales puede ser considerado un instrumento de ciudadanía financiera y efectividad de los derechos humanos.

Palabras clave: Fintech, bancos digitales, ESG, tecnologías disruptivas, derechos humanos.

Abstract: Companies need to conform to the new standards required by ESG targets, including greater respect and effectiveness of human rights. The development of technology and the emergence of so-called Fintechs, mainly, of the digital banking type can be considered disruptive evolutions? This article analyzes

⁶⁸ Abogada con maestría en Derecho Empresarial de la Fundación Getúlio Vargas y especialista en Derecho Procesal Civil de la Escuela Paulista de Derecho. Correo electrónico: isabelameneguelo@gmail.com

⁶⁹ Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, España, especialista en Derecho Tributario, Profesora Universitaria y abogada. Correo electrónico: monica.defilippi@hotmail.com

the impact of these new ways of offering banking services as a form of financial inclusion of people who were on the margins of the traditional and conservative system. And it proposes, even with little legal regulation in Brazil, but based on international recommendations, that the increase in the activities of the so-called digital banks can be considered an instrument of financial citizenship and human rights effectiveness.

Keywords: Fintech, digital banking, ESG, disruptive technologies, human rights.

Resumo: As empresas têm a necessidade de se adequar aos novos padrões exigidos pelas metas de ESG, incluindo o maior respeito e efetividade dos direitos humanos. O desenvolvimento da tecnologia e o surgimento das chamadas Fintechs, principalmente, do tipo bancos digitais será que podem ser consideradas evoluções disruptivas? O presente artigo analisa o impacto destas novas formas de oferecimento dos serviços bancários como sendo uma forma de inclusão financeira de pessoas que estavam à margem do sistema tradicional e conservador. E propõe, mesmo com pouca regulamentação legal no Brasil, mas com fundamento em recomendações internacionais, que o incremento das atividades dos chamados bancos digitais pode ser considerado um instrumento de cidadania financeira e efetividade de direitos humanos.

Palavras-chaves: Fintechs, bancos digitais, ESG, tecnologias disruptivas, direitos humanos.

I. Introducción

Actualmente se habla mucho de los preceptos que sustentan las relaciones empresariales e, invariablemente, en los debates surgen temas relacionados con los derechos humanos. La conciliación entre el desarrollo económico y la preservación de los derechos humanos es inevitable, ya sea porque el primero tiene potencial de promover mejores condiciones para la población, o porque los derechos humanos deben ser preservados (y potenciados) en cualquier sector de una sociedad, teniendo por tanto la certeza de que no hay espacio en el mundo para que estos dos temas avancen de forma aislada.

No es nuevo que las decisiones que se toman en el sector financiero estén guiadas por valores éticos. En las décadas de 1950 y 1960, algunos inversores

excluyeron de su radar a las empresas que no respetaban los principios éticos y morales, como las organizaciones relacionadas con el apartheid en Sudáfrica, como se menciona en la Nueva Guía de Valor⁷⁰ – Sostenibilidad en las Empresas preparada por Bolsa de Valores en adelante B3.

Años más tarde, en 2005, las siglas, ESG (Environment, Social and Governance; Medio ambiente, sociedad y gobernanza en español) fueron utilizadas en un informe titulado “Who Cares Wins”,⁷¹ resultado de una iniciativa liderada por las Naciones Unidas (ONU). En ese momento, veinte instituciones financieras de nueve países diferentes —incluido Brasil— se reunieron para desarrollar directrices y recomendaciones sobre cómo incluir cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza en la gestión de activos, los servicios de corretaje de valores y las investigaciones relacionadas con el tema.

Trayendo la discusión al día de hoy, lo cierto es que los rumbos impuestos a la economía han hecho que la inversión de las empresas sean capaces de adaptarse a los cambios, y, principalmente que apoyen el desarrollo económico basado en los lineamientos de las siglas ESG, haciéndolas cada vez más importantes. Así, para la empresas ha quedado clara la necesidad de adaptarse a los nuevos estándares y la búsqueda de la sostenibilidad a largo plazo, debido a que los estándares ESG no solo sirven para contribuir a la preservación del medio ambiente, sino también para hacer que una empresa sea más eficiente y aumente su resiliencia durante periodos de crisis.

No es nuevo, sin embargo, que los estándares ESG estén cada vez más en la agenda permitiendo el abundante desarrollo de tecnologías disruptivas en el sector financiero, que impactan directamente en una verdadera transformación

⁷⁰ BM&FBOVESPA, “Novo Valor – Sustentabilidade nas Empresas”. *Como começar, quem envolver e o que priorizar*, 2ª ed. revisada y actualizada, 2016. Disponible en: http://www.b3.com.br/data/files/D3/D0/0F/6C/FE07751035EA4575790D8AA8/GuiaNovoValor_SustentabilidadeNasEmpresas_PT.PDF.

⁷¹ The Global Compact, *Who cares wins, Connecting Financial Markets to a Changing World. Recommendations by the financial industry to better integrate environmental, social and governance issues in analysis, asset management and securities brokerage*, Swiss Federal Department of Foreign Affairs and United Nations Department of Public Information, 2004. Disponible en: https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2FFinancial_markets%2Fwho_cares_who_wins.pdf.

digital, permitiendo la descentralización de los servicios financieros y la democratización del acceso a la financiación en todo el mundo.

Las innovaciones denominadas disruptivas surgen debido a la necesidad de una parte de los consumidores sobre un determinado producto o servicio que es descuidado por las grandes y conservadoras empresas existentes. La aparición de nuevas empresas o productos en el mercado provoca también un cambio en las estructuras de las antiguas empresas, obligándolas a establecer una nueva forma de relación con los clientes, corrigiendo y abasteciendo aspectos descuidados en el pasado.⁷²

Mucho más que combatir y prevenir el fraude, por ejemplo, la perturbación del sistema financiero está relacionada especialmente, con la creación de las más variadas fintech,⁷³ que se diferencian mucho de las instituciones financieras tradicionales y de sus limitados campos de acción. En este caso, la disrupción, para este análisis puede entenderse como el proceso en el que una empresa más pequeña, con menos recursos, logra desafiar un negocio reconocido, establecido y logra el éxito⁷⁴. La diferenciación entre una fintech y las instituciones financieras tradicionales es un aspecto importante en cuanto a la regulación legal sobre el tema.

Como contexto, una fintech es una startup que ofrece soluciones mediante el uso de tecnología en el área financiera, siendo los bancos digitales —aquellos que solo funcionan digitalmente y no cuentan con servicio físico, también llamados bancos virtuales o bancos en línea— una de las categorías entre las fintech existentes. Los bancos digitales basan sus pagos completamente a través de aplicaciones contenidas en teléfonos inteligentes, sin necesidad de viajar físicamente a una sucursal ni realizar procesos manuales de terceros en las transacciones. Una institución financiera tradicional puede definirse, de acuerdo

⁷² Nogueira Neto, Adriano Marcal y Andrade Araujo, Brenda, *Transformação digital no sistema bancário brasileiro: um estudo sobre as fintechs*, Rio de Janeiro, UFRJ/ Escola Politécnica, 2020. Disponible en: <http://repositorio.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10031686.pdf>.

⁷³ La palabra fintech es una abreviatura de tecnología financiera. Se utiliza para referirse a *startups* o empresas que desarrollan productos financieros totalmente digitales en las que el uso de la tecnología es el principal diferenciador respecto a las empresas tradicionales del sector.

⁷⁴ Christensen, Clayton M., Raynor, Michael E. y McDonald, Rory, "What Is Disruptive Innovation?", *Harvard Business Review*, Diciembre 2015. Disponible en: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>.

con la Resolución CMN 2099/94,⁷⁵ como bancos múltiples, que son instituciones financieras privadas o públicas que realizan operaciones activas, pasivas y auxiliares, a través de crédito comercial, de inversión y/o desarrollo, inmobiliario, arrendamiento y crédito, financiamiento e inversión, y deberá estar organizada en la forma de una sociedad anónima además de contener en su denominación social la expresión “Banco”. Los bancos múltiples son el tipo de grandes bancos que conocemos, que reciben depósitos y administran el dinero de sus clientes, dejándolo bajo su custodia. Este dinero se utiliza para prestarlo a otras personas, incluidos servicios de tarjetas de crédito y préstamos hipotecarios, por ejemplo. Así, para obtener beneficios, los bancos tradicionales cobran comisiones por las operaciones realizadas.

Lo que llama la atención es que la proliferación de las fintech permite ofrecer los más variados tipos de servicios financieros a la población, especialmente a las personas de bajos ingresos, que hasta entonces simplemente estaban excluidas del sistema financiero tradicional, permitiendo así un desarrollo de las microfinanzas.⁷⁶

Es muy importante señalar, sin embargo, que los productos creados por las fintech —muchas de ellas dirigidas al sector microfinanciero— están lejos de ser una mera reproducción de los servicios que ofrece el sistema financiero tradicional (bancos comerciales e instituciones financieras). Ellos, de hecho, se conciben a partir de una filosofía según la cual el crédito es visto como un derecho del ser humano, ya que permite un desarrollo y el de su unidad productiva, siendo este, por tanto, el punto exacto a través del cual se nota el acercamiento entre el sector financiero y el ámbito de los derechos humanos.⁷⁷

⁷⁵ Resolución del Banco Central de Brasil; CMN 2099/94 Disponible en: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2099_v1_O.pdf.

⁷⁶ Martins, Paulo, Winograd, Adrei y Carvalho, Renata, *Oferecimento de serviços financeiros por instituições financeiras strictu sensu (bancos, financeiras, Sociedades de Crédito ao Microempreendedor, e cooperativas de crédito) ou não (Organizações não Governamentais, e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), para pessoas e empresas tradicionalmente excluídas do sistema financeiro tradicional*, Rio de Janeiro, 2002. Disponible en: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conheciment_o/microfin/06regulamentacao.pdf.

⁷⁷ ONU Brasil, “Bancos precisam considerar critérios de direitos humanos ao conceder crédito, diz ONU”, *Democracia e Mundo do Trabalho*, sección debate, 2 de diciembre de 2016. Disponible en:

2. Fintech en contexto

En la praxis una institución financiera tradicional puede conceder un límite especial a una persona concreta incluso de bajos ingresos, como suele hacer, y este producto bancario se usará a final de mes, cuando el salario ya no alcanza para cubrir las interminables facturas. Sin embargo, las posibilidades de que los tipos de interés aplicados sean abusivos son altas, lo que sólo acaba contribuyendo a un aumento del endeudamiento, de manera que, a final de mes, los ingresos obtenidos se destinan casi en su totalidad a pagar los elevados tipos de interés aplicados. Fue justamente en este escenario que nacieron numerosas fintech brasileñas innovadoras que buscaron llegar a nuevos públicos ofreciendo productos bancarios adecuados, entre los que destacamos, solo a modo de ejemplo los siguientes:

Facio: permite a sus usuarios anticipar sus salarios. Actualmente, la empresa trabaja con tres productos: créditos de nómina, anticipos de salario y “Poupe Facio” —con descuentos mensuales para que los empleados creen una reserva—, y también desarrolla programas de educación financiera para los trabajadores. Una de las soluciones diseñadas por la fintech permite a los empleados adelantar parte de su salario pagando una cuota de apenas 1% (uno por ciento) mensual, deduciendo el pago directamente del salario del mes siguiente;⁷⁸ Rebel⁷⁹: utiliza inteligencia artificial y machine learning⁸⁰ para analizar riesgos y valorar una solicitud de crédito en minutos. En 2018, Rebel recaudó 16,6 millones de reales a través de obligaciones y 4 millones de dólares (alrededor de 16,8 millones de reales) liderados por XP Asset Management, Point Break Capital, Monashees y JMalucelli. Los préstamos posibles por Rebel oscilan entre R\$ 1.000 y R\$ 25.000 y se realizan completamente en línea. A través de su sitio web señala: “las tasas de interés de los productos de crédito personal oscilan entre el 1,9% mensual (25,34% anual) y el 9,90% mensual (210,43% anual). Rebel apuesta plenamente por la sencillez y la transparencia. Antes de contratar un producto de crédito personal se mostrará claramente: el tipo de interés aplicado, las comisiones cobradas, los impuestos (IOF) y el coste efectivo total (CET). Sabemos que no es fácil entender todos estos valores y si tienes alguna duda, estamos a tu disposición para aclararla”. La empresa fue una de las elegidas para la lista de “100 Startups to Watch”⁸¹ en 2019;

<https://www.dmttemdebate.com.br/bancos-precisam-considerar-criterios-de-direitos-humanos-ao-conceder-credito-diz-onu/>.

⁷⁸ Facio. Disponible en: <https://www.facio.com.br/sobre-a-facio>.

⁷⁹ Rebel. Disponible en: <https://www.rebel.com.br/>.

⁸⁰ Machine Learning es una tecnología mediante la cual una computadora tiene la capacidad de aprender según las respuestas esperadas a través de asociaciones de diferentes datos, que pueden ser imágenes, números y cualquier cosa que esta tecnología pueda identificar. Machine Learning es el término inglés para la tecnología conocida en Brasil como aprendizaje automático.

⁸¹ *Startupstowatch*. Disponible en: <https://www.startupstowatch.com.br/#/>.

Creditas⁸²: se centra en préstamos que ofrecen las condiciones más saludables: tasas más bajas, mejores condiciones, montos mayores y cuotas más pequeñas. En su página web presume de combatir la morosidad concediendo crédito de calidad. Sin olvidar que también presta sus servicios diversificados a personas jurídicas, proporcionando, por ejemplo, una tarjeta que unifica los beneficios de alimentación, movilidad, salud, cultura y educación en una sola tarjeta a coste cero.

Es innegable que las fintech mencionadas anteriormente —junto a muchas otras—, a pesar de ser instituciones financieras, que, obviamente, buscan obtener ganancias, promueven el acceso al crédito a través de tasas más atractivas en comparación con las que ofrecen los bancos tradicionales⁸³. Operando en áreas antes inexploradas en Brasil —como la posibilidad de adelantar el salario, por ejemplo—, las fintech dan cuenta de cómo el sector financiero se ha alineado con las necesidades específicas de una parte de la población, que dependía exclusivamente de productos bancarios vendidos únicamente por instituciones financieras tradicionales.

No hay duda de que la disrupción en el sector financiero, combinada con la tecnología, está estrechamente relacionada con la posibilidad de que otras instituciones financieras presten sus servicios a la población, para evitar que tres o cuatro bancos comerciales tradicionales dominen el mercado, con sus productos generalistas y poco atractivos.

La transformación financiera digital destaca la necesidad de otorgar crédito adecuado a esa situación (o a esa persona), con el propósito de reducir (o evitar) el endeudamiento, dejando claro que el desempeño de las instituciones financieras —las fintech, en particular— en áreas hasta ahora inexploradas, permite una mayor inclusión social, en total sincronía con las directrices impuestas por ESG.

Además de ofrecer servicios bancarios más adecuados para un determinado segmento de la población brasileña, las fintech tienen el poder de llegar a una parte de la población denominada “no bancarizada”, es decir, personas que no utilizan cuentas bancarias porque no tienen o porque han dejado de usarlos

⁸² Creditas. Disponible en: <https://www.creditas.com/>.

⁸³ Para fines comparativos, las tasas límite especiales que cobran las instituciones financieras tradicionales oscilan entre el 7% y el 32% mensual.

durante más de 6 meses⁸⁴. Según una encuesta realizada por el Instituto Locomotiva (2019)⁸⁵, hay 45 millones de brasileños en esta situación y el 85% de ellos se encuentran en las clases económicas más bajas (C, D y E). La simplificación y flexibilidad en los métodos de atención al cliente, combinadas con la falta de necesidad de una sucursal física, son la oportunidad para que los bancos digitales contribuyan a objetivos vinculados a los derechos humanos y las directrices ESG.

Se concluye, por tanto, que existe una preocupación generalizada y creciente sobre los lineamientos que permitan brindar servicios financieros de manera responsable, ya sea a través de regulaciones provenientes de la banca pública, o a través de lineamientos provenientes de las más diversas organizaciones no gubernamentales, aspectos que se analizarán en términos más específicos a continuación.

3. Fintech en Brasil

El análisis de los diagnósticos de (des)alineamiento del Sistema Financiero brasileño con las tendencias internacionales hacia la descentralización y democratización de los servicios financieros puede ser el camino para la adopción de prácticas efectivas en el logro de los objetivos de la agenda ESG y la convergencia con los derechos humanos.

Brasil, a pesar de su importancia económica, tiene un mercado de microfinanzas aún subdesarrollado en comparación con otros países. Sin embargo, cabe señalar que en el país están creciendo las tendencias hacia la descentralización y, principalmente, la democratización de los servicios financieros.

Como sabemos, el Banco Central de Brasil (en adelante BCB o BC), además de supervisar todas las instituciones financieras del país, es el organismo que

⁸⁴ Nogueira Neto, Adriano Marcal, *et al. op. cit.* nota 5. *Transformação digital no sistema bancário brasileiro...*

⁸⁵ Instituto Locomotiva. Disponible en: <https://ilocomotiva.com.br/clipping/labs-news-34-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-servicos-bancarios/>.

tiene como objetivo garantizar la estabilidad de la sociedad en el poder adquisitivo de la moneda y un sistema financiero sólido, eficiente y competitivo.

En 2018, el Banco Central de Brasil publicó un documento sobre Ciudadanía Financiera,⁸⁶ cuyo propósito fue apoyar estudios y debates sobre el tema y priorizar acciones que contribuyeran efectivamente a promover este objetivo. Dentro del concepto de ciudadanía financiera, uno de los pilares importantes, es —el ejercicio de derechos y deberes que permita a los ciudadanos gestionar bien sus recursos financieros— la inclusión financiera, debe significar el acceso de los ciudadanos a servicios financieros que se adapten a sus necesidades.

El concepto de inclusión financiera fue ampliado en los diversos estudios realizados por el BCB y en 2015 se definió como “un estado en el que toda la población tiene acceso y hace uso, de manera sencilla, equilibrada y consciente, de los servicios financieros que aporten ganancias en bienestar al ciudadano, de forma conveniente y a precios asequibles”.⁸⁷ De esta definición se destacan las características que se encuentran en los bancos digitales, como la forma simplificada en que se ofrecen los servicios, desde la apertura de cuentas hasta las transacciones financieras y, también, la oferta de estos servicios a precios más asequibles, como es el caso de las ofertas de crédito, especialmente el microcrédito.

En este sentido, la democratización del acceso al crédito es uno de los principales objetivos del BCB, siendo el microcrédito un instrumento importante para la inclusión financiera. A modo de contextualización, habrá de recordar que, entre 1972 y 1988, el otorgamiento de microcréditos se hacía exclusivamente a través de organizaciones no gubernamentales, que priorizaban la promoción del segmento en relación con el retorno financiero del crédito otorgado, y, entre 1998 y en 2002 se inició la regulación del microcrédito. Pero no fue sino hasta el año 2019 que se produjo una amplia redefinición del microcrédito, que comenzó a ser visto como un tipo de operación crediticia para un público objetivo establecido, con

⁸⁶ Banco Central do Brasil, *Cidadania Financeira*. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Informacoes_gerais/conceito_cidadania_financeira.pdf.

⁸⁷ Banco Central do Brasil. *Relatório de Inclusão Financeira nº 3. 2015*. Disponible en: <http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/RIF2015.pdf>.

mejoras regulatorias para reducir costos combinadas con la incorporación de nuevas tecnologías y entidades especializadas.⁸⁸

Actualmente, el BCB mantiene una agenda de trabajo denominada Agenda BC#, la cual está enfocada en el desarrollo de temas estructurales del sistema financiero combinados con la evolución tecnológica. Además de buscar reducir el costo del crédito, modernizar la ley y mejorar la eficiencia del sistema, el BCB apunta a la inclusión, la competitividad y la transparencia, manteniendo al mismo tiempo un proyecto de educación financiera. La Agenda BC# se centra en cinco aspectos:

- Inclusión: Facilidad de acceso al mercado para todos: pequeños y grandes, inversores y prestatarios, nacionales y extranjeros. Entre las medidas para lograr este objetivo se encuentran plataformas digitales, menor burocracia y simplificación de trámites;
- Competitividad: Fijación de precios adecuada a través de instrumentos de acceso competitivo a los mercados. Hay varias innovaciones, impulsadas por la tecnología, que fomentan la competencia;
- Transparencia: En el proceso de formación de precios y en la información de mercado y BC. Esta dimensión invierte en incrementar la comunicación, evaluar resultados y simetría de la información;
- Educación: Conciencia ciudadana para que todos participen en el mercado y cultiven el hábito del ahorro. En este sentido, es clave la participación de agentes del mercado, como cooperativas y distribuidoras de microcréditos;
- Sostenibilidad: Asignación de recursos encaminados a desarrollar una economía más sostenible, dinámica y moderna.

Precisamente con base en esta agenda se elaboró la Resolución N° 4.765, del 27 de octubre de 2019, que dispone controles especiales otorgados por instituciones financieras sobre cuentas de depósito a la vista de personas naturales y microempresarios individuales (MEI).

La referida Resolución se creó porque las instituciones financieras solían ofrecer límites de sobregiro muy altos a tasas bajas a clientes de mayor poder adquisitivo. Debido a esta práctica, los recursos restantes destinados al cheque especial fueron escasos, lo que terminó incrementando los intereses cobrados a los clientes que, efectivamente, utilizaron el producto bancario. Al prever la posibilidad de cobrar una tarifa del 0,25% mensual a los clientes que tuvieran un límite especial superior a R\$ 500,00 (quinientos reales), además de tabular la tasa

⁸⁸ Banco Central do Brasil. Microcrédito, 2020. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao,/EstudosEspeciais/EE079_Microcredito.pdf.

de interés y crear un tope del 8% mensual,⁸⁹ La Resolución 4.765/19 simplemente pretendía frenar la situación descrita anteriormente, contribuyendo sin duda a la democratización del acceso a la financiación.

En cuanto a la descentralización de los servicios financieros —en sentido competitivo—, el BCB es consciente de que el ingreso de nuevas instituciones financieras al Sistema Financiero Nacional (SFN) tiene el potencial de contribuir positivamente a la economía. La expectativa es que la expansión de las fintech de crédito (incluidos los bancos digitales) aumente la competencia en el sistema, a través de la ampliación de la oferta de productos y servicios debido al uso de recursos tecnológicos más avanzados y especializados. Además, se espera que las instituciones tradicionales se animen a mejorar sus procesos operativos y a establecerse en nuevos nichos de negocio y segmentos de mercado, todo ello en línea con los aspectos que guían la Agenda BC#.

Llama la atención, por otro lado, que no existe un régimen específico de autorización y operación por parte del BCB para los bancos digitales, los cuales, actualmente, deben cumplir con las reglas aplicables a otros bancos para efectos de autorización, situación que, obviamente, no parece ser un aspecto positivo. El BCB, con el objetivo de adaptar el sistema financiero nacional a las nuevas tecnologías existentes, emitió la Resolución 4.480/16⁹⁰, que facilita la apertura y cierre de cuentas de depósito de forma digital.

Los bancos digitales han llegado para competir por un lugar en el mercado de servicios bancarios, con un fuerte atractivo de mercado basado en la promesa de tarifas y costos de servicio bajos y acceso simplificado. Sin embargo, todavía encuentran dificultades para ofrecer precios competitivos para ciertos servicios, como los retiros en terminales de autoservicio, debido al acceso diferenciado a las estructuras de mercado controladas por otros bancos.

El actual escenario brasileño, que concentra una población joven, con un uso masivo de los smartphones y una alta apertura a lo digital (una encuesta de

⁸⁹ Banco Central do Brasil. *Resolução n. 4.765/19*. Disponible en:

<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-4.765-de-27-de-outubro-de-2019-230177207>.

⁹⁰ Banco Central do Brasil, *Resolução 4880/16*. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50185/Res_4480_v1_O.pdf.

Deloitte, por cierto, indicó que el 51% de los brasileños tienen el perfil de 'aventureros digitales'⁹¹⁾ que ofrecía condiciones perfectas para el crecimiento de los bancos sin sucursales, y por eso es inconcebible que el BCB aún no haya desarrollado (o esté trabajando en) un dispositivo que regule la creación de bancos digitales, tan comunes hoy en día. Someter a los bancos digitales a los mismos estándares aplicables a los bancos tradicionales es lo mismo que no fomentar la democratización del acceso a las finanzas, lo que, en consecuencia, permite a las instituciones tradicionalistas seguir liderando la prestación de servicios bancarios en el país.

4. Las Instituciones Financieras y los Derechos Humanos

Para los efectos de la regulación del sector, hay que tener en cuenta que los bancos digitales pretenden, a toda costa, simplificar la prestación de los más variados tipos de servicios financieros, de tal forma que tienen derecho a regulaciones diferentes, y no pueden estar sujetos a las normas ya vigentes, elaboradas cuando no se hablaba de perturbaciones en el sector financiero.

En términos globales, cabe destacar que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) desarrolló principios rectores basados en el respeto a los derechos humanos, que deben aplicarse a las relaciones comerciales, incluso en relación con las instituciones financieras (Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos). En síntesis:

The UN Guiding Principles stipulate that all business enterprises, including banks, should “respect” human rights – meaning to avoid infringing upon the human rights of others and to address adverse human rights impacts with which they are involved. They should accomplish this through a management system approach by (1) developing a human rights policy; (2) conducting human rights “due diligence” that includes assessing actual and potential human rights impacts, acting on the findings, tracking the effectiveness of the response, and communicating regarding that process; and (3) creating processes to remediate impacts that they cause or to which they contribute.⁹²

⁹¹ Srinivas, Val y Angus Ross, *Accelerating digital transformation in banking*, 2018. Disponible en: <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/financial-services/digital-transformation-in-banking-global-customer-survey.html/#endnote-sup-2>.

⁹² UNEP, Finance Initiative, *Banks and Human Rights: A Legal Analysis. A collaboration between Foley Hoag LLP and the United Nations Environment Programme Finance Initiative*, Washington, Foley Hoag LLP, 2015. Disponible en: <https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/BanksandHumanRights.pdf>.

En este sentido, con un enfoque en la descentralización de los servicios financieros, UNEP FI⁹³ (Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) se han estudiado las complejidades entre los derechos humanos y el sector financiero, manteniendo una agenda centrada en cuestiones sociales, a través de la cual se pretende reducir la desigualdad, promoviendo la equidad y la inclusión social. El trabajo se ha centrado en desarrollar directrices para las instituciones financieras sobre cómo lidiar con sus impactos en los derechos humanos (Principios para la Banca Responsable).⁹⁴

Las actividades de UNEP FI están presentes en todo el mundo; en América Latina y el Caribe incluyen la creación de redes para promover el intercambio de información, las mejores prácticas y la concientización entre las instituciones financieras, el compromiso con las partes interesadas regionales en finanzas sostenibles y la capacitación a través de talleres y cursos en línea. En el Grupo de Trabajo Latinoamericano participan 71 instituciones financieras y compañías de seguros, de las cuales 17 son brasileñas.⁹⁵

La agenda de los miembros de UNEP FI para América Latina y el Caribe se basa en contribuciones y retroalimentación nacionales para establecer estándares de financiamiento sostenible a largo plazo. Esta agenda utiliza el contexto regional actual y los avances logrados hasta la fecha como base para los cambios a lograr.

Es interesante observar cómo el propósito presente en las directrices provenientes de la ONU también se puede ver, por ejemplo, en la Resolución 69/313, aprobada por la Asamblea General de la ONU durante la Tercera Conferencia Internacional sobre Financiación para el Desarrollo, celebrada en Addis Abeba, Etiopía. En el punto 39 del citado documento se hace mención expresa a que el acceso al sistema financiero aún no es para todos, lo que merece ser combatido:

⁹³ UNEP Finance Initiative. *United Nations Environment Programme Finance Initiative. The UN-convened network of banks, insurers and investors accelerating sustainable development. Catalysing action across the financial system to support the transition to more sustainable and inclusive economies worldwide.* Disponible en: <https://www.unepfi.org/>.

⁹⁴ UNEP Finance Initiative, *Principles for responsible Banking. Shaping the future of banking.* Disponible en: <https://www.unepfi.org/banking/bankingprinciples/>.

⁹⁵ UNEP Finance Initiative, *Our members.* Disponible en: <https://www.unepfi.org/members/>.

Many people, especially women, still lack access to financial services, as well as financial literacy, which is a key for social inclusion. We will work towards full and equal access to formal financial services for all. We will adopt or review our financial inclusion strategies, in consultation with relevant stakeholders, and will consider including financial inclusion as a policy objective in financial regulation, in accordance with national priorities and legislation. We will encourage our commercial banking systems to serve all, including those who currently face barriers to access financial services and information. We will also support microfinance institutions, development banks, agricultural banks, mobile network operators, agent networks, cooperatives, postal banks and savings banks as appropriate. We encourage the use of innovative tools, including mobile banking payment platforms and digitalized payments. We will expand peer learning and experience-sharing among countries and regions, including through the Alliance for Financial Inclusion and regional organizations. We commit to strengthening capacity development for developing countries, including through the United Nations development system, and encourage mutual cooperation and collaboration between financial inclusion initiatives.⁹⁶

En la misma línea, desde 2018, el Banco Mundial ha adoptado un conjunto de políticas ambientales y sociales denominado Marco Ambiental y Social (MSE), que orienta todos los nuevos proyectos de inversión de la institución. Así como las directrices de la ONU se aplican a las relaciones comerciales, el FSE permite al Banco Mundial y a otros prestatarios gestionar mejor los riesgos ambientales y sociales de los proyectos que se van a financiar y mejorar los resultados de desarrollo. En cuanto a los impactos sociales, el documento titulado Políticas Ambientales y Sociales del Banco Mundial para el Financiamiento de Proyectos de Inversión⁹⁷ establece:

4. The environmental and social risks and impacts which the Bank will take into account in its due diligence are project-related and include the following: (...) (b) Social risks and impacts, including: (i) threats to human security through the escalation of personal, communal or interstate conflict, crime or violence; (ii) risks that project impacts fall disproportionately on individuals or groups who, because of their particular circumstances, may be disadvantaged or vulnerable;⁹⁸ (iii) any

⁹⁶ ONU, Asamblea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2015. 69/313. Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba)*. Disponible en: <https://hub.arcgis.com/documents/sigalcmzll::resoluci%C3%B3n-69-313-asamblea-general-naciones-unidas/explore>.

⁹⁷ Banco Mundial, *Work Bank Environmental and Social Policy for Investment Project Financing*.

Disponible en:

<https://pubdocs.worldbank.org/en/360141554756701078/World-Bank-Environmental-and-Social-Policy-for-Investment-Project-Financing.pdf>.

⁹⁸ Disadvantaged or vulnerable refers to those who may be more likely to be adversely affected by the project impacts and/or more limited than others in their ability to take advantage of a project's benefits. Such an individual/group is also more likely to be excluded from/unable to participate fully in the mainstream consultation process and as such may require specific measures and/or assistance to do so. This will take into account considerations relating to age, including the elderly

prejudice or discrimination toward individuals or groups in providing access to development resources and project benefits, particularly in the case of those who may be disadvantaged or vulnerable; (iv) negative economic and social impacts relating to the involuntary taking of land or restrictions on land use; (v) risks or impacts associated with land and natural resource tenure and use, including (as relevant) potential project impacts on local land use patterns and tenurial arrangements, land access and availability, food security and land values, and any corresponding risks related to conflict or contestation over land and natural resources; (vi) impacts on the health, safety and well-being of workers and project-affected communities; and (vii) risks to cultural heritage.

No hay duda de que los temas tratados en los documentos de derecho indicativo analizados son altamente complejos. Sin embargo, lo que llama la atención es que se habla poco sobre los aspectos de la digitalización y sus impactos en el sector financiero, especialmente en el ámbito de los derechos humanos. Como se mencionó anteriormente, la transformación digital que está experimentando el sector financiero, a nivel mundial, está estrechamente relacionada con el acceso democratizado a las finanzas y la descentralización de los servicios financieros, por lo que es fundamental que las organizaciones que debaten sobre la responsabilidad en el sector financiero también alineen sus lineamientos con los aspectos tecnológicos involucrados.

5. Conclusiones

Las recomendaciones provenientes de organizaciones no gubernamentales además de incentivar el debate sobre la prestación de servicios financieros de manera responsable, alientan futuras inversiones en el área, provenientes de políticas públicas o del sector privado, siendo este el camino a seguir para implementan la filosofía según la cual el crédito sea visto como un derecho humano, exaltando la inseparabilidad del sector financiero y el ámbito de los derechos humanos.

En relación con Brasil, si bien la discusión sobre la descentralización y democratización de los servicios financieros está avanzada, ciertamente hay mucho por hacer. Si bien ha habido un relativo retraso en la regulación del microcrédito en su conjunto —que es visto como un instrumento importante para promover la descentralización y la democratización en el sector financiero—, lo

and minors, and including in circumstances where they may be separated from their family, the community or other individuals upon whom they depend. (Cita de la propia transcripción).

cierto es que el BCB está comprometido, principalmente, a reducir el costo del crédito e impulsar el crédito, competitividad entre las instituciones financieras, ya que existe una agenda muy estructurada al respecto que guía las decisiones del organismo. Los programas internacionales, a su vez, contribuyen en gran medida al surgimiento (y mantenimiento) de un diálogo entre las instituciones financieras y las diferentes naciones, abriendo la inversión extranjera.

La inclusión financiera de una parte de la población brasileña, principalmente de aquellos que no tenían acceso a transacciones financieras en ningún tipo de institución tradicional, requiere mayor tecnología, mayor simplicidad en los procesos burocráticos y evolución en los modelos de otorgamiento de crédito, incluyendo la amplitud del tipo de microcrédito. Por eso, las fintech se destacan por su presencia, aunque sea completamente virtual, en los municipios brasileños. Según una encuesta realizada por Zetta, el 44% de los municipios brasileños no tienen sucursal bancaria y, por otro lado, hay clientes fintech en el 100% de los municipios, demostrando una excelente penetración en el territorio nacional.

La conclusión a la que se llega es que los avances en la regulación del uso de la tecnología en el sector financiero son directamente proporcionales a las inversiones realizadas en instituciones financieras innovadoras, con señales claras de que, en los hechos, el sistema financiero atraviesa un momento de disrupción, buscando satisfacer las necesidades futuras de los clientes y, principalmente, dignificar a aquella parte de la población que anhela poder ejercer todos los derechos derivados de la ciudadanía financiera.

6. Referencias

Arbex, Pedro, “Para a Facio, o cheque especial dos bancos é um produto jurássico”, *Brazil Journal*, noviembre 2020. Disponible en: <https://braziljournal.com/para-a-facio-o-cheque-especial-dos-bancos-e-um-produto-jurassico#:~:text=A%20solu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Facio%20permite,a%2032%25%20ao%20m%C3%AAs>.

Banco Central do Brasil, Cidadania Financeira. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Informacoes_gerais/conceito_cidadania_financeira.pdf

_____, Microcrédito, 2020. Disponible en:
[https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao,
 /EstudosEspeciais/EE079_Microcredito.pdf.](https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE079_Microcredito.pdf)

_____, *Mudanças no Cheque Especial e Simulação de Seus Impactos nos Dispendios dos Correntistas.* Disponible en:
[https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE084_Mu
 dancas_no_cheque_especial_e_simulacao_de_seus_impactos_nos_dispendios
 _dos_correntistas.pdf.](https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE084_Mudancas_no_cheque_especial_e_simulacao_de_seus_impactos_nos_dispendios_dos_correntistas.pdf)

_____, *Relatório de Inclusão Financeira nº 3.* Disponible en:
[http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/RIF2015.pdf.](http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/RIF2015.pdf)

_____, *Resolução n. 2099/94.* Disponible en:
[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2099_v1_O.pdf.](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2099_v1_O.pdf)

_____, *Resolução n. 4480/16.* Disponible en:
[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/
 Lists/Normativos/Attachments/50185/Res_4480_v1_O.pdf.](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50185/Res_4480_v1_O.pdf)

_____, *Resolução n. 4.765/19.* Disponible en:
[https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-4.765-de-27-de-outubro-de-2019-2
 30177207](https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-4.765-de-27-de-outubro-de-2019-230177207)

_____, *Sobre a Agenda BC#.* Disponible en:
[https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bchashtag.](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bchashtag)

Banco Mundial, *Work Bank Environmental and Social Policy for Investment Project Financing.* Diponible en:
[https://pubdocs.worldbank.org/en/360141554756701078/World-Bank-Environme
 ntal-and-Social-Policy-for-Investment-Project-Financing.pdf](https://pubdocs.worldbank.org/en/360141554756701078/World-Bank-Environmental-and-Social-Policy-for-Investment-Project-Financing.pdf)

BM&FBOVESPA, “*Novo Valor – Sustentabilidade nas Empresas*”. *Como começar, quem envolver e o que priorizar*, 2ª ed. revisada y actualizada, 2016. Disponible en:

[http://www.b3.com.br/data/files/D3/D0/0F/6C/FE07751035EA4575790D8AA8/G
 uiaNovoValor_SustentabilidadeNasEmpresas_PT.PDF](http://www.b3.com.br/data/files/D3/D0/0F/6C/FE07751035EA4575790D8AA8/GuiaNovoValor_SustentabilidadeNasEmpresas_PT.PDF)

Bradesco S.A., *Apresentação Institucional ESG.* Disponible en:
[https://www.bradescom.com.br/informacoes-ao-mercado/apresentacoes/.](https://www.bradescom.com.br/informacoes-ao-mercado/apresentacoes/)

Christensen, Clayton M.; Raynor, Michael E. y McDonald, Rory, "What Is Disruptive Innovation?", *Harvard Business Review*. Disponible en: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>.

Creditas. Disponible en: <https://www.creditas.com/>

Diamandis, Peter H., "3 Big Ways Tech Is Disrupting Global Finance", *Singularity Hub*. Disponible en: <https://singularityhub.com/2018/10/01/3-big-ways-tech-is-disrupting-global-finance/#sm.0001nmyxcjxemdopsrb2jhrwdbos6>.

Facio. Disponible en: <https://www.facio.com.br/sobre-a-facio>.

Itaú Unibanco S.A., "Compromissos de Impacto Positivo". Disponible en: <https://www.italu.com.br/relacoes-com-investidores/Download.aspx?Arquivo=+0EVNOAehJuYXMH1WYUQyg==>.

Instituto Locomotiva, "Lab News: 34 milhões de brasileiros não tem acesso a serviços bancários". Disponible en: <https://ilocomotiva.com.br/clipping/labs-news-34-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-servicos-bancarios/>.

Leite, Vitor, "O que a sigla ESG quer dizer sobre uma empresa", *Blog Nubank*. Disponible en: <https://blog.nubank.com.br/esg-o-que-e/>.

Lima, Carolina Rocha y Nogueira, Rafaela, "A Revolução dos entrantes: competitividade e inclusão financeira". Disponible en: <https://somozetta.org.br/wp-content/uploads/2022/02/A-Revoluc%CC%A7a%CC%83o-dos-Entrantes-PT-Desktop.pdf>.

Martins, Paulo, Winograd, Adrei y Carvalho, Renata, *Oferecimento de serviços financeiros por instituições financeiras strictu sensu (bancos, financeiras, Sociedades de Crédito ao Microempreendedor, e cooperativas de crédito) ou não (Organizações não Governamentais, e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), para pessoas e empresas tradicionalmente excluídas do sistema financeiro tradicional*, Rio de Janeiro, 2002. Disponible en: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/microfin/06regulamentacao.pdf.

Microcrédito. Banco Central do Brasil. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE079_Microcredito.pdf.

Nogueira Neto, Adriano Marçal e Araujo, Brenda Andrade, “Transformação digital no sistema bancário brasileiro: um estudo sobre as fintechs”, Disponible en: <http://repositorio.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10031686.pdf>.

ONU, Asamea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2015. 69/313. Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba)*. Disponible en: <https://hub.arcgis.com/documents/sigalcmzli::resoluci%C3%B3n-69-313-asamblea-general-naciones-unidas/explore>

ONU Brasil, “Bancos precisam considerar critérios de direitos humanos ao conceder crédito, diz ONU”, *Democracia e Mundo do Trabalho*, sección debate, 2 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.dmtemdebate.com.br/bancos-precisam-considerar-criterios-de-direitos-humanos-ao-conceder-credito-diz-onu/>.

Rebel. Disponible en: <https://www.rebel.com.br/>.

Resolución del Banco Central de Brasil; CMN 2099/94 Disponible en: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1994/pdf/res_2099_v1_O.pdf.

S/a, “Environmental and Social Policies”. The World Bank, 2021. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-policies>.

S/a, Fintechs de Crédito e Bancos Digitais. Banco Central do Brasil. https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE089_Fintechs_de_credito_e_bancos_digitais.pdf.

Srinivas, Val y Angus Ross, “Accelerating digital transformation in banking. Findings from the global consumer survey on digital banking”, *Deloitte insights*, 2018. Disponible en: <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/financial-services/digital-transformation-in-banking-global-customer-survey.html/#endnote-sup-2>

Startupstowatch. Disponible en: <https://www.startupstowatch.com.br/#/>.

The Global Compact, *Who cares wins, Connecting Financial Markets to a Changing World. Recomendations by the financial industry to better integrate environmental, social and governance issues in analysis, asset management and securities brokerage*, Swiss Federal Department of Foreign Affairs and United Nations Department of Public Information, 2004. Disponible en https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2FFinancial_markets%2Fwho_cares_who_wins.pdf.

UNEP, Finance Initiative, *Banks and Human Rights: A Legal Analysis. A collaboration between Foley Hoag LLP and the United Nations Environment Programme Finance Initiative*, Washington, Foley Hoag LLP, 2015. Disponible en: <https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/BanksandHumanRights.pdf>.

———, *Our members*. Disponible en: <https://www.unepfi.org/members/>.

———, *Principles for responsible Banking. Shaping the future of banking*. Disponible en: <https://www.unepfi.org/banking/bankingprinciples/>.

———, *United Nations Environment Programme Finance Initiative. The UN-convened network of banks, insurers and investors accelerating sustainable development. Catalysing action across the financial system to support the transition to more sustainable and inclusive economies worldwide*. Disponible en: <https://www.unepfi.org/>.

World Bank Environmental and Social Policy for Investment Project Financing. <https://pubdocs.worldbank.org/en/360141554756701078/World-Bank-Environmental-and-Social-Policy-for-Investment-Project-Financing.pdf>.

Infraestructura Digital de Tecnologías Disruptivas y los Riesgos para los Derechos Humanos: Desafíos Regulatorios para el Internet de las Cosas (IoT)

*Digital Infrastructure of Disruptive Technologies and Human Rights Risks:
Regulatory Challenges for the Internet of Things (IoT)*

José Antonio Siqueira Pontes⁹⁹

Sumario: 1. Introducción; 2. Transformaciones de la infraestructura digital y formación de valores públicos y privados para la protección de los derechos humanos; 3. Qué es el Internet de las cosas – IoT, sus promesas y sus amenazas a los derechos fundamentales; 4. Sobre los marcos regulatorios internacionales para IoT y la cuestión específica de los derechos humanos; 5. Conclusiones: Horizontes de la regulación de IoT con atención a los derechos humanos, 6.

Referencias.

Resumen: Las fuerzas tecnológicas de producción no solo avanzaron las comunicaciones interpersonales y rediseñaron las interacciones entre software, hardware, personas y cosas, sino que también se arraigaron en las formas de vida, constituyendo nuevas subjetividades y relaciones, la mediación del trabajo humano con la naturaleza e incluso las formas de organización civil y gobierno. La “revolución industrial 4.0” actualmente en curso revela los impactos de las tecnologías digitalizadas en red en la economía ya globalizada. El internet de las cosas (en adelante IoT por sus siglas en inglés) es una de las ramas más fantásticas entre las tecnologías disruptivas del presente, que han ido profundizando las rápidas interacciones en las relaciones sociales y en las cadenas de producción, suministro y servicios. Existe una gran expectativa de que los actuales procesos de formación de valores públicos y privados para la protección de los derechos humanos guíen los desarrollos económicos y

⁹⁹ Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (USP). Co-coordinador del grupo de investigación sobre cumplimiento empresarial en Facamp – Campinas - Brasil. Profesor investigador de la licenciatura y de la maestría académica en derecho de Facamp. Redactor jefe de la revista DESC (desc.facamp.com.br). Profesor de la Licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de Sorocaba (FADI)/Brasil. Direcciones de correo electrónico: jose.pontes@facamp.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4580-286X>

tecnológicos con centralidad en el ser humano. La investigación parte de preguntas más generales sobre los derechos fundamentales en la era digital para ampliar la mirada sobre la protección de los derechos humanos relacionados con el IoT. La primera sección está dirigida a los dilemas sobre los derechos humanos y la IoT. La segunda sección trata sobre qué es el IoT, sus promesas, sus amenazas. La tercera sección investiga la hipótesis de si existe propiamente un campo específico de IoT alrededor de los marcos regulatorios disponibles, y si el tema IoT ya existe en Brasil. La conclusión esperada es que el término “tecnologías disruptivas” puede arrojar luz sobre diferentes formas de regulación. La investigación sigue la revisión bibliográfica según un método descriptivo-analítico.

Palabras clave: Internet de las cosas; derechos humanos; tecnologías disruptivas; regulación; ESG; cumplimiento.

Abstract: The technological forces of production not only advanced interpersonal communications and redesigned the interactions between software, hardware, people, and things, but also became ingrained in ways of life, constituting new subjectivities and relationships, mediating human labor with nature, and even forms of civil organization and government. The "industrial revolution 4.0" currently underway reveals the impacts of digitalized networked technologies on the already globalized economy. The Internet of Things is one of the most fantastic branches among the disruptive technologies of the present, which have been deepening the rapid interactions in social relations and in production, supply and service chains. There is a great expectation that the current processes of formation of public and private values for the protection of human rights will guide economic and technological developments with centrality in the human being. The research starts from more general questions about fundamental rights in the digital age to broaden the look on the protection of human rights related to IoT. The first section addresses dilemmas about human rights and IoT. The second section is about what does IoT is, its promises, its threats. The third section investigates the hypothesis of whether there is properly a specific field of IoT around the available regulatory frameworks, then if the IoT topic already exists in Brazil. The expected

conclusion is that the term "disruptive technologies" can also shed light on different forms of regulation. The research follows the bibliographic review according to a descriptive-analytical method.

Keywords: Internet of Things; human rights; disruptive technologies; regulation; ESG; compliance.

Resumo: As forças tecnológicas de produção não apenas avançaram as comunicações interpessoais e redesenharam as interações entre softwares, hardwares, pessoas e coisas, mas também se enraizaram nas formas de vida, constituindo novas subjetividades e relações, a mediação do trabalho humano com a natureza e até mesmo as formas de organização civil e governo. A internet das coisas é um dos ramos mais fantásticos entre as tecnologias disruptivas do presente, que vêm aprofundando as rápidas interações nas relações sociais e nas cadeias de produção, suprimentos e serviços. Há uma grande expectativa de que os processos atuais de formação de valores públicos e privados para a proteção de direitos humanos orientem os desenvolvimentos econômico e tecnológico com centralidade no ser humano. A pesquisa parte de questionamentos mais gerais em matéria de direitos fundamentais na era digital para expandir o olhar à proteção de direitos humanos relacionados à IoT. A primeira seção é destinada aos dilemas sobre direitos humanos e IoT. A segunda seção trata do que é a IoT, suas promessas, suas ameaças. A terceira seção investiga a hipótese se existe propriamente um campo especificamente da IoT em torno dos marcos regulatórios disponíveis, então se o tema IoT já existe no Brasil. A conclusão esperada é que o termo "tecnologias disruptivas" pode jogar luzes também a diferentes formas de regulação, em busca de uma maior efetividade dos direitos humanos em toda a rede infraestrutural digital a partir da IoT. A pesquisa segue a revisão bibliográfica segundo um método descritivo-analítico.

Palabras clave: Internet das Coisas; direitos humanos; tecnologias disruptivas; regulação; ESG; compliance.

1. Introducción

Cuando el cantante brasileño Gilberto Gil lanzó la canción "*Pela Internet*" en Brasil en 1997, el mundo se quedaba asombrado por las promesas de la tecnología en

conectividad, conocimiento y desarrollo. Con un ordenador barato y una conexión telefónica dial-up era posible, como dice la letra de Gil, “*criar meu website, fazer minha home-page, (...) uma jangada, um barco que veleje, que veleje nesse infomar*”.¹⁰⁰ Los teléfonos celulares ya estaban muy extendidos, pero no eran lo suficientemente inteligentes como para conectarse a internet. En la red mundial liderada por las empresas del *Silicon Valley* en Estados Unidos, *Ebay* existía desde 1995 y *Google* se lanzaría en 1999.

En aquellos años, tecnologías como el “internet de las cosas” ya se habían concebido en experimentos prácticos, el principio de controlar aparatos a distancia ya estaba en práctica para los electrodomésticos pero aún quedaban muchas barreras técnicas por superar¹⁰¹ así como cierta controversia sobre quién acuñó el término IoT (por sus siglas en inglés).¹⁰²

Un cuarto de siglo después, las fuerzas tecnológicas de producción no sólo avanzaron las comunicaciones interpersonales y rediseñaron las interacciones entre *software*, *hardware*, personas y cosas, sino que también se enraizaron en las formas de vida, constituyendo nuevas subjetividades y relaciones, la mediación del trabajo humano con la naturaleza e incluso las formas de organización civil y de gobierno. En consecuencia, estas formas de mediación digitalizada (de ahí “*medias*”) dan significados innovadores al común de las personas, cada vez más llevadas a creer que la realidad digital es un camino sin retorno e inevitable de la propia existencia humana en el planeta.

La llamada “revolución industrial 4.0” actualmente en marcha es frenética y ha impactado masivamente a las sociedades, su cultura, el medio ambiente y las personas.¹⁰³ Se caracteriza por los impactos de las tecnologías digitalizadas en

¹⁰⁰ Gil, Gilberto, “Pela internet”, *Quanta* 2, 1997. Traducción libre: “crear mi sitio web, hacer mi página de inicio, (...) una balsa, un barco que navega, que navega en este informar”.

¹⁰¹ Suresh, Priya; Vijay, Daniel J.; Parthasarathy, Velusamy, y Aswathy, R. H., “A state of the art review on the Internet of Things (IoT) history, technology and fields of deployment”, en 2014 International Conference on Science Engineering and Management Research (ICSEMR), pp. 1-8. IEEE, 2014. p. 2. Disponible en: <https://bit.ly/43LUaFT>.

¹⁰² Rose, Karen; Eldridge, Scott y Chapin, Lyman, “The internet of things: An overview”, *The internet society (ISOC)* núm. 80, 2015, pp. 1-80. Disponible en: <https://www.internetsociety.org/resources/doc/2015/iot-overview/>.

¹⁰³ Arroyo Lazo, Marco Antonio, “Schwab, Klaus. The Fourth Industrial Revolution”, Ginebra: World Economic Forum, 2016, 172 pp, *Economía*, vol. 41, núm. 81, 2018, pp. 194-197. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/20360>.

red en la economía ya globalizada y con especificidades como los servicios y productos digitales, la revolución en los suministros con tecnologías que acortan la relación espacio-tiempo a escala planetaria, como es el caso de la revolución que la impresión 3D hace en el flujo global de productos y servicios.¹⁰⁴ La era digital promete la creciente integración entre Internet y las máquinas controladas remotamente por ordenadores, teléfonos móviles, etcétera, alcanzando la integración con el medio ambiente, el cuerpo humano y otros seres vivos como el “Internet de las vacas”,¹⁰⁵ los dispositivos portátiles (*smart watch*) y la telecirugía robótica.¹⁰⁶ El combustible que alimenta sus calderas son los datos de toda naturaleza posible (personales, ambientales, biológicos), en una escala nunca imaginada, recopilados y ultra procesados a escala planetaria.¹⁰⁷

Estos son algunos ejemplos del Internet de las cosas (en adelante IoT por sus siglas en inglés), una de las ramas más fantásticas de las llamadas tecnologías disruptivas del presente,¹⁰⁸ que ha ido profundizando las rápidas interacciones en las relaciones sociales y en las cadenas de producción, suministro y servicios, integrándose con otras ramas de avance computacional cuántico o en nube y programación con Inteligencia Artificial (IA) o aprendizaje automático (*machine learning/ML*), requiriendo reformulaciones operativas y formas de comunicación, relaciones y modelos de negocio nunca antes vistos, que

¹⁰⁴ Sampaio, Isabella; Almeida, Mayara; Peterson Lobato, Eduardo Jorge; Aloisio Filho, Marcio Araújo y Saba, Hugo, “Mapeamento científico E tecnológico Sobre Impressão 3D”, *Peer Review*, 5 julio 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.53660/719.prw2213>.

¹⁰⁵ Estadão Conteúdo. Empresa brasileira desenvolve a 'internet das vacas'. G1. 2017. Disponible en:

<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/empresa-brasileira-desenvolve-a-internet-das-vacas.ghtml>.

¹⁰⁶ Takahashi, Thays, *A nova era das cirurgias à distância com robôs: Tecnologia 5G pode revolucionar e expandir cirurgias robóticas feitas remotamente, mas há desafios à vista, sobretudo no Brasil*, Veja SP, 2022. Disponible en: <https://saude.abril.com.br/coluna/com-a-palavra/a-nova-era-das-cirurgias-a-distancia-com-robos/>.

¹⁰⁷ Soh, Changrok, y Connolly, Daniel, “New frontiers of profit and risk: The Fourth Industrial Revolution’s impact on business and human rights”, *New Political Economy*, vol. 26, núm. 1, 2021, pp. 168-185. Disponible en: <http://humanasia.org/wp-content/uploads/2020/02/New-Frontiers-of-Profit-and-Risk-The-Fourth-Industrial-Revolution-s-Impact-on-Business-and-Human-Rights-1.pdf>.

¹⁰⁸ “Disruptivo”, en varios idiomas, tiene un significado comúnmente asociado a fractura, ruptura, en algunas áreas técnicas haciendo referencia a torbellino o descarga eléctrica brusca. Houaiss, Antônio; de Salles Villar, Mauro y de Mello Franco, Francisco Manoel, “Dicionário Houaiss da língua portuguesa”. En Dicionário Houaiss da língua portuguesa, *on line*. Disponible en: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php.

extrapolan las limitaciones territoriales de sus agentes y provocan efectos positivos y negativos, con grandes cuestiones acerca de su regulación.

Entre las dimensiones de la regulación está el respeto a los derechos humanos en esta nueva realidad digital, como es claramente defendido por la ONU cuando identifica que las tecnologías digitales sólo serán óptimas si se promueven, defienden y son capaces de estimular nuevas formas de ejercicio y protección de los derechos humanos. Pero, en cambio, están en las tecnologías digitales las innumerables formas de suprimir, coaccionar y violar los derechos humanos y fundamentales en varios frentes y a una velocidad alucinante.¹⁰⁹

Esta investigación tiene como objetivo enumerar un campo exploratorio de desafíos para la conciencia ética y legal, con una revisión bibliográfica que pueda apoyar sólidamente algunos de los principales retos de la regulación específicamente legal de las interfaces digitales, con especial atención al IoT. Existe una gran expectativa de que los actuales procesos de formación de valores públicos y privados para la protección de los derechos humanos guíen los desarrollos económicos y tecnológicos con centralidad en el ser humano, en su dignidad, en contraste con la expansión no regulada de la infraestructura digital disruptiva.

Por tanto, la propuesta parte de cuestiones más generales en el campo de la responsabilidad de las naciones y empresas en materia de derechos fundamentales en la era digital para ampliar la mirada al ámbito específico de la protección de los derechos humanos específicamente relacionados con el IoT. Para ello, la investigación se organiza en un primer apartado dedicado a la discusión de los dilemas que plantean las nuevas infraestructuras digitales como requisito previo para la reflexión sobre los derechos humanos, orientada por las políticas públicas de los Estados y organismos internacionales con un creciente llamado a políticas complementarias de empresas privadas de todas las ramas de actividad.

En un segundo apartado, pasamos a una identificación más clara de lo que es el IoT, sus promesas, sus amenazas para llegar al punto de una mirada más

¹⁰⁹ Land, Molly K., y Aronson, Jay D., eds., *New technologies for human rights law and practice*, Cambridge University Press, 2018.

específica a los retos que se presentan para la protección de los derechos fundamentales específicamente en esta parte del “ecosistema digital”, que es el foco de una tercera sección. En esta, el objetivo es investigar la hipótesis si existe un campo de preocupación ético-jurídica específicamente del IoT que no esté ya cubierto en áreas afines como la circulación y protección de datos y de la privacidad, usos de inteligencia artificial, ciberseguridad y excesos de vigilancia, etcétera, o si existen formas concretas de relacionar el IoT con el concepto mismo de derechos humanos.

Después de nuclear algunos de los principales problemas relacionados con la regulación de las tecnologías disruptivas con la mirada puesta en el IoT, la conclusión deseada es que los cuestionamientos en torno al término “tecnologías disruptivas” también pueden arrojar luces sobre sus formas de regulación, sugiriendo que para regular las infraestructuras disruptivas, las respuestas éticas y jurídicas podrían o deberían aspirar a esta misma necesidad de “choque” en “torbellino”,¹¹⁰ si es posible algo así como una “tecno regulación disruptiva” en respuesta a los nuevos problemas de derechos humanos y fundamentales.

Por último, evaluar si el debate en torno a los marcos regulatorios en Brasil sobre el tema ya existe o si se limita, como se ha sugerido, a los otros sectores de la infraestructura disruptiva compartida por sus dispositivos, como la protección de datos, de la privacidad y la regulación de la inteligencia artificial.

2. Transformaciones de la infraestructura digital y la formación de valores públicos y privados para la protección de los derechos humanos

2.1. Expectativas y dilemas de la “revolución industrial 4.0”

Los efectos socioeconómicos de la revolución industrial 4.0 se destacan en muchos debates relacionados con los derechos humanos. Las cuestiones de desigualdad social y de desempleo estructural potencialmente agravadas por el desarrollo tecnológico están indirectamente relacionadas con los derechos sociales y económicos y se discute mucho la responsabilidad de los Estados y las empresas en la cooperación local e internacional, para resolver estos problemas,

¹¹⁰ *Vide nota 9 supra.*

colocado actualmente como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030.¹¹¹

Ahora es la infraestructura digital la que más impulsa grandes transformaciones en el derecho internacional y los derechos nacionales, porque genera conflictos entre países o entre Estados y empresas en temas como mayor o menor regulación y liberalización en finanzas, fiscalidad, protección de datos, educación y trabajo, medio ambiente y derechos humanos debido a las “disrupciones” que la revolución ha estado causando durante años.

En realidad, se trata de políticas públicas y sancionadoras complementadas, ejercidas y autorreguladas por agentes privados. Los estándares de conducta empresarial responsable son comprendidos con nuevos contornos por la ONU y la OCDE, para la difusión de valores públicos y agendas de compromisos, es decir, constituyen nuevos deberes para gobiernos y para empresas, vistas como sujetos de una sociedad global integrada que tiene por misión la necesaria racionalización, cooperación, con un llamamiento para que los capitales internacionales sean invertidos en valores públicos y ambientales.¹¹²

La reorientación de las políticas de desarrollo para las naciones que desde la posguerra ya adoptaban la noción de estado de bienestar social ahora las obliga a enfrentar directamente los diversos impactos de la infraestructura digital sobre los derechos humanos y sus nuevas caras originadas del progreso técnico, incluso el desarrollo de capacidades, el acceso a la educación y la inclusión digitales, o la protección social del trabajo desplazado por la tecnología, mucho más allá de la protección de la privacidad de los datos personales compartidos,¹¹³ entre otros temas como el papel cívico en Internet, en la vida política, una cuestión de

¹¹¹ CONECTAS, “Empresas e Direitos Humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório final de John Ruggie—Representante Especial do Secretário-Geral”, 2012. Disponible en: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principios_orientadoresruggie_mar20121.pdf.

¹¹² Schwab, Klaus, “Now is the time for a ‘great reset’”, *World Economic Forum*, vol. 3, 2020. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/06/now-is-the-time-for-a-great-reset/>.

¹¹³ OECD Publishing. “How's life in the digital age?: Opportunities and risks of the digital transformation for people's well-being”, Organisation for Economic Co-operation and Development OECD, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264311800-en>.

_____, “Well-being in the digital age”, OECD Going Digital Policy Note, OECD, París, 2019. Disponible en: www.oecd.org/going-digital/well-being-in-the-digital-age.pdf Access.

derechos civiles fundamentales y de educación básica mediadas irrefrenablemente por ordenadores, teléfonos móviles y otros dispositivos.¹¹⁴

También se espera que los gobiernos hagan la transición a una administración digital “por diseño”, lo que implica la reconfiguración y refuerzo de los valores públicos para trasladar al mundo digital todos los principios de una administración óptima, siempre con atención a los derechos fundamentales para la toma de decisiones proporcionales, en relación con el género, la raza y la igualdad de trato socioeconómico, conforme a los principios del debido proceso legal. El ciudadano nacional, sin embargo, es solo el eslabón final en una cadena de partes, globalmente llamadas partes interesadas.¹¹⁵

El primer desafío por enfrentar antes o con la ayuda de la marcha digital de la revolución industrial 4.0 es el obstáculo más fundamental para el desarrollo humano dentro de esta infraestructura. Si las tecnologías digitales pueden favorecer una nueva era de derechos humanos digitales o una tecnología centrada en el ser humano, actualmente el escenario excluyente es sumamente grave. La brecha digital, también llamada, “analfabetismo digital” o “*digital gap*”, se evidencia en el hecho de que la mitad de la población mundial no utiliza Internet y, en una comunidad global con ciudadanía digital, son apátridas digitales.¹¹⁶

2.2 Críticas a la infraestructura digital

Si el debate sobre la realización de derechos humanos económicos y sociales era cercano a la riqueza según indicadores de PIB per cápita y después se cambió a los estándares de desarrollo humano y del enfoque de las capacidades (años 1990), más recientemente se amplió el rango de análisis para la protección de tales derechos no por Estados, sino también por empresas. De ahí que, por

¹¹⁴ Ranchordás, Sofia, “Connected but Still Excluded?, Digital Exclusion beyond Internet Access,” en Ienca, Marcello *et. al.*; (eds), *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences and Human Rights*, Cambridge University Press, 2022,

¹¹⁵ OECD Publishing, *op. cit.*, nota 15.

¹¹⁶ World Bank, “Roughly half of the world’s population (3.5 billion) is online”, 2020. Disponible en: <https://datacatalog.worldbank.org/individuals-usinginternet-population>.

Paré, Daniel, “The digital divide: why the ‘the’ is misleading”, *Human Rights in the Digital Age*. Routledge-Cavendish, 2016. p. 4. Disponible en: https://www.academia.edu/download/3562356/Digital_Divides_-_Why_the_the_is_misleading.pdf.

En el mismo sentido de distintas formas de exclusión digital Ranchordás, Sofia, *op. cit.* nota 16.

supuesto, no pasaría por alto el papel del sector privado en la constitución de la nueva fase digital del capitalismo global a empezar por el hecho de que el propio acceso de las personas a las formas de vida digitalizadas se da, en gran parte, dentro del “ecosistema” de propiedad intelectual de las grandes empresas de tecnología de Estados Unidos, lo que desafía de salida el interés público y la neutralidad de estas tecnologías y ya moldeaba la propia noción de espacio público muy distinta de cómo lo conocíamos.

Entre las críticas moderadas en este sentido, uno de los principales foros internacionales de discusión sobre los rumores de internet, el Foro para la Gobernanza de Internet (IGF), ha enfrentado dilemas éticos de la infraestructura digital al advertir, por ejemplo, que “a diferencia de lo que ocurre en el mundo *off-line*, donde las interacciones socioeconómicas tienen lugar principalmente en espacios públicos o casi públicos, el mundo digital todas esas interacciones están cerradas dentro de tecnoestructuras de propiedad privada”. [Y propone] “un nuevo modelo digital del local al global (...) que apoye el local y promueva la autodeterminación democrática, sin comprometer los importantes beneficios de la globalidad de la esfera digital”.¹¹⁷

También hay análisis más ácidos del lema central de las nuevas formas de interacción de la cuarta revolución industrial, o sea, la “innovación” así como es ampliamente defendida para orientar los procesos de toma de decisiones por empresas y gobiernos. Este concepto ha sido duramente criticado por no tener necesariamente una vocación original de valores públicos, como la inclusión social o la puesta de la tecnología al servicio de los derechos humanos. Entre estos análisis, el del sociólogo Boaventura de Sousa, que nombra a los culpables de las nuevas formas de inhumanidad digitalizada como “La sofisticación tecnológica se orienta a colapsar la distancia con la proximidad (tweets y soundbites), la institucionalidad con la subliminalidad (mediante la producción en masa de la máxima personalización), la verdad y la mentira o las medias verdades (hiper

¹¹⁷ IHU. Um manifesto pela justiça digital, Instituto Humanitas Unisinos, 2020. Disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/596300-um-manifesto-pela-justica-digital>.

simplificaciones, trivialización del horror, transmisión selectiva de conflictos sociales)”.¹¹⁸

Es por eso que los argumentos en contra son duros cuando se ve que la infraestructura del propio proceso de producción y circulación de bienes y servicios comienza a migrar al “ecosistema digital” creando nuevos problemas en línea, que aún están en un horizonte lejano disociado del mundo real fuera de línea, porque detrás de las virtualidades digitales, hay conexiones en la relación entre el trabajo humano, la energía y la maquinaria concreta son bastante reales, con desafíos aún más severos para la protección de los derechos fundamentales que las tecnologías disruptivas ocasionan, extendidas en redes de servicios que son turbias y precarias, porque son altamente rotativas.

Si la colaboración de micro tareas se produce a distancia en redes distribuidas de trabajadores, el riesgo de que una empresa sea acusada de violar los derechos humanos es drásticamente limitado en comparación con una empresa tradicional con sus empleados que trabajan juntos y supervisados en una ubicación física. De hecho, el empleado basado en la nube de mañana sólo puede trabajar para una empresa durante unas pocas horas antes de pasar a otro proyecto. Desde la perspectiva de la responsabilidad de los derechos humanos de las empresas, menos interacción humana en el lugar de trabajo reduce el riesgo. [*4a Revolución Industrial].¹¹⁹

Este es el conocido tema de la “*Gig economy*”, uno de los factores que no debe ser olvidado en las definiciones de responsabilidad social, a pesar de ser uno de los engranajes del concepto mismo de innovación tecnológica digital:

De hecho, las mejoras en la autonomía y la conectividad de las máquinas han creado nuevas posibilidades para que las empresas adopten estructuras de gobierno distribuidas que deleguen la toma de decisiones y el riesgo en un enjambre de colaboradores temporales. Este proceso es similar al cambio de riesgo y responsabilidad de las empresas a los trabajadores individuales a través de la economía de trabajos temporales.¹²⁰

¹¹⁸ De Sousa Santos, Boaventura, *Revolução tecnológica num mundo regredido? Outras Palavras*, 2019. Disponible en: <https://outraspalavras.net/mercadovsdemocracia/revolucao-tecnologica-num-mundo-regredido/>.

¹¹⁹ Rifkin, Jeremy, “How the third industrial revolution will create a green economy”. *New Perspectives Quarterly*, vol. 33, núm. 1, 2016, p. 8.

¹²⁰ Soh and Connolly, *op. cit.* nota 9, p.10.

Wood, Alex J.; Graham, Mark; Lehdonvirta, Vili y Hjorth, Isis, “Networked but commodified: The (dis) embeddedness of digital labour in the gig economy”, *Sociology*, vol. 53, núm. 5, 2019, pp. 931-950.

Además, otra crítica a los riesgos que implica la interrelación de intereses públicos y privados en Estados Unidos la realiza Naomi Klein, quien advierte sobre un futuro digital poco prometedor para la mayoría de la población. La autora señala los impactos reales de una infraestructura digital que aún depende en gran medida del sistema de producción globalizado, que no ha resuelto los viejos problemas de los derechos humanos:

Es un futuro que afirma que se ejecuta en “inteligencia artificial”, pero que en realidad se mantiene unido por decenas de millones de trabajadores anónimos escondidos en almacenes, centros de datos, fábricas de moderación de contenidos, talleres electrónicos clandestinos, minas de litio, granjas industriales, plantas de procesamiento de carne y cárceles, donde se les deja sin protección contra la enfermedad y la hiper explotación. Es un futuro en el que cada movimiento, cada palabra, cada relación es rastreable, trascendente y minerable por las colaboraciones sin precedentes entre el gobierno y los gigantes de la tecnología.

(...) Sobre el seguimiento de la ubicación y el comercio sin efectivo que elimina nuestra privacidad y endurece la discriminación racial y de género. Sobre plataformas de redes sociales sin escrúpulos que envenenan nuestra ecología de la información y la salud mental de nuestros niños. Sobre “ciudades inteligentes” llenas de sensores que sustituyen al gobierno local. Sobre los buenos trabajos que estas tecnologías eliminaron. Sobre los malos puestos de trabajo que produjeron en masa.¹²¹

Existen muchos sesgos analíticos para la formación de valores públicos y privados en la era digital hacia la protección efectiva de los derechos humanos. En otro frente, las respuestas más optimistas proponen la transformación del propio sistema capitalista, en un cambio de paradigma del sistema productivo como condición de las transformaciones digitales. Jeremy Rifkin apunta a un nuevo capitalismo verde con una gran inversión pública y privada en sostenibilidad (“*Green new deal*”), ayudado por las tecnologías digitales.¹²² En esta nueva era, se produciría el surgimiento de una ideología verde para guiar la formación de valores defendidos por foros económicos y organismos como la OCDE.¹²³

¹²¹ Klein, Naomi, “How big tech plans to profit from the pandemic”, *The Guardian*, vol. 13, núm. 5, 2020. Disponible en: <https://www.theguardian.com/news/2020/may/13/naomi-klein-how-big-tech-plans-to-profit-from-coronavirus-pandemic>.

¹²² Rifkin, Jeremy, *op. cit.*, nota 21, pp. 6-10.

Rifkin, Jeremy, “Towards internet of things and shared economy”, *2 Corporation Research*, 2015, pp. 14-21.

¹²³ Rifkin, Jeremy. *The green new deal: Why the fossil fuel civilization will collapse by 2028, and the bold economic plan to save life on earth*, St. Martin's Press, 2019, E-book, Cap. 6.

2.3. *Visión crítica de la responsabilidad ambiental y social de las empresas privadas del sector*

Por estas razones, existen muchas presiones sobre el papel de las empresas, especialmente de los gigantes tecnológicos, ya que el entorno de estas relaciones es en gran medida de propiedad privada y dependiente de una red externa de extractivismo, industria y servicios privados. En general, las preocupaciones de la ética empresarial se traducen por la noción de responsabilidad social corporativa (o discurso “ESG”), pero es discutible si la noción de “gobernanza digital” igualmente dirige las acciones cada vez más hacia la participación de la comunidad de entorno, los así llamados “*stakeholders*”, que en el ámbito digital involucra a tantos desde la cadena de suministro hasta la distribución del producto o servicio, que prácticamente se puede ampliar a toda la comunidad internacional.¹²⁴

Pero dentro y fuera de los muros de otra base infraestructural, ahora digital y disruptiva, ¿cómo se ven estos deberes en relación con la desigualdad económica, el desarrollo de las capacidades humanas, la protección del medio ambiente, el trabajo digno y bien remunerado, el ejercicio de la ciudadanía y el acceso a los servicios públicos, si estos males parecen magnificados por la brecha digital, por las “*fake news*”, por la escalada exponencial de discriminaciones de todo tipo en los medios digitales?

En cuanto a la cuestión medioambiental, son muy llamativas las críticas sobre el coste-beneficio ecológico del desarrollo digital y los grandes impactos medioambientales del despliegue mundial de la red 5G.¹²⁵ Estudios recientes demuestran que la ecuación entre obsolescencia programada, producción y consumo de dispositivos eléctricos y digitales supone un desafío sin precedentes

¹²⁴ Schwab, Klaus, “Now is the time for a ‘great reset’”, *op. cit.* nota 14.

Lourenço Defilippi Hobeika, Monica, “Las empresas transnacionales y los derechos humanos. El camino hacia una acción más responsable: el compliance en derechos humanos”. PhD diss., Universidad Pablo de Olavide, 2019.

Teubner, Gunther, “Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 2011, pp. 617-638.

¹²⁵ IHU, Um manifesto pela justiça digital, *op. cit.* nota 19.

para cualquier posibilidad de sostenibilidad medioambiental.¹²⁶ Esto es lo que señala Priya Suresh sobre el poder discrecional y no regulado de la obsolescencia programada de los instrumentos digitales, que en un clic generan toneladas de residuos electrónicos.¹²⁷

Con estos desafíos, no basta con que las empresas privadas, en particular las *Big Tech*, su red de proveedores y servicios, y sus usuarios, ejerzan presión política contra los Estados no democráticos que utilizan las tecnologías estatales para controlar, vigilar y restringir el acceso a Internet y la libre expresión del pensamiento.¹²⁸ Y tampoco basta con adoptar “políticas responsables” si es su propia infraestructura la que está entre las causas del mal uso de los datos personales, de la programación y los recursos digitales éticamente desviados, de las desigualdades que se ejercen realmente en las redes y de los sesgos discriminatorios derivados de la ingeniería de programación inherente al sistema.

Los diagnósticos de la doctrina indican desafíos sin precedentes. Incluso con un impacto positivo, los nuevos estándares “soft”¹²⁹ en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU no fueron diseñados con el potencial de abordar la avalancha digital que observamos.

Quizás por eso, el primer paso sea enfrentar y superar las denuncias de voces críticas que prevén un vaciamiento de los discursos de protección de los derechos humanos. Potenciado por la prisa causada por la pandemia de COVID-19, en lugar de “capitalismo *ESG*” y “*Green new deal*”, se tacha un nuevo mundo constituido por lo digital con la expresión “*Screen new deal*”. Por supuesto, la responsabilidad compartida entre las esferas pública y privada se destaca cuando las políticas de protección demandan, en el fondo, políticas públicas y la formación de valor colectivo.¹³⁰

¹²⁶ Gollakota, Anjani R. K, Gautam, Sneha y Shu, Chi-Min, “Inconsistencies of e-waste management in developing nations—Facts and plausible solutions”, *Journal of environmental management*, núm. 261, 2020, pp. 110234. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Ravikiran-Anjani/publication/339640715_Inconsistencies_of_e-waste_management_in_developing_nations_-_Facts_and_plausible_solutions/links/5fc45dae92851c933f769389/Inconsistencies-of-e-waste-management-in-developing-nations-Facts-and-plausible-solutions.pdf.

¹²⁷ Suresh, Priya *et al.* *op. cit.*, nota 3, p. 7.

¹²⁸ Soh, Changrok, and Daniel Connolly, *op. cit.* nota 9, p. 6.

¹²⁹ CONECTAS, *op. cit.*, nota 13.

¹³⁰ Klein, Naomi, *op. cit.* nota 23.

Una protección real de los derechos humanos solo tendrá tiempo en la revolución digital en marcha una vez que se alteren sustancialmente las nociones de actitudes *ESG*, responsabilidad social corporativa globalizada, autorregulación privada y las consiguientes medidas públicas en términos de hetero regulación, quizás más allá de las vías tradicionales, como los tratados internacionales entre Estados o allá de las vías recientes, como guías de orientación blandas en estilo ODS 2030 de la ONU.

La investigación sobre derechos humanos en la era actual, por lo tanto, agudiza la vieja cuestión de su efectividad. Tal vez solo un enfoque holístico, integral, multidisciplinario, cooperativo y colectivo, que cree valor público, podría lograr de manera eficiente aquello a lo que aspira la comunidad internacional, es decir, podría otorgar a “todas las partes interesadas oportunidades equitativas y justas para ser informadas y consultadas e involucrarlas activamente en todas las fases del ciclo de políticas y proyectos de prestación de servicios. Esto debe hacerse en tiempo y forma y a un costo mínimo, evitando redundancias para minimizar la fatiga de las consultas públicas”.¹³¹

Si todas estas preguntas, expectativas y críticas sumadas pueden iluminar la formación de valores públicos y privados para todas las áreas de la infraestructura digital, desde los *Big Data*, la computación en la nube, el *blockchain* hasta la Inteligencia Artificial y los super chips cuánticos que procesan datos a gran velocidad en redes muy poderosas (allá del 5G), también es necesario arrojar luces sobre el caso del IoT, en busca de especificidades debido a las hipótesis existentes en la regulación de sus tecnologías.

3. Qué es el Internet de las Cosas - IoT, sus promesas y sus amenazas para los derechos fundamentales

3.1 Definiciones básicas de la IoT

Si las definiciones y los usos de las nuevas tecnologías disruptivas tienen contornos difusos y dinámicos, también lo son los contornos actuales de las

¹³¹ OECD. Recommendation of the Council on Open Government, OECD/LEGAL/0438. OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0438>.

amenazas potenciales para los derechos fundamentales y los derechos humanos. Sólo en relación con el IoT y sus millones de aplicaciones,¹³² los casos de posibles violaciones de los derechos humanos a escala masiva y mundial ya llaman la atención.¹³³ En primer lugar, es importante un enfoque conceptual de la IoT.

El Internet de las Cosas (IoT) es una infraestructura que habilita servicios capaces de conectar cosas físicas y virtuales a Internet. Además de conectar cosas como vehículos y electrodomésticos, el IoT les permite procesar datos, lo que las convierte en “inteligentes” cuando son capaces de almacenar e intercambiar datos automáticamente en tiempo real y, con la ayuda de la inteligencia artificial, también son capaces de tomar decisiones relativamente autónomas.

El término “Internet de las cosas” fue acuñado por Kevin Ashton para describir una gran variedad de nuevos dispositivos de consumo (por ejemplo, teléfonos móviles, tabletas, relojes, brazaletes, diademas, cascos etc.) que rastrean, miden, registran y analizan diferentes aspectos personales de la vida diaria (por ejemplo, pasos dados en un día, calorías quemadas, frecuencia cardíaca, presión arterial o niveles de glucosa en sangre, horas dormidas, rendimiento futbolístico, exposición diaria a los rayos ultravioleta, necesidad de volver a aplicar protector solar, flujo sanguíneo, saturación de oxígeno al pedalear, hábitos de sueño, temperatura y patrones de respiración del bebé, cambios en el sistema nervioso autónomo para detectar el estado mental (por ejemplo, pasivo, excitable, pesimista, ansioso, equilibrado) y capacidad para lidiar con el estrés, actividad cerebral para rastrear la capacidad de concentración, etc.¹³⁴

En otras palabras, el IoT se resume a una red de dispositivos electrónicos programados para comunicarse con otros sistemas digitales a través de una conexión con o sin cables, intercambiando datos con otros dispositivos reales y virtuales mediante redes, especialmente Internet. Pero no es solo eso. Las formas de red y conexión varían según los dispositivos, a veces de forma compleja

¹³² Suresh, Priya *et al. op. cit. passim.*

Cook, Sam, *60+ IoT statistics and facts*, 2023. Disponible en: <https://www.comparitech.com/internet-providers/iot-statistics/>.

Atzori, Luigi; Lera, Antonio y Morabito, Giacomo, “The internet of things: A survey”, *Computer networks*, vol. 54, núm. 15, 2010, pp. 2787-2805. Disponible en: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/21568/11655>.

¹³³ Sloan, Hannah, *Human Rights and IoT: Tracking Violations and Improving Protections*, 2018. Disponible en: <https://www.iotforall.com/human-rights-iot-tracking-violations-improving-protections>.

¹³⁴ Iaione, Christian, “Legal Infrastructure and Urban Networks for Just and Democratic Smart Cities”, *Italian J. Pub. L.*, núm. 11, 2019, p. 747. Disponible en: https://iris.luiss.it/bitstream/11385/194906/1/laione_LEGAL%20INFRASTRUCTURE%20AND%20URBAN%20NETWORKS_IJPL.pdf.

utilizando exclusiva o simultáneamente conexiones vía 4G, 5G, wifi, bluetooth y otras radiofrecuencias con o sin cable, en redes abiertas o cerradas.

Lo que caracteriza específicamente el IoT es el monitoreo y control de objetos a distancia a través de una infraestructura comunicativa de *hardware* y *software* que puede conectar a las personas a las cosas, objetos y máquinas; o conectar maquinaria entre sí e incluso personas a personas y otros seres vivos. Por “monitoreo” se entiende el uso de sensores recopilando datos para análisis e intervención. Por “control” se puede entender que los usos más avanzados del IoT permiten acciones remotas de las máquinas sobre las cosas, en última instancia, el control remoto de todo lo que esté al alcance de la computación y la robótica en la red. “En términos muy simples, IoT se trata de intentar conectar casi todo en el mundo a Internet de alguna manera. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, el "Internet de las cosas" puede definirse, al menos por Cisco, como “el momento en el que se conectaron a Internet más 'cosas u objetos' que personas”. Según Cisco, ese punto se alcanzó alrededor de 2008-2009”.¹³⁵

En las interacciones colectivas, los usos más visibles del IoT en la vida cotidiana ya común de las grandes ciudades del planeta son la monitorización de datos biométricos mediante relojes inteligentes, el uso de aplicaciones de monitorización, control e información al usuario de rutas de autobús y tren, uso de aplicaciones GPS para calcular rutas sin obstáculos en tiempo real (*Waze*, *Google Maps*, etcétera), plataformas de taxis, coches privados, tipo de entrega en tiempo real, “*self check in*” y “*check out*” en hoteles, *Airbnb*, bicicletas compartidas en fichas, coches autónomos, monitorización y control automático de la cadena de producción, drones de guerra intermedios, comandos de satélites, telescopios y objetos siderales, sin mencionar que durante muchos años los aviones grandes ya han sido controlados vía satélite.

Con ambiciones de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y un fuerte impacto en la administración pública y cambios en la infraestructura de las ciudades (*smart cities*¹³⁶), el IoT promete espacios urbanos más eficientes en la

¹³⁵ Cook, Sam, *op. cit.*, nota 34.

¹³⁶ Miller, Anna, “Amsterdam is Now Europe’s First Named „Sharing City”, *Shareable* 24, 2015. Disponible en: <https://www.shareable.net/blog/amsterdam-is-noweuropes-first-named-sharing-city>.

asignación de recursos y la resolución de problemas, con promesas de más sostenibilidad con su uso. Otro ejemplo interesante y bastante viable ya en nuestros días es la programación de carreteras inteligentes según los flujos y horarios de pico.¹³⁷

Pero el concepto de IoT puede ser más amplio. La intervención corporal-biológica es un escenario más cercano a la bio-nanotecnología, además de las intervenciones quirúrgicas y medicamentosas ya controladas remotamente.¹³⁸ Derivaciones como *Internet of Everything* (IoE); *Internet of Nano-Things* (IoNT); *Bio Internet of Nano-things* (BioNT); *Medical Internet of Things* (MIoT); *Consumer Internet of Things* (CIoT); *Industrial Internet of Stuff* (IIoT), *Human Internet of Thing* (HIoT) etcétera son aún más referidas en la literatura.¹³⁹

Pero, por el contrario, la definición de IoT puede ser más estrecha para otros. Según Wolfgang Kleinwächter, no existe un Internet de las Cosas, sino “una única Internet con sistemas de sensores e identificadores pasivos y activos, con la misma infraestructura que la Internet normal, mediada por PAN (“*private areas networks*” / redes de área privada)”.¹⁴⁰

3.2. Riesgos potenciales de IoT para los derechos fundamentales

Estas divergencias conceptuales reflejan, por supuesto, la complejidad de las relaciones de red estructuradas para la producción y suministro de dispositivos IoT, con efectos también claros que dificultan su regulación ético-legal, como se

¹³⁷ RAC, *Smart motorways - what are they and how do you use them?*, 2022. Disponible en: <https://www.rac.co.uk/drive/advice/driving-advice/smart-motorways/>.

Atzori, Luigi; *et al.*, *op. cit.*, nota 34, p. 2794.

¹³⁸ Tzafestas, Spyros G., “Ethics and law in the internet of things world”, *Smart cities*, vol. 1, núm. 1, 2018, pp. 98-120. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/smartcities1010006>.

¹³⁹ Iaione, Christian, *op. cit.*, nota 36.

Conti, Marco; Passarella, Andrea y Das, Sajal K., “The Internet of People (IoP): A new wave in pervasive mobile computing”, *Pervasive and Mobile Computing*, vol. 41, 2017, pp. 1-27. Disponible en: https://www-old.iit.cnr.it/sites/default/files/1-s2.0-S1574119217303723-main_0.pdf.

Lehrach, Hans; Ionescu, Adrian y Benhabiles, N., “The Future of Health Care: deep data, smart sensors, virtual patients and the Internet-of-Humans”, *White Paper*, vol. 11, 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/future_health_fet_consultation.pdf.

¹⁴⁰ Kleinwächter, Wolfgang, “The governance dimension of the Internet of Things” *from the Internet of Things Conference The need for governance of the IoT: What role for the public sector?*, May 16, 2011 (Video). Disponible en: <http://kifu.videotorium.hu/en/recordings/3014/the-governance-dimension-of-the-internet-of-things>.

analizará a continuación. El dato inicial es que es intrínseco a la infraestructura disruptiva general las relaciones individuo-estado e individuo-empresa que permiten el control remoto y la manipulación de los dispositivos conectados y, por lo tanto, la información y los datos respectivos, el uso de aplicaciones IoT puede generar efectos bastante impactantes en relación con los derechos individuales.

Antes de abordar específicamente la relación entre IoT y los derechos humanos, la doctrina describe los puntos de contacto más extendidos con respecto a los derechos fundamentales. Los más evidentes son los riesgos de privacidad de los datos personales y la ciberseguridad, porque es a través de estos dispositivos sensores que el ecosistema digital expande el reconocimiento facial para la vigilancia pública y privada en la vida de las personas, recopila datos biométricos diariamente a través de teléfonos inteligentes, cajeros automáticos etcétera. El crecimiento constante de su uso es debido a los sensores en los más diversos tipos de equipos, no solo en vehículos, hogares y hospitales, como hemos visto, sino en edificios, postes y redes de infraestructura puestas a disposición por organismos públicos en el monitoreo de peatones, transporte, fronteras, aeropuertos.

La captura por sensores y el procesamiento de información personal en la red permite el acceso, mapeo y análisis del comportamiento individual y colectivo, económico y social, generando el más precioso conjunto de información masiva de nuestro tiempo (el *Big Data*), que puede ser utilizado para diversos fines, especialmente *marketing*. Por ejemplo, descuentos en planes de salud, precios de seguros de vehículos y promoción al consumidor por geolocalización. El lado oscuro de esta captura de sensores es el riesgo para otros derechos, como ya se puede ver en varios ejemplos:

En la tarificación de seguros de vehículos, la aplicación *Driverly* obtuvo recientemente el derecho a ajustarse al “perfil dinámico” monitoreado por IoT¹⁴¹ y, finalmente, el monitoreo del consumidor geolocalizado en tiempo real no solo puede beneficiar a una persona con promociones basadas en perfiles de vehículos recopilados y datos procesados, pero pueden discriminar y excluir a una persona en

¹⁴¹ FFNews, *Driverly achieves UK first with FCA authorisation for dynamically priced app based insurance*, 2023. Disponible en: <https://ffnews.com/newsarticle/driverly-achieves-uk-first-with-fca-authorisation-for-dynamically-priced-app-based-insurance/>.

base a cualquier criterio de mercado, por ejemplo, la información de que tiene deudas con entidades financieras, entre otras oscuridades.¹⁴²

Los sensores de la aplicación del habla *Canary*, actualmente de *Microsoft*, tienen el potencial de recolectar y procesar información que pretende conducir a la detección de enfermedades neurológicas a través de los patrones de voz asociados al Alzheimer y la enfermedad de Parkinson, pero este recurso, una vez en las manos de aseguradoras de salud, puede generar efectos discriminatorios perversos contra los usuarios sin transparencia.¹⁴³

El peor escenario se da con problemas de mal funcionamiento o vulnerabilidad de los sistemas de encriptación IoT en objetos con movilidad (vehículos, barcos, aviones) o con capacidad activa vía control remoto.

Ya en 2014, los dispositivos instalados en vehículos arrendados o alquilados en Estados Unidos se controlaban a la distancia.¹⁴⁴ Por ejemplo, la activación de un interruptor digital a distancia habría impedido a una mujer llevar a su hijo asmático al hospital en caso de emergencia, o como otra conductora que se salió de la carretera al apagarse su vehículo¹⁴⁵ y, en otro caso, se secuestraron vehículos en ruta en ataques de hackers, aunque de forma controlada en experimentos.¹⁴⁶

En cuanto a los electrodomésticos teledirigidos, no es difícil imaginar el riesgo de accidentes domésticos si hornos microondas, cocinas y tostadoras son interceptados por comandos maliciosos, como ya ha ocurrido en pruebas. Entre otras cosas, porque la vulnerabilidad de los sistemas permite a los piratas informáticos controlar los comandos de los ordenadores domésticos entrando por la puerta vulnerable del dispositivo IoT, ya sea una tetera o una impresora.¹⁴⁷

¹⁴² De Cremer, David; Nguyen, Bang y Simkin, Lyndon, "The integrity challenge of the Internet-of-Things (IoT): on understanding its dark side", *Journal of Marketing Management*, vol. 33, núm. 1-2, 2017, pp. 145-158.

¹⁴³ Reynolds, Matt, "Voice calls combed for signs of disease", *New scientist*, núm. 3112, 2017, p. 10. PRNewswire. *Canary Speech Accelerates AI Speech Analysis Technology with Microsoft Cloud for Healthcare Integration*, 2023. Disponible en: <https://www.prnewswire.com/news-releases/canary-speech-accelerates-ai-speech-analysis-technology-with-microsoft-cloud-for-healthcare-integration-301833995.html>.

¹⁴⁴ García Segura, Luis A., y Cayón Peña, Juan, "Retos jurídicos de los vehículos conectados en la era del internet de las cosas", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 52, núm. 154, pp. 457-488. Epub, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.154.14150>.

Corkery, Michael, y Silver Greenberg, Jessica, "Miss a Payment? Good Luck Moving That Car", *New York Times*, September 24, 2014. Disponible en: <https://archive.nytimes.com/dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/>.

¹⁴⁵ Manwaring, Kayleen, y Hall, Cachelin, "Legal, social and human rights challenges of the Internet of Things in Australia", *Input paper for the Horizon Scanning Project "The Internet of Things" on behalf of the Australian Council of Learned Academies*, www. acola.org, 2019, p. 7.

¹⁴⁶ Greenberg, Andy, "Hackers Remotely Kill a Jeep on the Highway – With Me in It", *Wired*, 2015. Disponible en: www.wired.com/2015/07/hackers-remotely-kill-jeep-highway/.

¹⁴⁷ Cimpanu, Catalin, "Insecure Internet-Connected Kettles Help Researchers Crack WiFi Networks across London", *Softpedia*, 2015. Disponible en: <http://news.softpedia.com/news/insecure-internet-connected-kettles-help-researchers-crack-wifinetworks-across-london-494895.shtml>.

El problema es que actualmente, los hospitales ya utilizan controles sofisticados de equipos vitales para pacientes críticos a través de IoT. Apagar o disminuir la frecuencia de la ventilación artificial en pacientes entubados o descalibrar aparatos de rayos X y desfibriladores es sin duda una sentencia de muerte que puede ser causada por error o invasión.

Son muchos los casos de riesgos y casos reales de errores de programación y *hardware* que evidentemente afectan a esferas inequívocas de derechos fundamentales individuales y masivos. Las tecnologías de IoT no son la única dimensión en la red de servicios y productos, pero potencian la interferencia en varias libertades fundamentales, como el derecho a la salud y la vida, la privacidad de los individuos, el derecho al hogar y la correspondencia, la seguridad personal, la no discriminación, el juicio imparcial e incluso el debido proceso legal.¹⁴⁸

Se han identificado vulnerabilidades de seguridad en dispositivos IoT tan diversos como: luces de ciudades inteligentes; contadores inteligentes; cámaras de seguridad; escáneres de envío; centros domésticos inteligentes; rastreadores de actividad física; televisores inteligentes; juguetes eróticos; dispositivos médicos como bombas de insulina, desfibriladores cardíacos, escáneres CT, bombas de infusión de medicamentos, sistemas de rayos X y unidades de refrigeración de sangre; básculas; teteras conectadas a Internet; monitores para bebés; juguetes para niños y rastreadores de ubicación; rifles de francotirador y coches. Tales medidas están listas para ser explotadas por redes criminales y terroristas, con el potencial de causar daños físicos y mentales, así como pérdidas económicas.¹⁴⁹

Para mitigar los riesgos de violación de los derechos fundamentales en este nuevo “ecosistema digital”, es necesario promover acciones públicas y privadas con máxima transparencia sobre los impactos del uso de la IoT. Sin embargo, es propiamente la falta de transparencia o la opacidad de la red lo que está arraigado en la propia infraestructura productiva.

3.3 Opacidad, complejidad y desafíos a la regulación

Las ambigüedades ya típicas de los códigos de programación digital en general tienen su cara legible en las licencias de uso y términos de servicio de la IoT, por eso la opacidad es uno de los principales retos para las políticas y marcos

¹⁴⁸ Caruso, David; Legg, Michael y Phoustanis, Jordan, “The automation paradox in litigation: The inadequacy of procedure and evidence law to manage electronic evidence generated by the internet of things’ in civil disputes”, *Macquarie Law Journal*, núm. 19, 2019, pp. 157-188.

¹⁴⁹ Manwaring y Hall, *op. cit.*, nota 47, p. 4.

normativos capaces de ayudar a los desarrolladores y gobiernos a prevenir posibles efectos abusivos o catastróficos del uso de la IoT a los individuos y colectividades, mediante la identificación y el uso de las respectivas medidas legales cuando el impacto sea negativo o perjudicial a los derechos fundamentales.

Si los riesgos pueden incluir la inseguridad de la red y sus interfaces; *software* y *firmware* con errores de licencia; error de encriptación o autenticación y autorización insuficientes y falta de protección física del equipo o incluso el riesgo de secuestro de comandos conocido como “*ransomware*”, la determinación de responsabilidades corporativas supone la superación de dicha opacidad, dispersa en lenguaje no ordinario de pocos programadores letrados en estos sistemas.¹⁵⁰

Pero los conflictos entre los usos de la IoT y los derechos fundamentales pueden no ser producto de errores, sino de elecciones bastante claras desde el punto de vista de la reducción de costes de los negocios, cuando no derivan de una complejidad inherente a la infraestructura en red, desde la conexión a internet u otras redes, los enrutadores, la ciberseguridad y seguridad, la discontinuidad de servicios y soporte, la protección de datos. En los cuestionamientos de Spyros Tzafestas, estas cuestiones dejan claras las conexiones entre la programación y los derechos fundamentales, con posibles violaciones de derechos humanos, lo que, por supuesto, solo puede encaminarse después de una traducción aproximada de un lenguaje que es cifrado para la gran mayoría de personas:

Algunas preguntas, relacionadas con la ética de IoT, que necesitan una mayor consideración, son las siguientes: ¿Qué sucede si la conexión a Internet se rompe? ¿Quién es responsable de parchear dispositivos IoT, enrutadores y conexiones en la nube? ¿Existe una garantía de que la piratería en el lado de la nube de los servicios de IoT no tendrá acceso a la red interna de un hogar? ¿Qué sucede si un proveedor de servicios de IoT experimenta tiempo de inactividad para dispositivos críticos de soporte vital? ¿Qué sucede si un dispositivo IoT actúa sin el consentimiento de su propietario o actúa de manera no deseada (por ejemplo, ordenando los productos incorrectos o quedando inactiva en una hora irrazonable)? ¿Qué sucede si un proveedor de productos IoT cierra y ya no hay soporte del producto? ¿Quién es el propietario de los datos recopilados por los dispositivos IoT? ¿Hay casos en los que los dispositivos IoT no deberían recopilar

¹⁵⁰ *Ibid. Loc. cit.*

datos? ¿Qué sucede si el usuario quiere optar por no participar? ¿Qué pasa con aquellos que no tienen dispositivos inteligentes o el conocimiento para usarlos?¹⁵¹

En cuanto a la cuestión planteada sobre el soporte continuado por parte de las empresas del sector, es bien conocido el problema de los derechos de elección de los consumidores limitados por el fin de la actividad de una empresa, como ocurrió con la casa inteligente de *Revolv*, que, cerrada dos años después de su adquisición por parte de *Nest*, de *Google/Alphabet*, se negó a respaldar o a responsabilizarse por las obligaciones posventa de sus contratos con miles de usuarios.¹⁵²

Esta opacidad de las relaciones en red es, también para Kayleen Manwaring, el punto de inflexión para identificar posibles culpables, pues es la infraestructura digital que exige la complejidad por ejemplo cuando “los redactores de contratos para redes de proveedores también intentan inevitablemente evitar la responsabilidad, utilizando cláusulas favorables de jurisdicción y elección de ley, o renunciadas de arbitraje y acción colectiva, prácticas ya comunes en el comercio electrónico convencional”.¹⁵³

En un paso más, Karen Rose, Eldridge y Chapin advierten sobre los problemas derivados de la autonomía de los sistemas basados en IoT con uso de la Inteligencia Artificial vinculados a la computación en la nube, los proveedores de conexión y los productos informáticos con la misma claridad acerca de los límites infraestructurales cuando preguntan “¿Los controles normativos deben centrarse en el dispositivo, en el flujo de datos, en el *gateway*, en el usuario o en la nube donde se almacenan los datos?”.¹⁵⁴

La preocupación de científicos y profesionales del área de la tecnología han hecho esfuerzos en busca de transparencia, límites, definiciones claras de las responsabilidades, de la comunicación y educación de los usuarios, concienciación y consentimiento para la recopilación y uso de información personal, no debe, nunca, ser impuestos arbitrariamente en el entorno IoT. Esa es la interesante cuestión de la tecno regulación, que se refiere no sólo a la

¹⁵¹ Tzafestas, *op. cit.*, nota 40, p. 111.

¹⁵² Manwaring y Hall, *op. cit.*, nota 47, p. 10.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 10 y 12 respectivamente.

¹⁵⁴ Rose, Karen; Eldridge, Scott y Chapin, Lyman, *op. cit.* nota 4, pp. 59-60.

regulación por juristas a partir de las especificaciones “*tech*”,¹⁵⁵ sino también a las preocupaciones ético-jurídicas desde la base de la fabricación o programación de los dispositivos. Esta es un campo abierto para que la transparencia suplante la mencionada opacidad una vez que las reglas se originan de los propios científicos letrados en lenguaje de programación.

4. Sobre los marcos normativos internacionales para IoT y el tema específico de los derechos humanos

4.1 Los derechos humanos y el papel infraestructural de la tecno regulación

Como se mencionó, los tratados de derechos humanos se establecieron en una era predigital, pero hoy las tecnologías desafían cualquier regulación tradicional, aunque se defiende el principio de que Internet “no puede ser un espacio no gobernado o ingobernable”.¹⁵⁶ Los principios éticos entran en juego y tienen una eficacia única en la creación de reglas y la adopción de ciertos comportamientos en la infraestructura de Internet, lo que exige una acción de entidades internacionales, organismos reguladores y sistemas de control interno de la red que no se parecen en nada al derecho estatal clásico.

Una organización influyente en el mundo digital, la *Internet Engineering Task Force* (IETF), por ejemplo, tiene un papel consultivo nada desdeñable en este tipo de tecno regulación espontánea.¹⁵⁷ Otra, *The World Wide Web Consortium* (W3C), también quiere considerar “un poco más” la visión humana, a pesar de estar “muy orientada” a la tecnología.¹⁵⁸

Así que es una novedad que estas organizaciones técnicas también tendrían algún papel que desempeñar en el diseño y la dirección de la IoT,¹⁵⁹ aumentando

¹⁵⁵ Alves Sousa, Marco Antônio y Rodrigues de Oliveira, Samuel, “Regras, Pra Que Te Quero? A Relevância Do Direito Na Regulação De Novas Tecnologias”, *Teoria Jurídica Contemporânea*, núm. 6, 2021.

¹⁵⁶ ONU – A/74/821 – Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital, Informe del Secretario General, 2020.

¹⁵⁷ Cath, Corinne y Floridi, Luciano, “The design of the internet’s architecture by the Internet Engineering Task Force (IETF) and human rights”, *Science and engineering ethics*, núm. 23, 2017, pp. 449-468.

¹⁵⁸ The World Wide Web Consortium (W3C). Workshop on Smart Cities Report, 2021. Disponible en: <https://www.w3.org/2021/06/smartcities-workshop/report.html>.

¹⁵⁹ Cath, C., and Floridi, *op. cit.*, nota 59, “IETF engineers have a clear responsibility to ensure that human rights are accounted for in the design of the Internet’s architecture. This responsibility is based on a combination of the following factors: first, the Internet is becoming increasingly

la multiplicidad de relaciones internacionales y nacionales y la heterogeneidad normativa, dejando obsoleta la visión de que sólo los organismos públicos y las grandes empresas se autorregulan en el cumplimiento de sus deberes éticos y legales. El foro permanente de debate tecnológico *EuroDig* es otro ejemplo, en palabras de Jari Arkko, cuyas ideas para regular técnicamente los peligros de las redes IoT pueden resumirse así:

Los servidores en la nube son un componente aún más importante en el sistema.

La arquitectura, también, importa. Como dije, la nube es una parte importante de algunos de este sistema o muchos de los sistemas, pero eso no es cierto en todos los casos. Hay muchos ejemplos, como sistemas de control de la luz en una casa. Probablemente no desee que eso pase a través de un sistema en la nube o una conexión a Internet. En caso en que se ha caído la conexión a Internet, no puedes apagar las luces ni encenderlas. Por lo tanto, el modelo descentralizado es importante.¹⁶⁰

En la misma línea sigue Wolfgang Kleinwächter, miembro de *ICANN*¹⁶¹ y uno de los principales órganos de debate en el área, el Foro de Gobernanza de Internet (IGF/ONU). Para él, si no existe exactamente un “internet de las cosas” sino un internet con sistemas de identificadores y sensores pasivos y activos con la misma infraestructura, la regulación del IoT se confunde con la regulación de Internet en sí, liderada por las nociones fundamentales de: identificación, seguridad y estabilidad, descentralización de estándares y políticas, gobernanza global de abajo hacia arriba, libre competencia, privacidad por principio, derechos de los usuarios sobre los datos. Es por lo tanto más apropiado hablar de tecnología regulación por estándares ICANN, IGF de manera descentralizada, para que no sea necesario crear nuevos derechos para IoT. Las regulaciones de internet y datos serían ya suficientes.¹⁶²

4.2. Situación de los marcos regulatorios legales en IoT

important for enabling and inhibiting human rights, most obviously for rights like freedom of expression, access to information and freedom of assembly”, p. 13.

¹⁶⁰ Arkko, Jari, *Human rights and IoT – looking for a win-win solution – WS 05 2017 conference transcriptions*, 2017. Disponible en: https://eurodigwiki.org/wiki/Human_rights_and_IoT_%E2%80%93_looking_for_a_win-win_solution_%E2%80%93_WS_05_2017.

¹⁶¹ ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), en portugués "corporação da internet para atribuição de nomes e números", es una especie de agencia reguladora global de Internet situada en los Estados Unidos.

¹⁶² Kleinwächter, Wolfgang. *op. cit.*, nota 42

Actualmente las discusiones en curso en el IGF anticipan algunas tendencias. Entre otras, los investigadores presentaron los resultados de la comparación entre las normas legales con regulación potencial de la tecnología IoT. Se revisaron treinta reglamentos y documentos de políticas, en dieciocho países y tres regiones o bloques, para un total de veintiún jurisdicciones, en busca de mejores prácticas, responsabilidades de las partes interesadas, pautas, recomendaciones, divulgaciones de vulnerabilidades, mecanismos de sanción por incumplimiento, padrones globales adoptados y normas con medidas de aplicación.

Entre los problemas encontrados, el informe preliminar identificó: más de cuatrocientas cuarenta buenas prácticas diferentes muy difundidas, ausencia de una taxonomía común, poca o ninguna mención a los estándares tecnológicos de internet en términos de privacidad, transparencia, seguridad, control de usuarios, resiliencia de operación; la legislación se desactualiza después de la implementación de nuevos protocolos de seguridad según normas técnicas; poca mención de resoluciones y guías de conducta (“*soft law*”); por su parte, los países del Sur Global sufren de una grave falta de estructura.¹⁶³

Según el IGF, el análisis comparativo muestra debilidad en un instrumento político de gran impacto económico: las regulaciones y discusiones ético-legales exigen estos estándares tecno-regulatorios en el diseño de equipos y software, pero en las licitaciones que compran millones de aplicaciones IoT, la gran mayoría de gobiernos no exigen estos estándares de internet “seguros por diseño” (*by design*).

Gran parte de la inversión en investigación y desarrollo se financia con fondos públicos. Las agencias gubernamentales e intergubernamentales emiten directrices blandas, cuando no requisitos técnicos que pueden garantizar cierta protección de los derechos humanos y la seguridad de las personas, sin frenar el uso y desarrollo de estas tecnologías. La mencionada omisión de los gobiernos en

¹⁶³ De Natris, Wout, “Progressing Core Internet Values and Global Good Practice for the Internet of Things”, *Dynamic Coalition on Internet of Things and Dynamic Coalition Core Internet values*, EuroDIG, 2023 – Internet in troubled times: risks, resilience, hope. Disponible en: https://eurodigwiki.org/wiki/Progressing_Core_Internet_Values_and_Global_Good_Practice_for_the_Internet_of_Things_%E2%80%93_Pre_02_2023.
<https://www.youtube.com/watch?v=zexMFdP1a48>.

los requisitos técnicos de las licitaciones sería un reto más en el campo de las tecno regulaciones.

Aunque pueda sorprender a la comunidad jurídica que la codificación de Internet por parte de ingenieros tenga un elemento de alto impacto en la fuente, con preocupaciones éticas en una estructura que no es neutral por definición, la atención prestada a los derechos humanos internacionales y a las normas empresariales arroja luz, por ejemplo, sobre el hecho de que los miembros del IETF son predominantemente hombres, blancos, occidentales y de ideología liberal, que tienen enlaces con grandes empresas transnacionales.¹⁶⁴

4.3. *¿IoT genera problemas específicos para justificar su regulación?*

Por lo tanto, ante un escenario de débil orientación legal o estandarización técnica, el entorno IoT está enormemente desregulado. De ahí las dos preguntas propuestas como vía de conclusión. (1) La hipótesis de si existe propiamente un campo de preocupación ético-legal específicamente de IoT que ya no está cubierto en áreas relacionadas como *Big Data* e inteligencia artificial, o excesos de ciberseguridad y vigilancia etcétera. (2) Si existen formas específicas de impacto de IoT en los derechos humanos.

Gran parte de los ejemplos de daños reales y potenciales de IoT a los derechos fundamentales se refieren al uso no autorizado de datos o a la limitación de la vigilancia de los derechos y libertades privados o públicos. En el uso de datos biométricos con fines discriminatorios, como dispositivos para rastrear la actividad física y metabólica del cuerpo humano que pueden recompensar y, por lo tanto, cobrar a los usuarios de manera diferente según los datos compartidos, los dispositivos IoT son solo una parte del "ecosistema", una forma específica de recopilación de datos. El uso de dispositivos con acciones de autonomía por parte de la inteligencia artificial requiere una regulación específica más allá de la protección disponible en la normativa de datos, pero esta regulación es general y tampoco específica del área IoT.

Es por ello que los recientes esfuerzos regulatorios en Australia y la UE han abierto el debate sobre los límites de la IA con posible aplicación al uso de

¹⁶⁴ Cath, Corinne y Floridi, Luciano, *op. cit.* nota 59, p. 9.

tecnologías IoT. Otros países y bloques avanzan en sus marcos regulatorios para IA con impactos directos en el uso de IoT, como Brasil, Canadá, China, EE.UU., India, Japón.¹⁶⁵

La protección de datos y los debates sobre el “consentimiento informado” son igualmente relevantes para las empresas en el campo específico de IoT, pero también parecen estar cubiertos por la regulación general de privacidad.

El “principio del consentimiento informado” es de suma importancia en los contratos entre proveedores y usuarios/consumidores de IoT. Antes de utilizar dispositivos y servicios de IoT, los usuarios firman contratos con “condiciones de uso” que, por lo general, la mayoría de ellos no comprende en su totalidad. Muy a menudo, estas condiciones implican que los usuarios conceden a las empresas amplios derechos para la recopilación, el intercambio y el uso de datos.¹⁶⁶

La regulación específica de la IoT en varios países va hacia la exigencia de estándares de ciberseguridad y especificaciones más conectadas a los diseños de tecnología y regulación que a los derechos humanos,¹⁶⁷ tocando estos temas en lo que dice respecto a la privacidad y la protección de datos.¹⁶⁸ Dado que este análisis de los marcos jurídicos escapa a los objetivos directos de la presente investigación, sólo vale la pena mencionar la existencia de algunos actos legislativos como el *IoT Cybersecurity Improvement Act* – EE.UU. (2017) y el *SB-327 Information privacy: connected devices* (California, EUA - 2018)¹⁶⁹ y las iniciativas del Reino Unido por la regulación del tema aún en proceso.¹⁷⁰

En Brasil, solo hay un acto legislativo federal que establece una política pública en IoT por el Poder Ejecutivo (*Decreto N° 9.854*, de 25 de junio de 2019),

¹⁶⁵ Kohn, Benedikt; Pieper, Fritz-Ulli, “AI-regulation-around-the-world”, *Taylor Wessing*. 9, may, 2023. Disponible en: <https://www.taylorwessing.com/en/interface/2023/ai---are-we-getting-the-balance-between-regulation-and-innovation-right/ai-regulation-around-the-world>.

¹⁶⁶ Tzafestas, Spyros, *op. cit.*, nota 40, p. 99

¹⁶⁷ Lee, In, “Internet of Things (IoT) cybersecurity: Literature review and IoT cyber risk management”, *Future internet*, vol. 12, núm. 9, 2020, p. 157.

¹⁶⁸ Lévy-Bencheton, Cédric, *An Overview of IoT Regulations - Checklist for UK PSTI, EU RED and CRA*, 2023. Disponible en: https://bugprove.com/knowledge-hub/an-overview-of-iot-regulations-checklist-for-uk-psti-eu-red-and-cra/?utm_source=cyfluencer&utm_medium=influencer_library.

¹⁶⁹ Porcelli, Adriana Margarita, “Un hito jurídico sobre Internet De Las Cosas: La Ley de California N° 327 del año 2018 vigente a partir del 1 enero del 2020”, *Revista Direito GV*, vol. 16, núm. 1: e1953. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201953>.

¹⁷⁰ DEVOPS, *UK government to introduce new IoT cybersecurity law*, (s/f). Disponible en: <https://www.devopsonline.co.uk/uk-government-to-introduce-new-iot-cybersecurity-law/>.

sin ninguna preocupación con los temas pertinentes a la protección de derechos tratados en el presente estudio. Los avances regulatorios siguen liderados por la protección de datos y la regulación de Internet, acompañados por los recientes debates legislativos en torno a la IA. En este tema, de hecho, la sociedad civil consultada por el Senado brasileño solicitó expresamente “que se considere la existencia de principios sólidos en el ordenamiento jurídico brasileño ya aplicables a la IA, constantes en el *Marco Civil de Internet*, en la Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) y en el Plan Nacional de Internet de las Cosas, de modo a evitar la duplicidad normativa, obligaciones contradictorias y exceso de regulación”.¹⁷¹

4.4. ¿El IoT causa amenazas específicas para los derechos humanos?

Como hemos visto, los problemas que amenazan los derechos humanos provienen de un mundo real anterior al mundo digital. Pero en este nuevo mundo, el lenguaje de la programación y la opacidad de los consentimientos reducen estructuralmente la capacidad cognitiva y el derecho a elegir de las personas aún sin tener una discapacidad ni limitación. Esto es, las personas en plenas condiciones de cognición y acción en el mundo real no tienen acceso al lenguaje de los algoritmos programados por personas y después por la automatización y la Inteligencia Artificial, en efecto buena parte de los expertos en derechos humanos ni siquiera conocen.

Esto lo hace aún más grave el segundo punto de contacto entre IoT y los derechos humanos con la potencialización de las vulnerabilidades preexistentes, donde para las personas más vulnerables, el escenario es aparentemente inhumano, en la medida en que el lenguaje digital está siendo programado prestando poca atención a las personas con dificultades cognitivas, sensoriales o físicas¹⁷² y sin respetar y promover la igualdad de género y la dignidad, o entonces

¹⁷¹ Brasil, *Senado Federal. Relatório final da comissão de juristas responsável por subsidiar a elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial*, 2022. Disponible en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/01/comissao-de-juristas-aprova-texto-com-regular-para-inteligencia-artificial>.

¹⁷² “Many digital inclusion programs designed for marginalised communities bring about privacy intrusions, surveillance, and social control what is especially challenging, and extremely difficult to use for those with sensory, cognitive, and physical disabilities”. Ranchordás, Sophia, *op. cit.* nota 16, p. 21.

sin preocupaciones de sesgo racial y otras discriminaciones estructurales, como el edadismo.¹⁷³

Esta escalada generacional de derechos humanos pone de relieve las promesas de tecnologías y sensores para evitar daños, mapear huellas ecológicas, cadenas productivas globales, etcétera, con mirada prospectiva, pero no considera ni remotamente el estado de desregulación global de las empresas *tech* (pequeñas y grandes) en términos de mapeo retrospectivo de las cadenas productivas de sí mismas, tanto en la organización en red para contratación de servicios como en la identificación de riesgos en el extractivismo y en la contaminación que promueven para existir.

Decir que las empresas del sector IoT, capitaneadas por las *Big Tech*, deben ampliar su responsabilidad, actuando más allá del mero cumplimiento o *compliance* legal, supone la debida diligencia en derechos humanos especialmente enfocada en la infraestructura digital, comenzando por el seguimiento constante de los impactos adversos de los productos y servicios basados en IoT que ofrecen o utilizan, previniendo y mitigando posibles consecuencias negativas. Esto supone priorizar el compromiso con los derechos humanos con la adopción de procesos eficaces para prevenir y remediar cualquier impacto adverso que pueda surgir en los temas propios de la IoT relativos a los temas centrales: privacidad, vigilancia, ciberseguridad, uso de IA y respeto a los derechos fundamentales. Pero esto no es todo.

Los derechos humanos fuera de la red son la responsabilidad igual o mayor de los gigantes si la infraestructura de producción y trabajo y las relaciones

Bennett, Belinda, "Technology, ageing and human rights: challenges for an ageing world", *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 66, 2019, p. 101449.

Lazar, Jonathan, y Michael Ashley Stein, (eds.), *Disability, human rights, and information technology*, University of Pennsylvania Press, 2017.

¹⁷³ Lupton, Deborah, y Ben Williamson, "The datified child: The dataveillance of children and implications for their rights", *New media & society*, vol. 19, núm. 5, 2017, pp. 780-794.

Wille, Belkis, *The Data of the Most Vulnerable People is the Least Protected: How has biometric data collection caused harm in the context of humanitarian interventions and where do future risks lie?* *Human Rights Watch*, 2023. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2023/07/11/data-most-vulnerable-people-least-protected>.

Farthing, Sophie; Howell, John; Lecchi, Katerina; Paleologos, Zoe; Saintilan, Phoebe y Santow, Edward, *Human Rights and Technology Final Report*, Australian Human Rights Commission, 2021. Disponible en: <https://tech.humanrights.gov.au/downloads>.

sociales en un entorno natural se transforman enormemente bajo el liderazgo de los poderes económicos del sector y las inversiones públicas en el área. Las normas de diligencia debida en materia de derechos humanos han sido ampliadas por leyes nacionales en Francia, los Países Bajos, Alemania, Australia y están avanzando hacia una directiva de la Unión Europea, pero se centran en el sector industrial en general.¹⁷⁴

Pocas empresas *Big Tech* en el *Silicon Valley* han estado abogando por un cierto protagonismo en sus políticas de responsabilidad social en derechos humanos.¹⁷⁵ Pero sus compromisos hechos públicamente no detallan el grado de profundidad y transparencia en la prevención de riesgos y la debida diligencia en materia de derechos humanos. Sobre los retos mencionados en la presente investigación en IoT, no se ha dicho palabra alguna. Por el contrario, abundan los ejemplos, como el caso de la cadena de producción *Big Tech* en Kenia: “Los trabajadores afirman que fueron explotados y no recibieron apoyo psicosocial, sino que estuvieron expuestos a contenidos nocivos que les provocaron “graves enfermedades mentales”. Los trabajadores quieren que los legisladores “regulen la subcontratación de tecnologías nocivas y peligrosas” y protejan a los trabajadores que lo hacen”.¹⁷⁶

Las repercusiones de esta visión sobre la responsabilidad contractual amplia o restringida es un paso tibio una vez que la mencionada opacidad de las

¹⁷⁴ Márquez Carrasco, Carmen, “Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 605-642.

¹⁷⁵ United Nations-OHCHR, *Technology for human rights: UN Human Rights Office announces landmark partnership with Microsoft*, 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21620&LangID=E>.

MICROSOFT, *A cloud for global good: a policy roadmap for a trusted, responsible and inclusive cloud*, 2017, pp. 178 y 191. Disponible en: <https://news.microsoft.com/uploads/2017/03/a-cloud-for-global-good-english.pdf>.

Segall, Lewis, *Respecting rights: Global Network Initiative assessment report*, Google Research Blog, 2020. Disponible en: https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/respecting-rights-global-network-initiative-assessment-report/?_ga=2.95075605.861765776.1628160098-1494496580.1628160098.

¹⁷⁶ Njanja, Annie, *Kenya: Content moderators call for investigations into big tech companies that outsource services*, TechCrunch, 2023. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/pt/%C3%BA%ltimas-not%C3%ADcias/kenya-content-moderators-call-for-investigations-into-big-tech-companies-that-outsource-services/>.

relaciones mediadas por las cadenas de producción digitalizadas es estructural.¹⁷⁷ La complejidad y el rápido desarrollo de las tecnologías disruptivas aumentan aún más el hermetismo de sus lenguajes y prejuicios de programación, prácticamente imposibilitando que el sistema clásico de responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos funcione adecuadamente y a tiempo.

El sistema de termostato *Nest* se vende sujeto a al menos 13 documentos diferentes que contienen información sobre los “derechos, obligaciones y responsabilidades de las distintas partes” de la red de proveedores. Los conjuntos de términos y condiciones que supuestamente se aplican a las ventas del *Amazon Dash Button* contienen cláusulas de limitación de responsabilidad que entran en conflicto entre sí. Una cláusula intenta limitar la responsabilidad a cero, la otra a 50 USD.¹⁷⁸

Por lo tanto, si la nueva cara protectora en la red de rendición de cuentas privada o autorregulación en las auditorías de derechos humanos y la debida diligencia llegara a ser más importante, por otro lado sería cada vez más difícil la atribución de responsabilidad¹⁷⁹ por riesgos y violaciones en la red infinita de relaciones digitales, o una “caja oscura” en la que la sociedad dependería de códigos cifrados para comprender y luego decidir los niveles y tipos de responsabilidad involucrados.¹⁸⁰

5. Conclusiones: Horizontes de la regulación de IoT con atención a los derechos humanos

El futuro de la regulación del IoT, además de la dimensión exclusiva de la privacidad y la vigilancia de datos, pasará por la protección de los derechos humanos de las personas más vulnerables, es decir, la accesibilidad de las personas con discapacidad y la protección de los niños y discapacitados, la

¹⁷⁷ Noto La Diega, Guido, y Walden, Ian, “Contracting for the ‘Internet of Things’: Looking into the Nest”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, núm. 219, 2016, p. 6. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2725913>.

¹⁷⁸ Manwaring y Hall, *op. cit.* nota 47, p. 12.

¹⁷⁹ Land, Molly K., y Aronson, Jay D., “The promise and peril of human rights technology”, en Land, Molly K.; Aronson, Jay D. (eds.), *New Technologies for Human Rights Law and Practice*, edited by Molly K. Land and Jay D. Aronson, 2018, p. 12.

¹⁸⁰ Soh, Changrok, y Daniel Connolly, “New frontiers of profit and risk: The Fourth Industrial Revolution’s impact on business and human rights”, *New Political Economy*, vol. 26, núm. 1, 2021, pp. 168-185. Disponible en: <http://humanasia.org/wp-content/uploads/2020/02/New-Frontiers-of-Profit-and-Risk-The-Fourth-Industrial-Revolution-s-Impact-on-Business-and-Human-Rights-1.pdf>.

protección de la salud corporal y mental de sus usuarios (contaminación por ruido y ondas de radiofrecuencia).

En un sentido más amplio, el entorno mayoritariamente digitalizado, no solo el IoT, deberá enfrentar los derechos económicos y sociales de la humanidad, los derechos laborales y ambientales en la cadena productiva difusa, y los derechos sociales culturales de las personas con analfabetismo digital, entre otros aspectos fundamentales y vinculados al ODS 2030 de la ONU. Estas son las tendencias según el IGF de la ONU, en marcha en los debates en 2023.¹⁸¹

En resumen, las amenazas a los derechos humanos en la fase digital disruptiva que vivimos, como vimos en el primer apartado, son varias y atañen a la formación de una esfera pública digital con centralidad en el ser humano, en su dignidad; difusión de los valores públicos bienestar, libertad, seguridad y libertades civiles sin vigilancia pública o privada; promoción del rol cívico a través de Internet, la vida política en el proceso de digitalización de los gobiernos; redistribución del ingreso y la riqueza; educación para cerrar la brecha digital; ambiente saludable; entorno digital saludable; entorno digital colectivo, no exclusivamente privado de las *Big Tech*; trabajo decente en una economía humanizada, no en una economía *Gig*; igualdad racial y de género; además del tema de la obsolescencia y los desechos electrónicos (*e-waste*) reconocido por los gobiernos ya preocupados por los efectos de la corta usabilidad de los dispositivos digitales.¹⁸²

Es tarea de la investigación científico-académica desarrollar marcos regulatorios de la IoT en la dirección de estos principios, pero en lugar de reproducir las preocupaciones comunes en aparente *bis in idem* para este mundo de sensores e intervenciones digitalizadas, puede ser más productivo tomar otro camino, capaz de abordar radicalmente la complejidad de la infraestructura digital de la que forma parte la IoT en busca de una reconfiguración de las propias dimensiones de los derechos humanos en juego.

El mayor reto es la revisión de los conceptos jurídicos frente a las tecnologías disruptivas, lo que implica incluso redefiniciones de los derechos

¹⁸¹ Dynamic Coalition on the Internet of Things (DC-IoT). Disponible en: <https://www.intgovforum.org/en/content/dynamic-coalition-on-the-internet-of-things-dc-iot>.

¹⁸² Manwaring, Kayleen and Hall, Cachelin, *op. cit.*, nota 47.

humanos, sus formas de protección y sanción, así como las diversas formas de regulación ético-jurídica de estas actividades digitalizadas, desde la hetero regulación jurídica vinculante por naciones y tratados, pasando por la autorregulación guiada por instrumentos internacionales no vinculantes (*soft law*), hasta el impacto de los sectores técnicos que conforman la interesante cara de la tecnorregulación estricta de la ingeniería de programación.

No es fácil a los siglos de estudios acumulados sobre el concepto de empresa resolver la responsabilidad civil y contractual si una corporación asume el formato de empresa autónoma descentralizada (DAC o DAO) en la nube o en blockchain, como fue el caso de *BitCoin*.¹⁸³

Entre las posibilidades igualmente disruptivas para repensar la protección de los derechos humanos no solo en las tecnologías IoT, sino en toda la red de infraestructura digital se encuentran las siguientes ocho tesis conclusivas:

1. Revisar las aspiraciones regulatorias de las empresas transnacionales a través de un tratado internacional con miras a la opacidad de responsabilidades en las cadenas contractuales.
2. El derecho a la privacidad es el hermano gemelo del derecho al consentimiento, pero la infraestructura digital tiende a hacer imposible el consentimiento informado o lo hace banal hasta el punto de que la fatiga de los clics autoriza su desprotección.
3. La expansión de los deberes de diligencia debida implica ampliar el alcance más allá de las grandes corporaciones internacionales y *Big Tech*, con atención a todos los sectores relacionados, pequeñas y medianas empresas y *startups* disruptivas.
4. Entre los deberes de diligencia para todo el sector IoT y *Big Tech* deben incluirse todos los riesgos con esclavitud moderna, talleres clandestinos, desempleo masivo, con el fin del recurso de dilución de responsabilidades en la economía *Gig* con trabajo a través de plataformas en la nube con poca o ninguna interacción humana e inteligencia artificial para comandar estas relaciones.

¹⁸³ Kyriotaki, Kalliopi; Zamani, Efraxia y Giaglis, George, "From bitcoin to decentralized autonomous corporations-extending the application scope of decentralized peer-to-peer networks and blockchains", *International conference on enterprise information systems*, vol. 2, pp. 284-290. SciTePress, *Presented at the 17th International Conference on Enterprise Information Systems, Barcelona*, Spain, SCITEPRESS - Science and Technology Publications, 2015, pp. 284-290.

5. Por supuesto, las amenazas a la integridad física deben incluir amenazas a la integridad mental de todos los usuarios y trabajadores de los sistemas, no solo discapacitados.
6. Responsabilidad corporativa de qué empresa si ya existen formas descentralizadas de empresas, algunas de ellas operando en nubes como las Corporaciones Autónomas Descentralizadas (DAC *Blockchain* – o *Ethereum* DAO).
7. Enfrentar las responsabilidades ambientales de manera radical en toda la red productiva digital y temas centrales como la obsolescencia programada y los residuos electrónicos flagrantes (*e-waste*).
8. Confrontación conjunta de todos los derechos sociales y económicos a través de lo digital, desde la brecha digital hasta la no discriminación y la inclusión económica y cultural.

6. Referencias

- Amnesty International USA, “Remote Sensing for Human Rights”, Disponible en: <https://bit.ly/3KljyvV>.
- Arkko, Jari, Human rights and IoT – looking for a win-win solution – WS 05 2017 conference transcriptions, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3OCvs6Y>.
- Arroyo Lazo, Marco Antonio, “Schwab, Klaus. The Fourth Industrial Revolution”, Ginebra: World Economic Forum, 2016”, *Economía*, vol. 41, núm. 81, 2018.
- Atzori, Luigi; Lera, Antonio y Morabito Giacomo, “The internet of things: A survey”, *Computer networks*, vol. 54, núm. 15, 2010. Disponible en: <https://bit.ly/47ayald>.
- Bennett, Belinda, “Technology, ageing and human rights: challenges for an ageing world”, *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 66, 2019.
- Bouhaï, Nasreddine y Saleh, Imad (eds.), *Internet of things: evolutions and innovations*, Londres, John Wiley & sons, 2017.
- Brasil, Senado Federal, *Relatório final da comissão de juristas responsável por subsidiar a elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial*, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3QspHKi>.
- Cath, Corinne, y Floridi, Luciano, “The design of the internet’s architecture by the Internet Engineering Task Force (IETF) and human rights”, *Science and engineering ethics*, núm. 23, 2017.

- Cimpanu, Catalin, “Insecure Internet-Connected Kettles Help Researchers Crack WiFi Networks across London”, *Softpedia*, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/44PcYWx>.
- CONECTAS, “Empresas e Direitos Humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório final de John Ruggie—Representante Especial do Secretário-Geral”, 2012. Disponible en: <https://bit.ly/3O8n25K>.
- Conti, Marco; Passarella, Andrea y Das, Sajal K., “The Internet of People (IoP): A new wave in pervasive mobile computing”, *Pervasive and Mobile Computing*, núm. 41, 2017. Disponible en: https://www-old.iit.cnr.it/sites/default/files/1-s2.0-S1574119217303723-main_0.pdf.
- Cook, Sam, “60+ IoT statistics and facts”, 2023. Disponible en: <https://www.comparitech.com/internet-providers/iot-statistics/>.
- Corkery, Michael, y SilverGreenberg, Jessica, “Miss a Payment? Good Luck Moving That Car”, *New York Times*, septiembre 24, 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3qkw2wK>.
- De Cremer; David, Nguyen, Bang y Simkin, Lyndon, “The integrity challenge of the Internet-of-Things (IoT): on understanding its dark side”, *Journal of Marketing Management*, vol. 33, núms. 1-2, 2017.
- De Natris, Wout, “Progressing Core Internet Values and Global Good Practice for the Internet of Things”, *Dynamic Coalition on Internet of Things and Dynamic Coalition Core Internet values*, EuroDIG, 2023, – Internet in troubled times: risks, resilience, hope. Disponible en: <https://bit.ly/47e2h1l>.
- De Sousa Santos, Boaventura, “Por uma nova Declaração dos Direitos Humanos”, *Outras Palavras*, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3OzHYEn>.
- , “Revolução tecnológica num mundo regredido?”, *Outras Palavras*, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/44P34UP>.
- Defilippi Hobeika, Monica, “As recentes ações do Brasil sobre direitos humanos e empresas se afastam das diretrizes internacionais eficazes sobre o assunto”, en David Sanchez Rubio, *et al*, *Derechos humanos desde la interdisciplinariedad en ciencias sociales y humanidades*, Madrid, Dykinson, 2020.

- , Monica, *Las empresas transnacionales y los derechos humanos. El camino hacia una acción más responsable: el compliance en derechos humanos*, PhD diss., Universidad Pablo de Olavide, 2019.
- DEVOPS, “UK government to introduce new IoT cybersecurity law”, (s/f). Disponible en: <https://bit.ly/3QnILcK>.
- Di Felice, Massimo; Pireddu, Mario; De Kerckhove, Derrick; Bragança de Miranda, Jose; Sanchez Martinez, J. Alberto y Accoto, Cosimo, “Manifiesto pela Cidadania Digital”, *Lumina*, vol. 12, núm. 3, 2018. Disponible en: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/21565>.
- Estadão Conteúdo, “Empresa brasileira desenvolve a 'internet das vacas'”, *G1*, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/43TwXSC>.
- Farthing, Sophie; Howell, John, Lecchi, Katerina; Paleologos, Zoe; Saintilan, Phoebe y Santow, Edward, *Human Rights and Technology Final Report. Australian Human Rights Commission*, 2021. Disponible en: <https://tech.humanrights.gov.au/downloads>.
- Fernández, Ángel, “New IoT Security Regulations: What You Must Know”, *Allot Blog*, 2020. Disponible en: <https://www.allot.com/blog/new-iot-security-regulations-what-you-need-to-know/>.
- FFNews, “Driverly achieves UK first with FCA authorisation for dynamically priced app based insurance”, 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3OjU2rM>.
- Fritsch, Ester; Shklovski, Irina y Douglas-Jones, Rachel, “Calling for a revolution: An analysis of IoT manifestos”, *Proceedings of the 2018 CHI conference on human factors in computing systems*, 2018.
- García Muñoz, Soledad, “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, *Relatora especial sobre los DESC y el medio ambiente*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, OEA/AECID, 2019.
- García Segura, Luis A., y Cayón Peña, Juan, “Retos jurídicos de los vehículos conectados en la era del internet de las cosas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 52, núm. 154, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.154.14150>.

- Gershenfeld, Neil, Krikorian, Raffi y Cohen, Danny, “The internet of things”, *Scientific American*, vol. 291, núm. 4, 2004.
- Gil, Gilberto, “Pela internet”, Album: *Quanta*, Track 10, 1997.
- Gollakota, Anjani RK, Gautam, Sneha y Shu, Chi-Min, “Inconsistencies of e-waste management in developing nations—Facts and plausible solutions”, *Journal of Environmental management*, núm. 261, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3Oic6m9>.
- Greenberg, Andy, “Hackers Remotely Kill a Jeep on the Highway – With Me in It”, *Wired*, 2015. Disponible en: www.wired.com/2015/07/hackers-remotely-kill-jeep-highway/.
- Holler, Jan; Tsiatsis, Vlasios; Mulligan, Catherine; Karnouskos, Stamatis; Avesand, Stefan y Boyle, Daivid, *Internet of Things: technologies and applications for a new age of intelligence*, Massachusetts, Academic Press, 2018.
- Houaiss, Antônio; de Salles Villar, Mauro y de Mello Francisco Manoel, *Diccionadio Houaiss da língua portuguesa*. Disponible en https://houaiss.uol.com.br/corporativo/app/uol_www/v6-/1html/index.php.
- laione, Christian, “Legal Infrastructure and Urban Networks for Just and Democratic Smart Cities”, *Italian Journal of Public Law*, núm. 11, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3QIMYxF>.
- IEEE Standards Association (IEEE-SA), “Internet of Things (IoT) Ecosystem Study”, The Institute of Electrical and Electronic Engineers, Inc., 2015. Disponible en: https://iot.ieee.org/images/files/pdf/iot_ecosystem_exec_summary.pdf.
- IHU, *Um manifesto pela justiça digital*, Instituto Humanitas Unisinos, Brasil, 2020. Disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/596300-um-manifesto-pela-justica-digital>.
- Internet Governance Forum, “Dynamic Coalition on the Internet of Things (DC-IoT)”, Naciones Unidas. Disponible en: <https://bit.ly/3Dyeel3>.
- , “Dynamic Coalition on the Internet of Things (DC-IoT). Internet of Things Global Good Practice”, Naciones Unidas, 2018. Disponible en <https://bit.ly/3DDP0S6>.

- IOTFORALL, “IoT Regulation: Too Little? Too Late?”, 2019. Disponible en: <https://www.iotforall.com/iot-regulation>.
- Irion, Kristina, “Panta rhei: A European Perspective on Ensuring a High-Level of Protection of Digital Human Rights in a World in Which Everything Flows”, en M. Burri (ed.), *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3638864>.
- ITU/UNESCO *Harnessing the Internet of Things for global development*, Broadband Commission for Sustainable Development, Geneva, Suiza, 2016. Disponible en: *t SSRN 2588129*.
- Klein, Naomi, “How big tech plans to profit from the pandemic”, *The Guardian*, vol. 13, núm. 5, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/47d4qu3>.
- Kleinwächter, Wolfgang, “The governance dimension of the Internet of Things” *from the Internet of Things Conference The need for governance of the IoT: What role for the public sector?* May 16, 2011, (Video). Disponible en: <http://kifu.videotorium.hu/en/recordings/3014/the-governance-dimension-of-the-internet-of-things>.
- Kohn, Benedikt y Fritz-Ulli, Pieper, “AI-regulation-around-the-world”, Taylor Wessing, 9 de mayo de 2023. Disponible en: <https://bit.ly/44UEke8>.
- Kypriotaki, Kalliopi, Efpraxia Zamani, y Giaglis, George, “From bitcoin to decentralized autonomous corporations-extending the application scope of decentralized peer-to-peer networks and blockchains”, *Proceedings of the 17th International Conference on Enterprise Information Systems*, vol. 3, Barcelona, ICEIS, 2015.
- Land, Molly K., y Aronson, Jay D. (eds.), *New technologies for human rights law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- , “Human rights and technology: new challenges for justice and accountability”, *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 16, 2020.
- Larkin, Christina, *Human Rights and Technology Report: What you need to know*, Ernst Young Oceania, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/45cVR0N>.
- Lazar, Jonathan, y Stein, Michael Ashley (eds.), *Disability, human rights, and information technology*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2017.

- Lee, In, "Internet of Things (IoT) cybersecurity: Literature review and IoT cyber risk management", *Future internet*, vol. 12, núm. 9, 2020.
- Lehrach, Hans e Ionescu, Adrian M., "The Future of Health Care: deep data, smart sensors, virtual patients and the Internet-of-Humans", *White Paper*, Comisión Europea, 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/future_health_fet_consultation.pdf.
- Leshner, Molly; Gierten, David; Attrey, Angela; Carblanc, Anne y Ferguson, Sarah, "Going digital: Shaping policies, improving lives", París, OECD Publishing, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3qcdK0N>.
- Lévy-Bencheton, Cédric, "An Overview of IoT Regulations - Checklist for UK PSTI, EU RED and CRA", julio 18 2023. Disponible en: <https://bit.ly/47bdjo8>.
- Liebholz, Alina, "Commentary: Who is Liable if AI Violates Your Human Rights?", *Impakter*, Reino Unido, Centro de Informação sobre Empresas e Direitos Humanos, 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3OFdLUA>.
- Lupton, Deborah, y Williamson, Ben, "The datafied child: The dataveillance of children and implications for their rights", *New media & society*, vol. 19, núm. 5, 2017.
- Magrani, Eduardo, *A internet das coisas*, Alemania, BOD GmbH DE, 2021.
- Manwaring, Kayleen, y Hall, Cachelin, "Legal, social and human rights challenges of the Internet of Things in Australia", *Input paper for the Horizon Scanning Project "The Internet of Things" on behalf of the Australian Council of Learned Academies*, www.acola.org, 2019.
- Márquez Carrasco, Carmen, "Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022.
- MICROSOFT, *A cloud for global good: a policy roadmap for a trusted, responsible and inclusive cloud*, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/47aDdZb>.
- Miller, Anna, "Amsterdam is Now Europe's First Named 'Sharing City'", *Shareable*, núm. 24, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3ODKVUy>.

- Miraz, Mehdi H.; Ali, Maaruf; Excell, Peter S. y Picking, Richard, “Internet of nano-things, things and everything: future growth trends”, *Future Internet*, vol. 10, núm. 68, 2019. Disponible en: <https://www.mdpi.com/1999-5903/10/8/68/pdf>.
- Njanja, Annie, “Kenya: Content moderators call for investigations into big tech companies that outsource services”, TechCrunch, 2023. Disponible en: <https://bit.ly/45cWfwh>.
- Noto La Diega, Guido y Walden, Ian, “Contracting for the ‘Internet of Things’: Looking into the Nest”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research*, Paper 219, 2016. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2725913>.
- OECD, “Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives”, Paris, OECD Publishing, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264312012-en>.
- , “How’s life in the digital age?: Opportunities and risks of the digital transformation for people’s well-being”, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264311800-en>.
- , “Well-being in the digital age”, OECD Going Digital Policy Note, OECD, Paris, 2019. Disponible en: www.oecd.org/going-digital/well-being-inthe-digital-age.pdf.
- , Recommendation of the Council on Open Government, OECD/LEGAL/0438. OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/47fs9K8>.
- ONU, A/74/821– “Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital”, Informe del Secretario General, 2020.
- Pan, Xin; Sinha, Paresha y Chen, Xuanjin, “Corporate social responsibility and eco-innovation: The triple bottom line perspective”, *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, vol. 28, núm. 1, 2021.
- Paré, Daniel, “The digital divide: why the ‘the’ is misleading”. *Human Rights in the Digital Age*, Routledge-Cavendish, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/3YhpprB>.
- Porcelli, Adriana Margarita, “Un Hito Jurídico Sobre Internet de las Cosas: La Ley De California N° 327 del Año 2018 Vigente a Partir del 1 Enero del 2020”,

- Revista Direito GV*, vol. 16, núm. 1. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201953>.
- PRNewswire, "Canary Speech Accelerates AI Speech Analysis Technology with Microsoft Cloud for Healthcare Integration", 2023. Disponible en: <https://bit.ly/43OG1bl>.
- RAC, "Smart motorways - what are they and how do you use them?", 2022. Disponible en: <https://www.rac.co.uk/drive/advice/driving-advice/smart-motorways/>.
- Ranchordás, Sofia, "Connected but Still Excluded?, Digital Exclusion beyond Internet Access", en Ienca, Marcello; Pollicino, Oreste; Liguori, Laura; Stefanini, Elisa, y Andorno, Roberto (eds.), *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences, and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- Reynolds, Matt, "Voice calls combed for signs of disease", *New scientist*, núm. 3112, 2017.
- Rifkin, Jeremy, "Towards internet of things and shared economy", *2 Corporation Research*, 2015.
- , "How the third industrial revolution will create a green economy", *New Perspectives Quarterly*, vol. 33, núm. 1, 2016.
- , *The green new deal: Why the fossil fuel civilization will collapse by 2028, and the bold economic plan to save life on earth*, Nueva York, St. Martin's Press, 2019.
- Romaoli Garcia, Andrea, "AI, IoT, *Big Data*, and technologies in digital economy with blockchain at sustainable work satisfaction to smart mankind: Access to 6th dimension of human rights", en Nuno Vasco Moreira Lopes, *Smart governance for cities: Perspectives and experiences*, Suiza, Springer Nature, 2020. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-22070-9_6.
- Rose, Karen; Eldridge, Scott y Chapin, Lyman, "The internet of things: An overview", *The internet society (ISOC)*, núm. 80, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3OdijzX>.

- Sampaio Santos, Isabella; Jorge, Eduardo; Almeida, Mayara; Lobato, Peterson; Filho, Aloisio; Araújo, Marcio y Saba, Hugo, “Mapeamento científico e tecnológico Sobre Impressão 3D”, *Peer Review*, vol. 5, núm. 20, 2023. Disponible en: <https://peerw.org/index.php/journals/article/view/1091>.
- Schwab, Klaus, “Now is the time for a ‘great reset’”, en *World Economic Forum*, vol. 3, 2020. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/06/now-is-the-time-for-a-great-reset/>.
- Segall, Lewis, “Respecting rights: Global Network Initiative assessment report”, *Google Research Blog*, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3DBUxIZ>.
- Sharma, Neha; Shamkuwar, Madhavi y Singh, Inderjit, “The history, present and future with IoT”, en: Valentina E. Balas, Vijender Kumar Solanki; Raghvendra Kumar y Manju Khari (eds.), *Internet of Things and Big Data Analysis for Smart Generation*, Cham, Springer, 2019.
- Sloan, Hannah, “Human Rights and IoT: Tracking Violations and Improving Protections”, *lotforall*, 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3qaiQKU>.
- Soh, Changrok, y Connolly, Daniel, “New frontiers of profit and risk: The Fourth Industrial Revolution’s impact on business and human rights”, *New Political Economy*, vol. 26, núm. 1, 2021. Disponible en: <https://bit.ly/44O928A>.
- Sousa Alves, Marco Antônio, y Rodrigues de Oliveira, Samuel, “Regras, Pra Que Te Quero? A Relevância Do Direito Na Regulação De Novas Tecnologias”, *Teoria Jurídica Contemporânea*, núm. 6, 2021.
- Suresh, Priya; Vijay, Daniel, J.; Velusamy, Parthasarathy, y Aswathy, R. H., “A state of the art review on the Internet of Things (IoT). History, technology and fields of deployment”, en 2014 International conference on science engineering and management research (ICSEMR), IEEE-32331, 2014. Disponible en: <https://bit.ly/43LUAfT>.
- Takahashi, Thays, *A nova era das cirurgias à distância com robôs: Tecnologia 5G pode revolucionar e expandir cirurgias robóticas feitas remotamente, mas há desafios à vista, sobretudo no Brasil*, Veja SP, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3OcNpYx>.

Teubner, Gunther, “Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 2011.

The Danish Institute for Human Rights, *State of play on the EU's corporate sustainability due diligence directive five key takeaways*, 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3qhzx79>.

The World Wide Web Consortium (W3C), *Workshop on Smart Cities Report*, 2021. Disponible en: <https://www.w3.org/2021/06/smartcities-workshop/report.html>.

Tzafestas, Spyros G., “Ethics and law in the internet of things world”, *Smart cities*, vol. 1, no. 1, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/smartcities1010006>.

UNESCO, World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST) on the ethical implications of the Internet of Things (IoT)*, 2021. SHS/COMEST-Ext11/2021/2 Rev. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375304>.

United Nations, OHCHR, *Technology for human rights: UN Human Rights Office announces landmark partnership with Microsoft*, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3Oo9O5k>.

Van, Hao; Nguyen, Huyen N.; Hewett, Rattikorn y Dang, Tommy, “Hackernets: Visualizing media conversations on internet of things, *Big Data*, and cybersecurity”, en 2019 IEEE International Conference on *Big Data (Big Data)*, Los Ángeles, 2019.

Wagner, Ben, Kettemann, Matthias C. y Vieth, Kilian (eds.), *Research handbook on human rights and digital technology. Global politics, law and international relations*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2019.

Wille, Belkis, “The Data of the Most Vulnerable People is the Least Protected: How has biometric data collection caused harm in the context of humanitarian interventions and where do future risks lie?”, *Human Rights Watch*, 2023 Disponible en: <https://bit.ly/44OueLI>.

Wingfield, Richard, Ioana Tuta, and Tulika Bansal, *The tech sector and national action plans on business and human rights*, Copenhagen y Reino Unido, The

Danish Institute for Human Rights, Global Partners Digital, 2020. Disponible en:
<https://bit.ly/3OeVQCw>.

Wood, Alex J.; Graham, Mark; Lehdonvirta, Vili y Hjorth, Isis, “Networked but commodified: The (dis) embeddedness of digital labour in the gig economy”, *Sociology*, vol. 53, núm. 5, 2019.

World Bank, “Roughly half of the world’s population (3.5 billion) is online”, 2020.
Disponible en:
<https://datacatalog.worldbank.org/individuals-usinginternet-population>.

Incorporación Tecnológica en el Contexto Laboral y su Impacto en los Derechos Humanos

Incorporation of technologies at work and their impact in Human Rights

Evelyn Téllez Carvajal¹⁸⁴

Sumario: 1. Introducción; 2. Las tecnologías y su consecuente incorporación en los sectores público y privado; 3. Tecnologías usadas específicamente en los entornos laborales; 4. Derechos humanos y tecnologías en el contexto laboral, dos casos; 5. Reflexiones finales; 6. Referencias.

Resumen: El uso de herramientas tecnológicas en el trabajo promete eficiencia, ahorro de costos, competitividad, sin embargo también deben considerarse los aspectos como la capacitación en temas tecnológicos como el uso de dispositivos, ciberseguridad y por supuesto los derechos humanos.

Tanto el sector privado como el público incorporan diversas tecnologías en los espacios laborales, sin embargo; ambos sectores presentan problemáticas y metas distintas. El sector privado por ejemplo, tiene mayor tolerancia al riesgo que el sector público pues mientras para la empresa la transición tecnológica puede representar una ventaja competitiva y mejores ganancias frente a los competidores, en el sector gubernamental la inversión en temas tecnológicos se realizan de una manera más prudente con la intención de que estas adquisiciones sean útiles por un mayor periodo de tiempo.

Infortunadamente en este escenario parece ser que el factor humano se convierte en una herramienta más que puede ser monitoreada, vigilada durante el tiempo que realiza su trabajo olvidando la esencia misma de lo que es un ser

¹⁸⁴ Doctora en Socioformación y Sociedad del Conocimiento por el Centro Universitario CIFE, maestría en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, licenciada en derecho por la misma casa de estudios y licenciada en Relaciones Internacionales por la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM.

Ex miembro del grupo Otto Hahn de Diversidad y Homogeneidad en el Instituto Max Planck de Derechos Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg Alemania, ex alumna de los cursos de Derecho Internacional en el Palacio de la Paz en Países Bajos.

Actualmente se desempeña como Investigadora para el INFOTEC, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación y profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

social en un entorno laboral. En este trabajo se pone de manifiesto la necesidad de comprender el rol de los seres humanos en los contextos laborales y un adecuado uso de las tecnologías.

Palabras clave: software de monitoreo, privacidad, derechos de los trabajadores, TIC.

Abstract: The use of technological tools at work promises efficiency, cost savings, and competitiveness; however, training workers in technological issues such as the use of devices, cybersecurity, and of course the human rights.

Both the private and public sectors incorporate different technologies at work, however; both sectors present different problems and goals. Private sector, for instance, has better tolerance to risks than the public sector because for the company the technological transition can represent a competitive advantage and better profits compared to competitors

In the government sector, investment in technological issues is carried out in a more prudent way with the intention that these acquisitions could be useful for a longer period of time.

Unfortunately, in this scenario it seems that the human factor becomes just another tool that can be monitored, watched during the time they carry out their work, forgetting the very essence of what a social being is in a work environment. This work highlights the need to understand the role of human beings in work contexts and the appropriate use of technologies.

Keywords: monitoring software, privacy, workers' rights, ICT.

Resumo: O uso de ferramentas tecnológicas no trabalho promete eficiência, economia de custos e competitividade; no entanto, aspectos como a formação em questões tecnológicas como o uso de dispositivos, a segurança cibernética e, claro, os direitos humanos também devem ser considerados.

Contudo, tanto o sector privado como o público incorporam diversas tecnologias nos espaços de trabalho; Ambos os setores apresentam problemas e objetivos diferentes. O setor privado, por exemplo, tem maior tolerância ao risco do que o setor público porque enquanto para a empresa a transição tecnológica pode representar uma vantagem competitiva e melhores lucros em relação aos

concorrentes, no setor governamental o investimento em questões tecnológicas é realizado em um mais prudente com a intenção de que essas aquisições sejam úteis por um longo período de tempo.

Infelizmente, neste cenário parece que o fator humano passa a ser apenas mais uma ferramenta que pode ser monitorada, vigiada durante o tempo em que realizam seu trabalho, esquecendo-se da própria essência do que é um ser social no ambiente de trabalho. Este trabalho destaca a necessidade de compreender o papel do ser humano nos contextos de trabalho e o uso adequado das tecnologias.

Palavras-chave: software de monitorização, privacidade, direitos dos trabalhadores, TIC.

1. Introducción

En la actualidad las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TIC) se han incorporado en la realización de actividades tan cotidianas como es trasladarse de un lugar a otro (como utilizar la gestión de tráfico urbano, los sistemas de información y navegación, la asistencia de conductor en tiempo real, los vehículos autónomos), comprar (por ejemplo acceder a las tiendas en línea, la banca en línea, realizar comercio electrónico), estudiar (usando las diversas plataformas virtuales, consultando o elaborando materiales digitales, accediendo a metaversos) e incluso laborar (obteniendo las ventajas del correo electrónico, almacenamiento en la nube, software de administración de proyectos etcétera). Sin embargo, no podemos olvidar que existe aún un número considerable de personas que no gozan de los beneficios de estos avances tecnológicos debido a las diferentes brechas como son la brechas de acceso, de uso, de apropiación, de calidad, de género o generacional que vienen aparejadas a las mismas tecnologías y que incluso pueden incrementar las desigualdades en algunas ocasiones.

De acuerdo a cifras de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, (International Telecommunication Union-ITU), UIT por sus siglas en español, se

calcula que aún existe un “37% de la población mundial, es decir, 2,900 millones de personas que jamás ha tenido acceso a internet”.¹⁸⁵

Este mismo organismo especializado de las Naciones Unidas indicó que el número de usuarios de Internet se incrementó derivado de la necesidad de conexión consecuencia de la restricción de tránsito durante la pandemia ocasionada por el virus de COVID-19. Ello representó un aumento del 17% del número de usuarios de internet para ubicarse en 782 millones.¹⁸⁶ En este sentido la UIT ya había señalado que el aumento en el uso de la red de redes se venía dando sobre todo en los países menos desarrollados: “El sólido crecimiento registrado a partir de 2019 fue impulsado en gran medida por los países en desarrollo, donde la tasa de penetración de Internet creció en más de un 13%. En los 46 países menos adelantados (PMA), según la terminología de las Naciones Unidas, el aumento medio superó el 20%”.¹⁸⁷

A este respecto es importante destacar que gran parte de las personas que se ubican en países en vías de desarrollo y en los países menos desarrollados (PMD), que se mencionan en el estudio en comento, son quienes más padecen las distintas brechas digitales antes mencionadas. Brechas que deben ser analizadas y estudiadas para que la incorporación tecnológica en distintos sectores de la población sea de una manera segura y responsable.

Por ejemplo, en lo referente a un acceso equitativo a Internet, cifras de la misma UIT respecto a la brecha de género estiman que en los PMD 4 de cada 5 mujeres no tiene conexión a Internet.¹⁸⁸ La UIT considera que la brecha de género “es aún más preocupante en países de ingresos bajos, donde el 21% de las mujeres accede a Internet frente al 32% de los hombres, cifra que no ha mejorado desde 2019”.¹⁸⁹ La grave desigualdad entre hombres y mujeres en entornos

¹⁸⁵ Unión Internacional de Telecomunicaciones, “2.900 millones de personas siguen careciendo de conexión”, Comunicado de prensa, Ginebra, 30 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/PR-2021-11-29-FactsFigures.aspx#:~:text=Nuevos%20datos%20de%20la%20UIT,mundo%20se%20hallan%20muy%20rezagados&text=%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8BSe%20estima,personas%2C%20jam%C3%A1s%20ha%20utilizado%20Internet.>

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ Unión Internacional de Telecomunicaciones, “Internet es más asequible y está más extendido, pero los más pobres del mundo siguen excluidos de las oportunidades en línea”, Comunicado de

digitales expone la imperiosa necesidad de llevar a cabo acciones concretas que permitan ir reduciendo esta brecha de género digital. Estas cifras nos permiten comprender que sea en ámbitos laborales, de estudio e incluso recreativos, hombres y mujeres tenemos diferentes condiciones, oportunidades e implicaciones en los entornos digitales.

Por otra parte, la asequibilidad de dispositivos y los servicios de Internet, al menos en los países en desarrollo siguen resultando onerosos y de mala calidad. Se debe de reconocer cuál es el status que guardan los Estados respecto a sus propios avances en el tema de la innovación e incorporación de las TIC en sus sectores tanto públicos como privados, para ello es de gran utilidad evaluar diversos aspectos que van desde el número de internautas como la capacidad de adaptación al entorno tecnológico de los individuos pues de esto también depende la adaptabilidad a situaciones como el trabajo en casa, también llamado Home Office.

De acuerdo al ranking de los países del mundo con mejor avance tecnológico y capacidad para desarrollar y aprovechar la tecnología de punta de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCAD) de 166 países Estados Unidos se encuentra en el primer lugar repitiendo de acuerdo al año 2021. En la región latinoamericana Brasil es el mejor posicionado en el lugar 40 para este año 2023, subiendo un escaño en comparación con 2021. Chile ocupa el lugar 48 en comparación del lugar 49 que ocupó en el año 2021, Costa Rica se ubica en el 57 subiendo cuatro posiciones de 2021 a 2023, a diferencia de México que se encuentra en el lugar 61 decreciendo 4 posiciones en comparación con el año 2021.¹⁹⁰

Estos reportes de tecnología evalúan diversos aspectos como el número de usuarios de Internet, el número de industrias en el tema tecnológico, la competitividad digital, el conocimiento tecnológico, la capacidad de crear y

prensa, noviembre 30 2022. Disponible en <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/PR-2022-11-30-Facts-Figures-2022.aspx>.

¹⁹⁰ United Nations, UNCAD, Technology and Innovation report 2023. Disponible en <https://unctad.org/tir2023>.

promover las innovaciones y en general evalúan el entorno tecnológico de un país así como sus expectativas a futuro.

Tanto iniciativa privada como gobiernos apuestan a la incorporación de las TIC en sus actividades; en ambos sectores se ha incrementado el uso de cámaras de videovigilancia, sistemas GPS, impresoras 3D, asistentes robots, la biometría digital e incluso los sistemas de Inteligencia Artificial (en adelante IA) predictivos en varios campos, entre otros, para obtener mayores seguridades, mejorar sus servicios u ofertar nuevos productos.

A pesar de que actualmente el tema de la IA se encuentra en boga, el origen de estas tecnologías data de la década de los años cincuenta y sesenta, sin embargo, lo que resulta atractivo es su progreso tecnológico como es el poder de procesamiento, el almacenamiento de datos, los algoritmos más sofisticados así como su aplicabilidad en numerosas industrias como la del transporte, el entretenimiento e incluso la salud.

Las TIC son hoy por hoy un factor clave dentro de las sociedades que han permeado las discusiones y debates sobre la toma de conciencia e interés en este campo. El sector público y el privado apuestan a la incorporación de tecnologías en cada una de sus áreas aunque debido a sus distintas necesidades el camino hacia el cambio tecnológico se bifurca. Una de las principales diferencias ente la incorporación de las TIC en ambientes laborales es la velocidad pues en la iniciativa privada se tiende a apostar al uso de las tecnologías más rápido pues esto puede representar ganancias o ventajas comerciales, y por ello tiene una mayor tolerancia al riesgo. En cambio en el sector público hay menos tolerancia al riesgo pues se debe ser mucho más cauteloso pues el tipo de inversión debe ser de largo alcance y en ocasiones lleva meses e incluso años incorporar las TIC en sus procesos.

El uso de las TIC puede ser útil para dar respuesta a muchos problemas que enfrentamos los seres humanos en distintos campos entre ellos el laboral pues ofrecen mayor seguridad, libertad, economía del tiempo, al menos en principio, pues no se pueden obviar los efectos adversos de un uso indiscriminado o incorrecto de las TIC en los entornos laborales.

De este modo, para efectos de esta investigación se comprende al avance tecnológico como el conjunto de métodos, técnicas, procedimientos y conocimientos que tienen como fin mejoras de bienes, o servicios en función de su utilidad, costo, innovación etcétera. En el ámbito laboral, dichos avances pretendieron agilizar procesos, economizar recursos, mejorar las comunicaciones, tener entornos más eficientes, y por supuesto mejorar la calidad de vida de los empleados. Pero habría que preguntar por qué desde la incorporación de los primeros ordenadores de escritorio más accesibles a los empleados la jornada laboral nos e ha visto reducida, o por qué hoy se debe legislar sobre el síndrome del *burn out* o bien se trabaja sobre el derecho a la desconexión que tienen los empleados.

Parece ser que la incorporación de las TIC en el empleo no ha tenido las ventajas prometidas. El denominado teletrabajo tuvo su auge obligado por el tema de la pandemia por COVID-19 más pocos puestos laborales siguen realizándose desde casa al concluir el riesgo sanitario. Según un estudio de KPGM en 2021, seis de cada 10 empresas en México planteaban mantener el esquema de *home office* tras la pandemia.¹⁹¹ La realidad demuestra que las personas en teletrabajo no están tan ciertas de los beneficios de los cambios de esta modalidad.¹⁹²

El concepto de trabajo en casa o desde casa, *home office* o teletrabajo, ha tenido una transformación en las sociedades actuales. Particularmente se han cambiado los patrones y perfiles de empleados en esta modalidad pues como explica Hilry Silver en su estudio “Working from Home: Before and After the Pandemic”,¹⁹³ en el pasado las personas que laboraban desde casa eran en su mayoría mujeres o personas con menores niveles educativos que representaban empleados de medio tiempo y mal pagados. Hoy trabajar en *home office* se asocia

¹⁹¹ Forbes, “6 de cada 10 empresas en México seguirá con home office tras pandemia”, Negocios, 5 de abril de 2021. Disponible en:

<https://www.forbes.com.mx/home-office-despues-pandemia-mexico-kpmg/>.

¹⁹² Hernández, Gerardo, “Herencias de la pandemia: el 46% de las personas quedó con más carga de trabajo”. Disponible en:

<https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Herencias-de-la-pandemia-El-46-de-las-personas-queda-con-mas-carga-de-trabajo-20230815-0097.html>.

¹⁹³ Silver, Hilarym “Working from Home: Before and After the Pandemic”, *Contexts*, Berkeley California, vol. 22, núm. 1, pp. 66-70. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9988592/>.

con un status que permite en general gozar de mayores ingresos y un nivel de educación mayor al promedio, generalmente realizando actividades de gerencia, negocios propios, dedicación a las ciencias o las artes. En este mismo estudio, Silver resalta inclusive el considerar aspectos como la raza, origen y ubicación para poder ser parte de la fuerza laboral en el teletrabajo actualmente.

De este modo, el objetivo de esta investigación es exponer la relevancia que ha tenido la inclusión de las TIC en entornos laborales en relación a la protección de otros derechos como la privacidad y vida privada de los seres humanos tomando como base del análisis el antropocentrismo. De esta manera haciendo uso del análisis histórico, documental y el de análisis de casos se presentan algunos elementos para reflexionar sobre el uso que ciertas tecnologías pudieran tener en franca vulneración de los derechos de los trabajadores por un lado y por otro lado exponer la necesidad de que los trabajadores puedan conocer y defender sus derechos frente a la incorporación de las TIC en sus entornos laborales ya sea en el sector público o privado, pudiendo con ello abonar a evitar riesgos y por el contrario obtener los beneficios que brindan las TIC.

En los siguientes apartados como objetivos específicos se expone de manera breve los antecedentes de la incorporación de las TIC en entornos laborales distinguiendo entre los sectores públicos como privados. Otro objetivo específico aborda el tipo de tecnologías que es mejor evitar especialmente cuando son intrusivas como aquellos softwares que permiten monitorear los ordenadores de los trabajadores. Y finalmente se presenta el análisis de dos casos particulares que son muestra de las violaciones a la vida privada de las personas en entornos laborales por medio del uso inadecuado de las TIC. El primero de ellos en el contexto europeo específicamente el caso Bărbelescu contra Rumania presentado ante el Consejo de Europa y el segundo en el contexto mexicano, relativo a la exigencia de geolocalización de los empleados de la Secretaría de Relaciones Exteriores en momentos de confinamiento a causa de la pandemia por COVID-19.

A modo de conclusiones se presentan unas reflexiones finales en las cuales se adelanta que se requieren de mayores estudios y acciones preventivas antes

de la incorporación de las TIC en entornos laborales a fin de evitar vulneraciones a derechos humanos como la vida privada y la privacidad de las personas.

2. Las Tecnologías y su consecuente incorporación en los sectores público y privado

Actualmente las empresas transitan por una vorágine de propuestas tecnológicas. En ocasiones esta abrumadora tendencia a la modernización viene aparejada de un desconocimiento de en qué momento se debe transitar hacia la adquisición de nuevas tecnologías o incluso qué tipo de tecnologías son las que deben de incorporarse.

Dentro de los factores que son fundamentales para transitar hacia la inclusión de las TIC en la empresa se encuentran diseñar una estrategia empresarial, entender las necesidades y objetivos específicos. Temas como la interconexión, intercambio de información, el manejo de grandes cúmulos de datos que ya no pueden ser almacenados tradicionalmente así como la incorporación de comunicaciones que dejan atrás la telefonía tradicional, el fax, y celebran el paso de Internet con su correo electrónico, uso de mensajería, videoconferencias, almacenamiento de datos, páginas Web, etcétera, no puede tomarse a la ligera.

También es relevante considerar y evaluar los costos y beneficios de la adquisición de la tecnología, la capacitación del personal tanto de manera inmediata como también a mediano y largo plazo.

Otros factores no menos importantes son el tema de la interoperabilidad entre un programa actual y el que se adquiriera que garantice tener una buena comunicación e intercambio de datos así como no escatimar en el tema de seguridad para proteger los mismos. La infraestructura, el cumplimiento con normas y regulaciones en el tema de privacidad y datos personales son indispensables.

Hoy vivimos la transición de la industria en la que se automatizaron los procesos a mediados del siglo XX conocida también como industria 3.0 a la introducción de tecnologías digitales como el Internet de las cosas, los análisis de *Big Data*, la Inteligencia artificial, la realidad aumentada, que hoy conocemos con el concepto de industria 4.0.

En palabras del Dr. Edgar Buenrostro del INFOTEC,

El término industria 4.0 surge en 2011 en Alemania como parte de la estrategia para impulsar el uso de las tecnologías digitales en las empresas, para desarrollar la economía a partir de la generación y uso de sistemas ciberfísicos orientados a la producción, [...] que se diferencia de la digitalización de la producción, cuyo objetivo se limita a la incorporación de las TIC en las actividades de manera individual.¹⁹⁴

El mismo Dr. Buenrostro señala que el asunto de incorporar tecnologías en las empresas no es sencillo toda vez que se necesita contar con un buen diagnóstico de la empresa así como de sus recursos y la capacidad de su personal. En el caso de México, señala “las pymes [...] cuentan con una disponibilidad limitada de recursos y de una falta constante de personal capacitado”.¹⁹⁵ Buenrostro sostiene que las pymes (pequeñas y medianas empresas), “representan bajas condiciones de competitividad tecnológica en relación con sus pares de otros países desarrollados, encontrándose en desventaja para implementar la [industria] 4.0”.

El escenario en el sector público no ha resultado más alentador. Se observa el franco desconocimiento de cuáles son las tecnologías que deben de implementarse, y se desatienden las cuestiones más básicas como puede ser la normatividad en torno al uso de estas nuevas herramientas lo que ha traído consecuencias funestas por ejemplo un precario cuidado sobre los datos personales y datos sensibles de las personas.

Así, la incorporación tecnológica no se trata de un tema meramente de inversión sino de la gran variedad de aspectos que en efecto van desde las ofertas tecnológicas que se encuentran en el mercado y la rapidez con que estos bienes tecnológicos parecen caducar pero también el análisis del ecosistema en el que se pretenden incorporar estas TIC. Los sectores público y privado deben hacer frente en ocasiones al poco tiempo que se tiene para decidir si incorporar o no alguna tecnología. Como se adelantaba en líneas arriba, el sector privado por lo general presenta una mayor tolerancia al riesgo de la incorporación tecnológica porque ve en ella oportunidades para obtener ganancias y tener ventajas sobre sus

¹⁹⁴ Edgar Buen Rostro, “Propuesta de adopción de tecnologías asociadas a la industria 4.0 en las pymes mexicanas, p. 2. Disponible en <http://revistas.unam.mx/index.php/entreciencias/article/view/81347/71887>.

¹⁹⁵ *Idem*.

competidores, sin embargo, siempre es necesario actuar con cautela, evaluar los riesgos de integración, ciberseguridad, cambios en los procesos, etcétera.

En esta tolerancia al riesgo que envuelve la incorporación tecnológica en el contexto laboral el tema de la cultura organizacional también es pieza clave pues la psicología de la empresa expresado a través de experiencias, creencias, valores respecto a las TIC será también un aspecto que permita ser más proclive a la innovación o por el contrario, se abogue a prácticas más conservadoras. En este mismo sentido es trascendental el contar o no con un equipo experto y capacitado para gestionar la adopción tecnológica así como la capacitación del personal para que puedan fluir y adaptarse a los cambios tecnológicos.

Es necesario trabajar también en la resiliencia tecnológica frente a posibles fallas o contratiempos pues esto ayudará a gestionar y mitigar los riesgos.

Respecto al sector público, también se adelantaba que si bien la incorporación tecnológica puede tener beneficios como la eficiencia laboral, la transparencia, la mejora en la calidad de los servicios, no se está exento de los desafíos como es el tema presupuestal en donde en ocasiones los recursos son limitados, la cultura organizacional es resistente al cambio, en ocasiones no se comprende la necesidad de aparejar la compra de tecnología con medidas que garanticen la seguridad y privacidad de la información así como el estricto acatamiento y cumplimiento de la regulación en temas TIC que en ocasiones puede resultar confuso, cambiante o inclusive ausente.

Además, sin lugar a dudas uno de los temas cruciales para la incorporación tecnológica en espacios laborales en el sector público son los procesos burocráticos y los largos ciclos de adopción que ralentizan la adopción de las tecnologías convirtiéndose en un desafío garantizar la sostenibilidad a largo plazo de las soluciones tecnológicas.

A modo de ejemplo, en el caso de México, en el sector público, se implementó desde 1996, el sistema CompraNet que resultó bastante útil para agilizar las compras de gobierno a diversos proveedores. “Se ha estimado que los sistemas electrónicos de contratación pública pueden reducir los costos de

transacción en hasta 12%”,¹⁹⁶ en un inicio la plataforma se celebró con bombo y platillo, sin embargo; dicha plataforma está superada cuando se trata de adquisiciones tecnológicas pues los procedimientos de licitación y adquisición son rigurosos y requieren de un proceso más lento y complejo,¹⁹⁷ lo que impacta con la rápida evolución de las tecnologías emergentes que pronto pueden volverse obsoletas. Por otra parte, los evaluadores de las propuestas pueden carecer de la habilidad y pericia necesaria para comprender las especificaciones técnicas de las compras que se necesitan o bien pueden complicarse en la estandarización de procesos que no toman en cuenta las soluciones altamente especializadas que se requieren.

Actualmente, y a pesar de la evolución que ha tenido la herramienta, los actores interesados en las contrataciones públicas en México consideran que CompraNet no ha mantenido el paso a las innovaciones en los sistemas electrónicos de contratación, en contraste con otros países como Chile y —de manera más reciente— Colombia, que han desarrollado con éxito herramientas y funcionalidades mejoradas para las contrataciones electrónicas. Por lo tanto, es necesario revisar CompraNet no solo para permitir eficiencias adicionales en el uso de recursos públicos y alcanzar una cobertura mayor de los servicios y programas públicos, sino también para volver a posicionar a México como un líder en el uso de herramientas electrónicas para la contratación pública.¹⁹⁸

Otro elemento que se incorporó en México, en el año 2014, en este sector gubernamental fue el Manual Administrativo de Aplicación General en Materias de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (MAAGTICSI por sus siglas) como parte de la Estrategia Digital Nacional, hoy ya sin efectos, y que se ha sustituido por políticas que rigen el uso de las TIC priorizando el uso de software libre, estándares abiertos y el propio desarrollo de tecnología a modo de cada institución acordado en septiembre del año 2021.¹⁹⁹

Dentro de los objetivos de esta nueva Estrategia Digital está el ahorro de recursos, contrataciones específicas por medio de contratos marco vigentes,

¹⁹⁶ OCDE, Informe de seguimiento sobre la reforma de CompraNet en México. Mejorando el sistema electrónico de contratación pública de manera incluyente”, México, 2019, p. 11.

¹⁹⁷ Avendaño, Fernanda, “Compranet ‘se cayó’, y cada día cuenta”, Centro de Investigación en Política Pública, Sección Opinión, 25 de julio de 2022. Disponible en: <https://imco.org.mx/compranet-se-cayo-y-cada-dia-cuenta/>.

¹⁹⁸ OCDE, *op. cit.*, nota 13.

¹⁹⁹ Acuerdo por el que se expide la Estrategia Digital Nacional 2021-2024. DOF 6 de septiembre de 2021 Disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5628886&fecha=06/09/2021#gsc.tab=0

creación de proyectos conjuntos, entre otros. Ello atiende a la necesidad de resolver problemas que en el pasado representaba un gasto excesivo para el erario público en el tema TIC, específicamente relativo al pago de licencias de software.

De manera general, la incorporación de las TIC tanto en sector público como privado se han presentado como la panacea para solucionar diversos problemas como puede ser optimizar y hacer más eficientes los recursos, incluidos los humanos. Ya de manera particular, observamos a detalle el uso de las TIC en la praxis diaria y sus repercusiones. Así, por ejemplo, se ha experimentado un repunte en el uso de Chatbots y asistentes virtuales que permiten inclusive hacer llamadas telefónicas e interactuar con otras personas. Se piensa que para el año 2025 la IA de las empresas se harán cargo de al menos 95% de las interacciones con cliente²⁰⁰ un cambio de paradigma en el tema de interacción de humanos con máquinas sin lugar a dudas.

La IA permite y permitirá mejorar la logística optimizando tiempos y planificando rutas haciendo un ahorro en costes. En el tema de mercadeo hoy día el *machine learning* (ML aprendizaje de las máquinas en español) usa grandes cúmulos de datos que permite aumentar la captación de clientes potenciales hasta en un 50% y lograr la fidelización de los mismos. Todos estos algunos ejemplos tan solo²⁰¹ de las enormes potencialidades que brinda la inclusión tecnológica en las empresas. Sin embargo, el tema TIC tanto en el ámbito público como privado no puede eludir su responsabilidad en el impacto adverso en el tema de los derechos humanos. Los seres humanos no estamos preparados para hacer frente

²⁰⁰ «En 2025 el 95% de las empresas interactuarán con sus clientes mediante chatbots de Inteligencia Artificial», aseguró ayer el jefe de Tecnología de Microsoft España, Héctor Sánchez Montenegro. Es decir, que será una máquina que ha aprendido los deseos y preocupaciones del consumidor y capaz de responder a sus preguntas quien se encargue de comunicarse con él vía web o vía telefónica. Y vaticinó que las empresas que no acometan su transformación digital acabarán desapareciendo”. Suma Innova, Diario Información, I Congreso Internacional de Inteligencia Artificial Alicante, 2018. Congreso disponible en <https://www.elindependiente.com/congreso-inteligencia-artificial-2018/> y nota abreviada disponible en:

<https://sumainnova.suma.es/prensa/expertos-afirman-que-las-empresas-interactuaran-con-sus-clientes-con-inteligencia-artificial-en-2025/>.

²⁰¹ Conectng Visions, “¿Cómo aplicar la inteligencia artificial en las empresas para ahorrar costes?”, 13 de agosto 2021. Disponible en: <https://connectingvisionsgroup.com/ideas/crecer-fidelizar/inteligencia-artificial-empresas/>.

a temas como las noticias falsas, el robo de identidad, las omisiones que ponen en riesgo la seguridad de la información y por supuesto la falta de capacitaciones para los entornos laborales que cada vez más incorporan algún tipo de TIC.

Algunas de las herramientas tecnológicas que ya son utilizadas con mayor frecuencia en los espacios de trabajo son los correos electrónicos, las plataformas de mensajería, las plataformas de videoconferencias y herramientas colaborativas para el trabajo en equipo como los Drive o herramientas de administración de tareas como Trello.²⁰² A su vez, se ha apostado la automatización de operaciones repetitivas para liberar de la carga de trabajo a los empleados como en la tramitación de expedientes, cuentas por cobrar, órdenes de compras, atención a la cadena de suministro, procesos de contratación, entre otras dentro de las que también se puede mencionar a las plataformas educativas en línea, así como el almacenamiento en la nube.

Otras herramientas en cambio como el uso de softwares especializados para monitorear la productividad y la conducta de los empleados ponen en tela de juicio conductas y situaciones poco éticas e inclusive violatorias a las normas jurídicas como puede ser el caso del software que rastrea la actividad en las computadoras de los empleados incluyendo información de aplicaciones que son utilizadas durante la jornada laboral, el tiempo empleado en el teclado o el mouse e incluso el tiempo que se aleja de la pantalla. Software de seguimiento de comunicaciones electrónicas para verificar que los empleados utilizan adecuadamente los medios de comunicación de forma apropiada, herramientas de tiempo dedicado a tareas específicas e incluso a monitoreo de la ubicación de los empleados por medio de dispositivos móviles.

Esto nos permite preguntarnos cuáles son estas tecnologías que se usan específicamente en los entornos laborales y si es necesario que algunos de estos avances tecnológicos pudieran estar violentando los derechos de los empleados

²⁰² Trello, Altassian, disponible en;

https://trello.com/es?&aceid=&adposition=&adgroup=143814325909&campaign=19172014920&creative=640070424662&device=c&keyword=trello&matchtype=e&network=g&placement=&ds_kids=p74470952953&ds_e=GOOGLE&ds_eid=700000001557344&ds_e1=GOOGLE&gad_source=1&gclid=Cj0KCQiA4NWrbhD-ARIsAFCKwWuRnqt60-Y_kFlmhVq0mJMeXUnovHgXHI-FNSaHQhZnYnUOD8zV5DkaAtMuEALw_wcB&gclidsrc=aw.ds

como pudiera ser su vida privada o su intimidad. A continuación en el apartado siguiente se profundiza en este tema.

3. Tecnologías usadas específicamente en los entornos laborales

¿Cuáles son las tecnologías que se han puesto en uso en el ámbito laboral? Evidentemente el correo electrónico que se mencionaba antes, es una forma de comunicación que abarató costos significativamente. Hoy por hoy es una herramienta necesaria tanto en el sector público como en el privado, sin embargo esta herramienta no está carente de complicaciones como es la pérdida de información, el límite de almacenamiento o el costo de mantenimiento.

Otra herramienta ampliamente utilizada en el empleo son los mensajes instantáneos sea por medio de un teléfono inteligente, una tableta o una PC. Los más difundidos son la mensajería instantánea dentro de las redes sociales como puede ser Facebook Messenger, Instagram, Twitter, WhatsApp pero que a menudo al no encontrarse dentro de una plataforma completa para el trabajo remoto o con funciones colaborativas no permiten una comunicación confiable. Aunado a ello, una mala práctica que se presenta en la actualidad es que los mensajes instantáneos como los de las redes sociales se utilizan casi sustituyendo los mecanismos oficiales de comunicación sin hacer una adecuada distinción entre una red institucional, y una red privada lo que ocasiona que se utilicen de manera indiscriminada y se ponga en riesgo la información que se comparte.

En el caso mexicano son pocos los ordenamientos que regulan el uso de redes sociales en el sector gubernamental. Rigoberto Martínez, en su trabajo “Recomendaciones para los servidores públicos en el uso adecuado de las redes sociales” expone las escasas directrices que se encuentran como: el Protocolo de uso de twitter para funcionarios del Gobierno Federal, sin vigencia en la actualidad y los lineamientos para los portales de redes del gobierno del estado de Oaxaca, o bien el Instructivo de uso para redes sociales de las instituciones de la UNAM.²⁰³

²⁰³ Martínez Becerril, Rigoberto, *Recomendaciones para los servidores públicos en el uso adecuado de las redes sociales*, (Trabajo recepcional), México, Repositorio institucional de INFOTEC, 2018, pp. 83-94.

Otra herramienta que ha sido de gran utilidad para la seguridad en las áreas laborales es el uso de datos biométricos como medio de identificación o autenticación de las personas y sus actividades. Como se mencionaba arriba el uso de datos biométricos han sustituido las tarjetas y los relojes checadores. Cada vez es más común el uso de escáneres de huellas dactilares, de reconocimiento facial o escáner de iris para controlar el acceso a áreas restringidas, edificios o sistemas informáticos sin embargo es necesario preguntarse si este medio de identificación es el adecuado para el objetivo de registrar la asistencia o si por el contrario es un manejo de datos excesiva en relación a la privacidad y proporcionalidad con la que se deben manejar los datos personales de los individuos. Por ejemplo, pudiera usarse en cambio las tarjetas de identificación de radiofrecuencia, un código de barras o bien un código QR en su lugar.

Por su parte el uso de los softwares de productividad resultan cada vez más atractivos para los empleadores pues permiten detectar qué empleados son más eficientes y con estas métricas poder ser más justos en el momento de otorgar estímulos por desempeño laboral, sin embargo, también se puede detectar a aquellos empleados que juegan en los ordenadores durante la jornada laboral, visitan sus redes sociales o pasan mucho tiempo inactivos.

En 2020 Microsoft anunció *Productivity Score* un software para detectar la actividad de los empleados específicamente en aplicaciones de Microsoft 365 como Teams, SharePoint, y Outlook. Este software podía medir la frecuencia con la que los empleados colaboraban en documentos compartidos a través de la nube, si participaban o los leían tras una invitación a colaborar, inclusive si accedían desde la Web, el escritorio de una computadora o desde el teléfono celular. Permitía medir la eficacia en sus comunicaciones de Microsoft Teams, correos electrónicos, en la herramienta Community y hasta chats, hasta saber el tiempo invertido en reuniones con una o más personas.²⁰⁴ Dado a su probable uso adverso y la controversia debido a la privacidad y supervisión de los empleados se

²⁰⁴ S/a, "Productivity Score: Mide el rendimiento de la organización con Microsoft", Goom España. Disponible en: <https://www.goomspain.com/productivity-score/#:~:text=Productivity%20Score%20act%C3%BAa%20sobre%20dos,reuniones%20y%20trabajo%20en%20equipo.>

decidió que lo más adecuado era medir la productividad global y no individual²⁰⁵ y es que debido a las métricas que permitía la herramienta era cuestionable si era necesario contar con este tipo de información, si la intrusión a la intimidad que se realiza era proporcional a la finalidad perseguida y si no existían medidas menos intrusivas, es decir la idoneidad del recurso.²⁰⁶

Otros softwares similares son *DeskTime*, que permite identificar los programas usados y monitorear el uso de Internet, *Saftical Behaviour Analysis* que permite medir el tiempo de un empleado en el uso de programas de oficina asignados u otros sitios web o redes sociales²⁰⁷ y Kickidler, herramienta que permite el monitoreo en línea de las pantallas de las computadoras, grabación de las pantallas, control de registro de las teclas, historial de la actividad, detalles del día, informe de desempeño, informe de páginas webs y aplicaciones. Un software que promete ser “capaz de aumentar la comprensión, la concentración y la inspección y la productividad en el trabajo para mantener a los trabajadores a distancia”.²⁰⁸ Otros software del estilo son Time Doctor, Hubstaff, ActivTrack.

Alejandro Espinoza Yáñez apunta:

No es algo extraño para nada en las organizaciones, pero sin ironías, invisibilizado para la mayoría de los trabajadores. En la historia del trabajo, en particular dentro del sistema capitalista, en los albores del siglo XX, y en un recorte aún mayor, con la denominada Administración Científica del Trabajo (taylorismo-fordismo), la vigilancia era corporal, visible, externa -cuadros profesionales encargados de esta tarea, fungiendo como supervisores y capataces-. El control de los cuerpos y movimientos siguió presente en espacios laborales que habían tomado distancia del taylorismo-fordismo, pero ahora con esquemas de vigilancia discreta (la Escuela de las Relaciones Humanas, un paradigma gerencial, como ejemplo), disminuyendo en

²⁰⁵ Spataro, Jared, “Nuestro compromiso con la privacidad en Microsoft Productivity Score”. Disponible en: <https://news.microsoft.com/es-xl/nuestro-compromiso-con-la-privacidad-en-microsoft-productivity-score/>.

²⁰⁶ Lacort, Javier, “Con la llegada del teletrabajo me hicieron instalar un programa para vigilar lo que hago con mi portátil”, Xataka, España, 2020. Disponible en: <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/llegada-teletrabajo-me-hicieron-instalar-programa-para-vigilar-que-hago-mi-portatil>.

²⁰⁷ Bécares, Bárbara, “Herramientas de monitorización de los empleados: qué cosas alcanzan a vigilar y qué dice la ley sobre su uso en España”, Xataka Pro, 17 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.xataka.com/pro/herramientas-monitorizacion-empleados-que-cosas-alcanzan-a-vigilar-que-dice-ley-su-uso-espana>.

²⁰⁸ Kickidler, “Automatica la función de control de los trabajadores con la ayuda del instrumento de autocontrol”, Software de monitoreo de empleados. Disponible en: <https://www.kickidler.com/es/#selfcontrol>.

consecuencia la necesidad de cuadros supervisores y capataces, y constituyéndose poco a poco en la antesala de esquemas de autovigilancia (las experiencias del toyotismo y del humanware –usos de la informática en todos los campos-, valgan como botones de muestra). La autovigilancia encuentra al principal actor del proceso en el propio trabajador y el equipo de trabajo. El mejor vigilante es uno mismo, planteaba E. Goffman.²⁰⁹

En el tema de seguridad también las empresas han invertido en soluciones antivirus, firewalls, gestión de la identidad pero también en cámaras de seguridad incluso cámaras con IA que pueden detectar conductas “sospechosas” o que pueden identificar rostros aún y cuando se encuentren cubiertos.

Más todas estas tecnologías no son cien por ciento seguras y por el contrario podrían ser un riesgo para empresas y gobiernos. Por ello es necesario que reflexionemos sobre el Derecho a saber pues parecería que de pronto nos vimos inmersos en el mundo tecnológico y que nadie reparó en preguntar o informar sobre el mismo.²¹⁰

El biólogo francés Jean Rostand en la década de los años 60 alertaba sobre la necesidad de poner atención en los avances de los estudios eugenésicos y señalaba que “el hecho de que nosotros somos quienes vamos a vivir las consecuencias de estos experimentos nos daba el derecho a saber”.²¹¹

Este mismo concepto lo utilizaría la bióloga Rachel Carston en la década de los años 70 para referir la importancia de la utilización de pesticidas y sus efectos adversos en los seres humanos. Ella añadió la idea de Rostand que el sufrir las consecuencias de los avances científicos nos da el derecho a saber y que el saber nos permite actuar en consecuencia. Actualmente los individuos tenemos el derecho a saber cuáles son las TIC que nos rodean y cuáles son sus efectos en la sociedad e individuos. Cuáles son las ventajas y los riesgos. “El público debe decidir si desea continuar por el actual camino, y sólo puede decidirlo cuando esté

²⁰⁹ Espinosa Yáñez, Alejandro, “De a ventana indiscreta y la sala de Gesell a la pantalla de la computadora”, El Universal, 9 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/alejandro-espinosa-yanez/de-la-ventana-indiscreta-y-la-sala-gesell-a-la-pantalla-de-la-computadora/>.

²¹⁰ García, Jorge, “Tecnologías más utilizadas por las empresas”, Telcel. Disponible en: <https://www.telcel.com/empresas/tendencias/notas/tecnologias-mas-utilizadas-en-empresas>.

²¹¹ Bougrain Doubourg, Allain, *On a marché sur la Terre. Journal d'un militant*, París, Les échappés, 2020, p. 8. Disponible en: <https://lesechappes.com/wp-content/uploads/2020/04/ABD1.pdf>.

en plena posesión de los hechos. Con palabras de Jean Rostand: «la obligación de sufrir nos da el derecho de conocer»²¹².

Recientemente el caso *Solarwind* expone a una empresa fabricante de Orion un Software que fue hackeado comprometiendo la información de varias instituciones estatales de los Estados Unidos como la NASA y el Pentágono pero también de empresas como Yahooo, Federal Express, Master Card, Aeropuerto internacional de San Francisco, New York Times, y gobiernos como México, Canadá Bélgica, Reino Unido, España e Israel.²¹³

Este tipo de ataques lo veremos cada vez más frecuentemente y sobre todo a empresas de TI, el ataque de *Solarwind* se dirigió en un 44% a ellas y solamente un 18% a objetivos de Gobierno.

A nivel internacional en el año 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la resolución 3384 (XXX) denominada “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y en beneficio de la humanidad”. Desde entonces se entendió que el progreso mejoraría las condiciones de vida de los pueblos y las naciones más en ciertos casos podría generar problemas sociales, principalmente amenazar a los derechos humanos y libertades fundamentales de los individuos.

Por ello en su preámbulo resaltaba que los Estados debían de tomar medidas apropiadas para impedir que los progresos científicos y tecnológicos fueran utilizados en perjuicio de tales derechos y libertades.

En Diciembre de 2021 la Asamblea General por medio de su Resolución 76/19 “Desarrollos en el campo de las TIC en el contexto de la seguridad internacional y avance responsable del comportamiento de los Estados en el uso

²¹² Carston, Reachel, L., Primavera silenciosa, versión en español. Disponible en: https://www.academia.edu/48878387/Primavera_Silenciosa_PDF_COMPLETO_EN_ESPA%C3%91OL.

²¹³ Murdock, Jason, “Hacked software firm SolarWinds’ clients include Ford, Microsoft, AT&T”, Newsweek, 14 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.newsweek.com/solarwinds-hack-customer-list-suspected-russian-cyberattack-1554467>. Bécares. Bárbara, “El ataque a SolarWinds explicado: por qué un ataque a esta empresa desconocida trae de cabeza a grandes corporaciones y gobiernos del mundo”, 7 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.xataka.com/pro/ataque-a-solarwinds-explicado-que-ataque-a-esta-empresa-desconocida-trae-cabeza-a-grandes-corporaciones-gobiernos-mundo>.

de las TIC” señaló que es de especial interés de todos los Estados promover el uso pacífico de las TIC y prevenir conflictos derivados del uso de las TIC.

Mostró así mismo gran preocupación por el uso malicioso de las TIC en actividades en contra de la infraestructura crítica e infraestructuras de información crítica que brindan servicios esenciales para el público y la urgente necesidad de la cooperación entre Estados para frenar el uso de las TIC con propósitos terroristas.

Por su parte existen 12 reportes anuales de la Secretaría General referentes al contexto internacional de la seguridad en relación a las TIC, el último de ellos el A/77/92 del 8 de junio de 2022, que refiere dos preguntas específicas 1) sobre los esfuerzos a nivel nacional que se han tomado para fortalecer la seguridad de la información y la cooperación internacional y 2) El contenido específico relacionado al reporte del Grupo de trabajo Intergubernamental de Composición Abierta respecto a el involucramiento de la industria, organizaciones de la sociedad civil y la academia.

En este mundo globalizado en el que cada vez más las TIC se encuentran presentes en el ámbito laboral y personal es necesario entender en donde nos encontramos ubicados y esto en ocasiones es difícil de observar por lo que habremos de reflexionar sobre el último tema objetivo de esta investigación que es la relación entre derechos humanos y la incorporación tecnológica en el contexto laboral presentado a continuación en dos casos de estudio.

4. Derechos humanos y tecnologías en el contexto laboral, dos casos

Se seleccionaron dos casos que evidencian el uso de las TIC respecto a trabajadores que implicaron la violación a ciertos derechos humanos. Como se ha señalado en párrafos arriba, los derechos humanos expuestos con el uso de las TIC van desde la protección de datos, la vida privada pero también la integridad física, como evidenció el caso del ransomware *WannaCry* que atacó a los hospitales en el Reino Unido impidiendo que los pacientes llegaran al nosocomio correcto o que inclusive pudieran ser intervenidos quirúrgicamente. Por otro lado el abuso en el uso de las TIC por parte de los usuarios puede comprometer su la salud psicológica como es el caso del *phubbing* o las consecuencias funestas del

ciberbullying. La lista de los efectos adversos de un inadecuado uso de las TIC son diversos: sesgos digitales, discriminación, violencia en red, censura previa y hasta atentados contra la vida de las personas como es el caso de Drones armados, la Ciberguerra y el ciberterrorismo

No siempre el uso de las TIC resulta el idóneo por ello la necesidad de reflexionar sobre cómo se utilizan estas dentro de un contexto laboral. Por ejemplo, en el caso Bărbulescu contra Rumania del año 2017. En este caso se observan los límites que se deben tener cuando se trata de interferir las comunicaciones de los empleados aun alegando un mal uso de las herramientas proporcionados por la empresa tal como es el ordenador o el correo electrónico. Como se observará en este caso, argumentar que las personas se encuentran utilizando inapropiadamente las herramientas proporcionadas por la empresa no resulta ser un argumento suficiente para realizar una intromisión en la vida privada de las personas trabajadoras.

Los hechos del caso son los siguientes: el señor Bogdan Bărbulescu rumano de 38 años fue despedido en 2007 por la empresa privada para la que laboró de 2004 a 2007, pues se detectó que él había estado utilizando el chat de Yahoo Messenger de la empresa con fines personales.

El señor Bărbulescu negó haber hecho uso inadecuado de los recursos de la empresa sin embargo la empresa presentó como prueba 45 páginas con las transcripciones de las comunicaciones personales de Bărbulescu con su hermano y con su novia, algunos de estos mensajes de naturaleza íntima.

Dentro de las reflexiones del Tribunal Europeo que resolvió el caso es importante rescatar precisamente el límite de la actuación de la empresa toda vez que aunque la monitorización de comunicaciones no está prohibida, en el caso específico, la supervisión de las comunicaciones y la inspección del contenido la realizó un empresario. Si bien el Tribunal considera que los Estados contratantes tienen un margen de apreciación para evaluar la necesidad sobre las condiciones en las que un empresario puede regular las comunicaciones electrónicas o de otro tipo de carácter profesional de sus empleados en el lugar del trabajo, esta

discreción no es ilimitada por lo que el empresario debe de supervisar que haya garantías suficientes contra abusos.

Bărbulescu, como encargado de ventas de la empresa había creado una cuenta de mensajería instantánea en Yahoo Messenger para atender las preguntas de los clientes por esta vía y tenía aparte una cuenta personal de Yahoo Messenger.

El empresario brindó pruebas que permitieron conocer que el señor Bărbulescu conocía y había firmado el reglamento interno de la empresa el 20 de diciembre de 2006, que señalaba: “Se prohibirá estrictamente cualquier perturbación del orden y disciplina en los locales de la empresa en particular: (...) el uso personal de ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos o máquinas de télex o fax”.²¹⁴ Entre el 3 al 13 de julio de 2007 también se hizo de su conocimiento el aviso por medio del cual se notificó, que “... el empresario tenía el deber de supervisar y controlar el trabajo de los empleados y tomar medidas disciplinarias contra cualquier persona responsable de una falta”.²¹⁵ En dicha nota se hacía del conocimiento de los empleados que una empleada ya había sido despedida por motivos disciplinarios.²¹⁶ Esta comunicación también fue firmada por el señor Bărbulescu.

Del 5 al 13 de julio de ese mismo año el empresario grabó las comunicaciones de Bărbulescu en Yahoo Messenger en tiempo real y el 13 de julio fue llamado Bărbulescu en dos ocasiones (a las 16.30 y las 17.20 horas) para que explicara el uso de Internet con fines personales durante las horas de trabajo. En la segunda ocasión se le dio a conocer la transcripción de sus comunicaciones en 45 páginas, estas incluían 5 mensajes desde su cuenta personal de Yahoo Messenger intercambiados con su prometida, sin que hubiera información de carácter íntima y por ende su consecuente despido.

²¹⁴ Caso Bărbulescu contra Rumania, Jaime Messía de la Cerda Álvarez (trad.). Universidad Nacional de Educación a Distancia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 4. Disponible en:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Barbulescu%20c.%20Ruman%C3%ADa.pdf>.

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ *Idem.*

Una vez impugnado el despido ante el Tribunal del Condado de Bucarest, y alegado no solo el acoso del empresario por la intrusión en sus comunicaciones sino también la divulgación del contenido de las mismas con las personas que participaron en el proceso de despido, el Tribunal rechazó su solicitud considerando que la medida disciplinaria se encontraba de acuerdo con el Estatuto de trabajador, que era un derecho de la empresa monitorear las actividades de los trabajadores durante la jornada laboral, en específico sobre el uso que le daban a los ordenadores durante la jornada laboral, que el empresario contaba con la inspección como la única manera de asegurar que se incumplía con el reglamento laboral y que no se podía socavar el procedimiento disciplinario, además de que los trabajadores tenían conocimiento de que ya se había dado un despido previo de un empleado pues se había supervisado el uso indebido de las herramientas de trabajo como, teléfono, Internet y fotocopiadoras.

Otro de los argumentos que utilizó el Tribunal para rechazar el caso fue que el Internet que se proporciona como una herramienta de trabajo por parte del empleador debería usarse de manera profesional y no personal por lo que supervisar que esto se cumpla era necesario pues el empresario tiene la obligación de evitar riesgos por el uso incorrecto de Internet para los propios sistemas de la empresa, el que se pudieran realizar actividades ilegales a los que la empresa pudiera señalarse como responsable o inclusive evitar que se ventilaran secretos comerciales.

Pese a que el demandante apeló ante el Tribunal de apelación de Bucarest, su recurso fue desestimado. En su sentencia la autoridad señaló inclusive los principios de necesidad, finalidad, transparencia, legitimidad, proporcionalidad y seguridad de la Directiva no. 95/46/CE para justificar la supervisión necesaria, el proceder del empresario de acuerdo a los mismos.

El caso fue presentado ante el Tribunal Europeo que encuentra que efectivamente hubo una violación al artículo 8 del Convenio de Europa que establece que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo en los casos en que esté prevista por la ley y sea necesaria en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás.²¹⁷

Se argumentó que si bien el demandante había recibido notificaciones previas del empresario sobre las posibles consecuencias en caso de hacer uso personal de los recursos de la empresa, no se dio advertencia alguna sobre las medidas de supervisión, alcance y naturaleza de las mismas que tomaría el empresario.

Por otro lado también analizó que no había datos que supusieran que las comunicaciones del señor Bărbulescu pusieran en riesgo los sistemas informáticos de la empresa u algún otro riesgo. Al no haber claridad en el momento en el que se accedió a las comunicaciones en cuestión no debía suponerse que el empresario podía tener acceso a las comunicaciones en cualquier momento.

En sus argumentos el Tribunal Europeo tomó en consideración la normativa de Rumania en su artículo 26 constitucional sobre la protección de la vida íntima, familiar y privada, el Código Penal rumano en su artículo 195 sobre la violación del secreto de correspondencia, el Código Civil rumano en sus artículo 988 y 999 sobre daño y reparación del mismo, el Estatuto del Trabajador en su artículo 40 referido anteriormente, la Ley número 677/2002 sobre la protección de las personas en relación con el tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos, así como las Directrices para la reglamentación de los archivos de datos personales informatizados aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1990, entre otros, de los cuales se destaca el repertorio de datos personales de la Organización Internacional del Trabajo, que señala:

(1) Si los trabajadores son objeto de monitorización, deberían ser informados con antelación de las razones de la supervisión, el calendario, los métodos y técnicas utilizados y los datos que se han de recopilar, y el empresario debe reducir al mínimo la intrusión en la intimidad de los trabajadores.

(2) Sólo debería permitirse la supervisión secreta: (a) si es conforme a la legislación nacional; o (b) Si se sospecha, por motivos razonables, que se ha cometido una actividad delictiva u otra falta grave.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 28.

3) La supervisión continua sólo se permitirá si es necesaria para la salud y la seguridad o la protección de los bienes.²¹⁸

Otro elemento rescatable para efectos de esta reflexión es el documento de trabajo sobre monitorización y supervisión de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo del Grupo de trabajo sobre Protección de Datos de conformidad con el artículo 29 de la Directiva que señalaba:

el simple hecho de que una actividad de monitorización o supervisión se considere conveniente para servir a los intereses del empresario no puede justificar por sí misma una intrusión en la privacidad de los trabajadores, y que toda medida de supervisión debe satisfacer cuatro criterios: transparencia, necesidad, equidad y proporcionalidad.

48. En lo que respecta al aspecto técnico, el documento de trabajo establece: "La información rápida puede ser entregada fácilmente mediante un software, como las ventanas de advertencia, que aparecen y alertan al trabajador de que el sistema ha detectado y/o ha tomado medidas para evitar un uso no autorizado de la red".

49. Más concretamente, sobre la cuestión del acceso a los correos electrónicos de los empleados, el documento de trabajo incluye el siguiente pasaje: "Sólo en circunstancias excepcionales se consideraría necesaria la monitorización del [correo electrónico] o el uso de Internet de un trabajador. Por ejemplo, la monitorización del correo electrónico de un trabajador puede ser necesaria para obtener confirmación o prueba de ciertas acciones por su parte."²¹⁹

El Tribunal en su sentencia también considera que: "las instrucciones de un empresario no pueden reducir a cero la vida social privada en el lugar de trabajo".²²⁰

Así es importante que antes de supervisar las comunicaciones de los empleados las empresas deben notificar a las personas sobre la naturaleza y alcance de la supervisión y el grado de intrusión en la vida privada y correspondencia determinando las razones que justifiquen la introducción a estas medidas. Deben considerarse usar los medios menos intrusivos al acceso de las comunicaciones.²²¹

²¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

²²⁰ *Ibidem*, p. 33.

²²¹ Perseo, "Las empresas no pueden controlar los correos electrónicos de sus empleados sin previo aviso y sin justificación", Programa Universitario de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 56, 2017. Disponible en: <http://www.pudh.unam.mx/perseo/las-empresas-no-pueden-controlar-los-correos-electronicos-de-sus-empleados-sin-previo-aviso-y-sin-justificacion/>.

Con 11 votos a favor y uno en contra el Tribunal confirma una violación a la vida privada de Bărbulescu más no concede indemnización.

Así como conclusión de este caso se puede señalar que los límites para un control empresarial de comunicaciones de los empleados deben considerarse:

1. Que el trabajador debe ser informado
2. Debe de notificarse cualquier modificación o uso de medios para la revisión, supervisión. Explicar las sanciones en caso de incumplimiento a normativas laborales
3. Los medios de supervisión usados por la empresa deben ser lo menos intrusivos en la vida privada de las personas
4. Antes de determinar un despido laboral la empresa debe de contar con otras medidas disciplinarias como la amonestación o la sanción económica.²²²

A continuación el siguiente caso seleccionado se trata de la situación de los trabajadores de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México en situación de teletrabajo durante la pandemia.

El contexto de este cambio en la situación laboral de los trabajadores se da el 28 de febrero del año 2020 cuando el gobierno de México anunciaba la llegada del virus COVID-19 y el 18 de marzo los primeros decesos por su causa. Las primeras acciones que se tomaron, un par de días después, fue la suspensión de las clases y es el 30 de marzo que el Consejo de Salubridad General decretó la emergencia sanitaria por el virus SARS-CoV-2, esta fecha es clave pues se suspendieron tanto servicios gubernamentales, judiciales y legislativos así como actividades en empresas, oficinas del sector privado que no fueran consideradas como “esenciales”²²³ tanto es el caso de actividades médicas, de seguridad pública, económicas principalmente.

²²² Salinas, Mario, “Control empresarial del correo electrónico; ¿es ilícito?”, Cerem. 15 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.cerem.mx/blog/control-empresarial-del-correo-electronico-es-licito>.

²²³ Montalvo, Alhelí, “¿Cuáles son las actividades esenciales que no pararán en la contingencia del Covid-19?”, *El Economista*, 31 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Cuales-son-las-actividades-esenciales-que-no-pararan-en-la-contingencia-del-Covid-19-20200331-0061.html>.

El 21 de abril del año 2020 se declaró la fase 3 de la emergencia por medio de la cual se incrementaron las medidas de precaución y se hizo la invitación a que las personas realizaran un aislamiento voluntario, a diferencia de otros países en donde esta medida se acompañó de multas como el caso de Francia,²²⁴ la vigilancia policial, e inclusive despliegue de tropas como en el estado de Nueva York.²²⁵

El 15 de julio de 2020, poco más de dos meses iniciada la fase 3 de la emergencia, la Dirección General del Servicio Exterior y Recursos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de acorde a la situación de pandemia en que se vivía, autorizó que los empleados de dicha dependencia gubernamental continuaran laborando en la modalidad de trabajo remoto por medio de la circular DSE/DG/02472/2020, firmada por el director de recursos humanos Moisés Poblano Silva.

Dicha circular ordenaba que mandos medios y superiores del personal debían activar la geolocalización en tiempo real de la aplicación WhatsApp durante 8 horas para poder comprobar que se estaba cumpliendo con la jornada laboral.

A la letra el texto señala que:

Los servidores públicos de mando medio y superior seguirán realizando guardias para la atención de actividades esenciales y relevantes, con el mínimo de personal en oficinas para evitar en la medida de lo posible cualquier tipo de contagio, debiendo estar disponibles en todo momento cuando realicen trabajo a distancia. Por lo anterior, y para garantizar que las personas servidoras públicas de mandos medios y superiores se queden en casa para realizar su trabajo a distancia, deberán notificar a su superior inmediato a través de WhatsApp al inicio de la jornada su ubicación en tiempo real por 8 horas (abrir su conversación de WhatsApp, pulsar el botón 'Adjuntar' y elegir la opción 'Ubicación'. Después elegir "Ubicación en tiempo real" Y elegir 8 horas). Cada Coordinación Administrativa llevará el registro y control del personal que realice guardias y del que realice trabajo a distancia.

Evidentemente para esa fecha aún no se emitía el decreto que regulaba el teletrabajo. Hasta ese momento la Ley Federal del Trabajo solamente regulaba el trabajo a domicilio en el artículo 311 que señalaba como: "Trabajo a domicilio es el

²²⁴ Rodríguez Martínez, Marta, "¿Qué países europeos están imponiendo las sanciones más restrictivas por violar la cuarentena?", *Euronews*, mundo, 17 de marzo de 2020. Disponible en: <https://es.euronews.com/2020/03/17/que-paises-europeos-estan-imponiendo-las-sanciones-mas-es-trictas-por-violar-la-cuarentena>.

²²⁵ BBC News Mundo, "Coronavirus: 6 medidas extremas adoptadas por las autoridades en la lucha contra el covid-19", 11 de marzo 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51832806>.

que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo”.²²⁶ Como puede observarse este artículo era insuficiente para cubrir la situación que se vivía en esos momentos de pandemia.

Pero la inadecuada regulación del teletrabajo no debió obviar la relevancia de otros derechos consagrados en las normas mexicanas como es el derecho a la protección de datos personales y respeto a la vida privada. Con esta situación se evidenció la impericia de transitar hacia entornos poco explorados como el trabajo a distancia, la poca confianza de las autoridades en el desempeño laboral de sus empleados sin una “supervisión” o “coordinación” *in situ*.

Por otra parte, existió una franca vulneración a los derechos de los trabajadores pues no era una obligación de ellos contar con un teléfono inteligente, ni instalar la aplicación de WhatsApp pues este no es un medio oficial de comunicación. Era evidente que no se estaba considerando el gasto en cuanto a datos que se requería o un plan tarifario para poder cubrir los datos de geolocalización de las personas,

Lo más grave es cuando se minimiza la relevancia de la información que se le está solicitando al trabajador que es la geolocalización en tiempo real, y lo que esta situación conlleva puesto que la información de la ubicación georreferenciada del domicilio de los empleados o en donde se encontraran laborando no son datos que los servidores públicos debieran conocer o compartir, estamos ante un inadecuado manejo de datos personales sensibles.

Si bien es cierto que en el transcurso de ocho días, el mismo director de recursos humanos Moisés Poblano Silva, en un alcance a la primera circular tuvo que explicar que la geolocalización: “se prevé de forma opcional con la finalidad de contar con la información para el Órgano Interno de Control en relación al personal que asiste a las oficinas y que labora a distancia, sin que en ningún momento se trate de afectar a la privacidad de las personas”, se evidenció una vulneración a la vida privada de los trabajadores.

²²⁶ Ley Federal del Trabajo anterior a la reforma del año 2021 sobre el teletrabajo.

El 11 de enero del año 2021, se reformó el artículo 311 meniconado y se adicionó el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo que estableció en su artículo 330-A que:

El teletrabajo es una forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la información y comunicación, para el contacto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón.

La persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo será quien preste sus servicios personal, remunerado y subordinado en lugar distinto a las instalaciones de la empresa o fuente de trabajo del patrón y utilice las tecnologías de la información y la comunicación.

Para efectos de la modalidad de teletrabajo, se entenderá por tecnologías de la información y la comunicación, al conjunto de servicios, infraestructura, redes, software, aplicaciones informáticas y dispositivos que tienen como propósito facilitar las tareas y funciones en los centros de trabajo, así como las que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en particular los componentes tecnológicos que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información.

Se regirán por las disposiciones del presente Capítulo las relaciones laborales que se desarrollen más del cuarenta por ciento del tiempo en el domicilio de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, o en el domicilio elegido por ésta.

No será considerado teletrabajo aquel que se realice de forma ocasional o esporádica.²²⁷

Gracias a esta reforma se pudo establecer con claridad las obligaciones de los patrones como brindar los equipos de trabajo adecuados para la realización de las actividades de los trabajadores en esta modalidad dentro de los que se consideran equipos de cómputo, sillas ergonómicas, impresoras. Asumir los costos derivados de los servicios de telecomunicación así como la parte proporcionar de la electricidad. Sin lugar a dudas un tema relevante es implementar mecanismos que preserven la seguridad de los datos personales de los trabajadores y la seguridad de la información.

²²⁷ Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de teletrabajo. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021#gsc.tab=0.

Las obligaciones de los trabajadores en esta modalidad también se establecieron en el artículo 330-F dentro de los que se destaca la de cumplir con las restricciones de uso y almacenamiento establecidos por el patrón.

Hasta hoy no se cuenta con datos exactos que den cuenta de cuántas personas en el sector gubernamental cambiaron de modalidad de empleo al teletrabajo después de la pandemia. Tampoco hay datos claros sobre cuántas personas en el ámbito privado no regresaron a las oficinas después de la pandemia. En este sentido es mucho menos preciso el establecer cuántas personas en el ámbito público o privado se encuentran siendo monitoreados por las TIC para determinar su ubicación, su rendimiento laboral o si en su jornada laboral toman tiempo para desempeñar actividades de índole privada, comunicarse con la familia, agendar una cita médica, mirar la cartelera de cine, jugar un videojuego... softwares invasivos de la privacidad.

5. Reflexiones finales

Las TIC han llegado a nuestras vidas y no estamos conscientes de las posibles afectaciones que traen aparejadas. En la mayoría de los casos existe un desconocimiento de qué tipo de TIC son la requeridas para realizar las actividades laborales tanto en el sector público como en el sector privado aunque como se dejó de manifiesto estos sectores tienen intereses diversos y por lo tanto una adecuación y adaptación diversa a los entornos tecnológicos.

En el sector laboral existen diversas TIC que pueden ser empleadas para registro de asistencias, identificación por biometría o bien para medir la productividad de los empleados sin embargo pueden prestarse a abusos y violaciones a derechos como son la privacidad y la intimidad de las personas. Como se dejó de manifiesto con el caso Bărbulescu son diversos los elementos que deben considerarse al hacer una monitorización de las actividades de los empleados durante sus jornadas laborales y estas en su caso deben de seguir principios específicos como la finalidad, la proporcionalidad, la transparencia, entre otros ya que los intereses de la empresa y el empresario por sí solas no son suficiente para realizar supervisiones que invadan otros derechos de los trabajadores.

En el caso presentado sobre la Secretaría de Relaciones Exteriores en México, al lanzar la medida de georeferenciar a sus trabajadores, no se percata o ignora los alcances y dimensiones de la geolocalización ya que por medio de esta tecnología se pueden extraer datos privados o íntimos innecesarios para la realización del trabajo a distancia que se pretendía desarrollar. Así los datos personales e inclusive sensibles de los empleados podían conocerse sin justificación alguna como puede ser tan solo el domicilio, o lugar en donde se realiza el teletrabajo. También en este caso se evidenció que la Secretaría de Relaciones Exteriores no facilitó los dispositivos móviles a sus empleados lo cual implicó que ellos mismos tuvieran un dispositivo que les permitiera tener la aplicación de WhatsApp, sin estar obligados a contar con estos recursos.

Al igual que el punto anterior, de haber continuado con esta situación la Secretaría no hubiera estado en la posibilidad de cubrir en el corto plazo los gastos por concepto de pago de telefonía, internet y electricidad que se utilizara por parte de sus trabajadores.

Otro tema que no es menor para el caso de la Secretaría de Relaciones Exteriores es que la aplicación WhatsApp no es un medio oficial de comunicación dentro de dicha Secretaría y por lo tanto no había condiciones de protección y seguridad de los datos personales por un lado ni de las informaciones reservadas o confidenciales de la propia Secretaría, documentos y asuntos delicados por ejemplo en el que se incluyeran nombres de menores de edad.

Finalmente en los casos que se presentan tanto en el contexto europeo como en el mexicano dan cuenta de la necesidad de establecer condiciones claras en las que el uso de las TIC no causen vulneraciones a los derechos humanos y en este sentido aún quedan mucho temas por discutir y enfrentar tanto en el sector público como el privado en temas laborales. Como reflexión final se advierte cautela en el uso de las TIC en los entornos laborales previendo siempre cuales pudieran ser las afectaciones que pueden traer aparejadas.

6. Referencias

Acuerdo por el que se expide la Estrategia Digital Nacional 2021-2024. DOF 6 de septiembre de 2021 Disponible en

https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5628886&fecha=06/09/2021#gsc.tab=0

Avendaño, Fernanda, “Compranet ‘se cayó’, y cada día cuenta”, Centro de Investigación en Política Pública, Sección Opinión, 25 de julio de 2022. Disponible en: <https://imco.org.mx/compranet-se-cayo-y-cada-dia-cuenta/>.

BBC News Mundo, “Coronavirus: 6 medidas extremas adoptadas por las autoridades en la lucha contra el covid-19”, 11 de marzo 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51832806>.

Bécares, Bárbara, “Herramientas de monitorización de los empleados: qué cosas alcanzan a vigilar y qué dice la ley sobre su uso en España”, Xataka Pro, 17 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.xataka.com/pro/herramientas-monitorizacion-empleados-que-cosas-alcanzan-a-vigilar-que-dice-ley-su-uso-espana>.

Bécares. Bárbara, “El ataque a SolarWinds explicado: por qué un ataque a esta empresa desconocida trae de cabeza a grandes corporaciones y gobiernos del mundo”, 7 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.xataka.com/pro/ataque-a-solarwinds-explicado-que-ataque-a-esta-empresa-desconocida-trae-cabeza-a-grandes-corporaciones-gobiernos-mundo>.

Bougrain Doubourg, Allain, *On a marché sur la Terre. Journal d'un militant*, París, Les échappés, 2020, p. 8. Disponible en: <https://lesechappes.com/wp-content/uploads/2020/04/ABD1.pdf>.

Carston, Rachel, L., Primavera silenciosa, versión en español. Disponible en: https://www.academia.edu/48878387/Primavera_Silenciosa_PDF_COMPLETO_EN_ESPA%C3%91OL.

Caso Bărbulescu contra Rumania, Jaime Messía de la Cerda Álvarez (trad.). Universidad Nacional de Educación a Distancia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, p. 4. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Barbulescu%20c.%20Ruman%C3%ADa.pdf>.

Conectng Visions, “¿Cómo aplicar la inteligencia artificial en las empresas para ahorrar costes?”, 13 de agosto 2021. Disponible en:

<https://connectingvisionsgroup.com/ideas/crecer-fidelizar/inteligencia-artificial-empresas/>.

Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de teletrabajo. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021#gsc.tab=0.

Edgar Buenrostro, "Propuesta de adopción de tecnologías asociadas a la industria 4.0 en las pymes mexicanas. Disponible en <http://revistas.unam.mx/index.php/entreciencias/article/view/81347/71887>.

Espinosa Yáñez, Alejandro, "De a ventana indiscreta y la sala de Gesell a la pantalla de la computadora", El Universal, 9 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/alejandra-espinoza-yanez/de-la-ventana-indiscreta-y-la-sala-gesell-a-la-pantalla-de-la-computadora/>.

Forbes, "6 de cada 10 empresas en México seguirá con home office tras pandemia", Negocios, 5 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/home-office-despues-pandemia-mexico-kpmg/>.

García, Jorge, "Tecnologías más utilizadas por las empresas", Telcel. Disponible en: <https://www.telcel.com/empresas/tendencias/notas/tecnologias-mas-utilizadas-en-empresas>.

Hernández, Gerardo, "Herencias de la pandemia: el 46% de las personas quedó con más carga de trabajo". Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Herencias-de-la-pandemia-El-46-de-las-personas-queda-con-mas-carga-de-trabajo-20230815-0097.html>.

Kickidler, "Automatice la función de control de los trabajadores con la ayuda del instrumento de autocontrol", Software de monitoreo de empleados. Disponible en: <https://www.kickidler.com/es/#selfcontrol>.

Lacort, Javier, "Con la llegada del teletrabajo me hicieron instalar un programa para vigilar lo que hago con mi portátil, Xataka, España, 2020. Disponible en: <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/llegada-teletrabajo-me-hicieron-instalar-programa-para-vigilar-que-hago-mi-portatil>.

Ley Federal del Trabajo anterior a la reforma del año 2021 sobre el teletrabajo.

Martínez Becerril, Rigoberto, *Recomendaciones para los servidores públicos en el uso adecuado de las redes sociales*, (Trabajo recepcional), México, Repositorio institucional de INFOTEC, 2018.

Montalvo, Alhelí, “¿Cuáles son las actividades esenciales que no pararán en la contingencia del Covid-19?”, *El Economista*, 31 de marzo de 2020. Disponible en:

<https://www.eleconomista.com.mx/politica/Cuales-son-las-actividades-esenciales-que-no-pararan-en-la-contingencia-del-Covid-19-20200331-0061.html>.

Murdock, Jason, “Hacked software firm SolarWinds’ clients include Ford, Microsoft, AT&T”, *Newsweek*, 14 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.newsweek.com/solarwinds-hack-customer-list-suspected-russian-cyberattack-1554467>.

OCDE, Informe de seguimiento sobre la reforma de CompraNet en México. “Mejorando el sistema electrónico de contratación pública de manera incluyente”, México, 2019.

Perseo, “Las empresas no pueden controlar los correos electrónicos de sus empleados sin previo aviso y sin justificación”, Programa Universitario de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 56, 2017. Disponible en: <http://www.pudh.unam.mx/perseo/las-empresas-no-pueden-controlar-los-correos-electronicos-de-sus-empleados-sin-previo-aviso-y-sin-justificacion/>.

Rodríguez Martínez, Marta, “¿Qué países europeos están imponiendo las sanciones más restrictivas por violar la cuarentena?”, *Euronews*, mundo, 17 de marzo de 2020. Disponible en: <https://es.euronews.com/2020/03/17/que-paises-europeos-estan-imponiendo-las-sanciones-mas-estrictas-por-violar-la-cuarentena>.

S/a, “Productivity Score: Mide el rendimiento de la organización con Microsoft”, Goom España. Disponible en: [https://www.goomspain.com/productivity-score/#:~:text=Productivity%20Score%](https://www.goomspain.com/productivity-score/#:~:text=Productivity%20Score%20)

20act%C3%BAa%20sobre%20dos,reuniones%20y%20trabajo%20en%20equip
o.

Salinas, Mario, “Control empresarial del correo electrónico; ¿es ilícito?”, Cerem. 15 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.cerem.mx/blog/control-empresarial-del-correo-electronico-es-licito>.

Silver, Hilarym “Working from Home: Before and After the Pandemic”, *Contexts*, Berkeley California, vol. 22, núm. 1. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9988592/>.

Spataro, Jared, “Nuestro compromiso con la privacidad en Microsoft Productivity Score”. Disponible en: <https://news.microsoft.com/es-xl/nuestro-compromiso-con-la-privacidad-en-microsoft-productivity-score/>.

Suma Innova, Diario Información, I Congreso Internacional de Inteligencia Artificial Alicante, 2018. Congreso disponible en <https://www.elindependiente.com/congreso-inteligencia-artificial-2018/> y nota abreviada disponible en: <https://sumainnova.suma.es/prensa/expertos-afirman-que-las-empresas-interactuaran-con-sus-clientes-con-inteligencia-artificial-en-2025/>.

Trello, Altassian, disponible en; https://trello.com/es?&aceid=&adposition=&adgroup=143814325909&campaign=19172014920&creative=640070424662&device=c&keyword=trello&matchtype=e&network=g&placement=&ds_kids=p74470952953&ds_e=GOOGLE&ds_eid=700000001557344&ds_e1=GOOGLE&gad_source=1&gclid=Cj0KCQiA4NWrBhD-ARIsAFCKwWuRnqt60-Y_kFlmhVq0mJMeXUnovHgXHI-FNSaHQhZnYnUOD8zV5DkaAtMuEALw_wcB&gclsrc=aw.ds.

Unión Internacional de Telecomunicaciones, “2.900 millones de personas siguen careciendo de conexión”, Comunicado de prensa, Ginebra, 30 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/PR-2021-11-29-FactsFigures.aspx#:~:text=Nuevos%20datos%20de%20la%20UIT,mundo%20se%20hallan%20muy%2>

Orzagados&text=%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8BSe%20estima,personas%2C%20jam%C3%A1s%20ha%20utilizado%20Internet.

Unión International de Telecomunicaciones, “Internet es más asequible y está más extendido, pero los más pobres del mundo siguen excluidos de las oportunidades en línea”, Comunicado de prensa, noviembre 30 2022. Disponible en <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/PR-2022-11-30-Facts-Figures-2022.aspx>.

United Nations, UNCAD, Technology and Innovation report 2023. Disponible en: <https://unctad.org/tir2023>.

El dilema de las redes sociales: análisis de los impactos de las redes sociales en la protección de datos personales y de privacidad

The dilemma of social networks: analysis of the impacts of social networks on the protection of personal data and privacy

Thiago Henrique Bueno Vaz²²⁸

José Antonio Siqueira Pontes²²⁹

Karin Klempf Franco²³⁰

Sumario: 1. Introducción; 2. Las redes sociales y el *Big Data*; 3. Escenario global para la regulación de la privacidad y protección de las personas digitales; 4. Términos y condiciones de uso, protección de la privacidad y consentimiento informado; 5. ¿Cómo vemos las grandes redes enfrentando el dilema del consentimiento y el interés legítimo? 6. Utilización de IA; 7. Consideraciones finales; 8. Referencias.

Resumen: En el reciente fenómeno de transformaciones disruptivas de la cuarta revolución industrial, la revolución digital, destacan las cuestiones jurídicas de impacto en el entorno de internet de las denominadas grandes redes sociales. Entre los escándalos de violaciones de la ley de diversos órdenes y temas relevantes, se encuentran conductas reputadas como graves violaciones de derechos relacionados con la privacidad en el contexto de la protección de datos personales. Entre la historia de la regulación jurídica del tema en el mundo y en Brasil, hay algunos temas como la manifestación de la voluntad de los usuarios

²²⁸ Investigador en nivel posgrado del Grupo de Investigación en Cumplimiento Empresarial de Facamp. Licenciado en Derecho por la PUC. Campinas. MBA en Gestión y Derecho Empresarial (FGV). Correo electrónico: thiagohbvaz@gmail.com

²²⁹ Maestro y doctor en derecho por la Universidad de São Paulo (USP). Co-coordinador del Grupo de Investigación de Cumplimiento Empresarial de Facamp- Campinas- Brasil. Profesor investigador de la carrera de Derecho y maestría académica de la Facamp. Editor en jefe de la Revista DESC (desc.facamp.com.br). Profesor de la licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de Sorocaba (FADI)/Brasil. Correo electrónico: jose.pontes@facamp.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4580-286X>

²³⁰ Doctora en derecho por la Universidad de São Paulo (USP). Maestría (Magister Legum) por la Universidad de Colonia, Alemania. Co-coordinadora del Grupo de Investigación en Cumplimiento Empresarial de la Facamp – Campinas – Brasil. Profesora – investigadora de la carrera de Derecho y maestría académica de la Facamp. CIPP/E (Profesional Certificado Internacional de Privacidad – Europa) y FCI Arb (Miembro del Chartered Institute of Arbitrators, Londres). Correo electrónico: karin.klempf@facamp.com.br

que es la base del derecho privado, pero trasladado al área digital de *Big Data*, se convierte en un campo abierto para la crítica derivada de casos reales de transferencias de datos no informados previamente a los titulares. Como segmento de las relaciones digitales dependiente de otras tecnologías disruptivas, como la recogida masiva de datos en la nube o el uso de la inteligencia artificial para el tratamiento y decisión sobre datos personales, el consentimiento informado no sería suficiente para la estabilidad de las relaciones jurídicas establecidas. El dilema puesto en cuestión en este estudio parte de la “fatiga del consentimiento” en internet derivada de su propia infraestructura y evalúa posibles estándares de regulación basados en el interés legítimo en el uso de datos personales sin consentimiento. La metodología deductiva, basada en la revisión de artículos y fuentes bibliográficas actuales, utilizada en la investigación, pretende llevar a la conclusión de que existen puntos oscuros en el debate ordinario, arrojando luz sobre posibles conceptos relacionados, como la responsabilidad basada en el riesgo o la responsabilidad objetiva en el ámbito tecnológico.

Palabras clave: Protección de datos, interés legítimo, consentimiento informado, LGPD, GDPR.

Abstract: In the recent phenomenon of disruptive transformations of the fourth industrial revolution, the digital revolution, legal issues of impact on the internet environment of the so-called large social networks stand out. Among scandals of violations of law of various orders and relevant themes, are conducts reputed to be serious violations of rights related to privacy in the context of the protection of personal data. Among the history of legal regulation of the subject in the world and in Brazil, there are some topics such as the manifestation of users' will that is the basis of private law, but transferred to the digital area of *Big Data*, becomes an open field for criticism arising from real cases of data transfers not previously informed to the holders. As a segment of digital relations dependent on other disruptive technologies, such as mass data collection in the cloud or the use of artificial intelligence for processing and decisions on personal data, informed consent would not be sufficient for the stability of the established legal relations. The dilemma put into question in this study starts from the "consent fatigue" on the

internet derived from its own infrastructure and evaluates possible regulation standards based on the legitimate interest in the use of personal data without consent. The deductive methodology, based on a review of articles and current bibliographic sources, used in the research, aims to lead to the conclusion that there are obscure points in the ordinary debate, shedding light on possible related concepts, such as risk-based liability or strict liability in the tech area.

Keywords: Data protection, legitimate interest, informed consent, LGPD, GDPR.

Resumo: No fenômeno recente das transformações disruptivas da quarta revolução industrial, a revolução digital, destacam-se questões jurídicas de impacto no ambiente da internet das denominadas grandes redes sociais. Entre escândalos de violações de direito de várias ordens e temáticas relevantes, estão condutas reputadas como graves violações de direitos ligados à privacidade no âmbito da proteção de dados pessoais. Entre o histórico de regulação jurídica do tema no mundo e no Brasil, localizam-se alguns tópicos como a manifestação de vontade dos usuários que está na base do direito privado, mas transferida para a área digital dos *Big Data*, se torna um campo aberto a críticas surgidas a partir de casos reais de transferências de dados não informados previamente aos titulares. Por ser um segmento das relações digitais dependentes de outras tecnologias disruptivas, como coleta de dados em massa em nuvem ou o uso da inteligência artificial para processamento e decisões sobre dados pessoais, o consentimento informado não seria suficiente para estabilidade das relações jurídicas estabelecidas. O dilema posto em questão no presente estudo parte do “cansaço do consentimento” na internet derivado de sua própria infraestrutura e avalia possíveis padrões de regulação a partir do legítimo interesse no uso de dados pessoais sem o consentimento. A metodologia dedutiva a partir de revisão de artigos e fontes bibliográficas atuais, utilizada na pesquisa, pretende levar à conclusão de que há pontos obscuros no debate ordinário, jogando luzes sobre possíveis conceitos conexos, como a responsabilidade por risco ou responsabilidade objetiva na área tech.

Palavras-chave: proteção de dados, legítimo interesse, consentimento informado, LGPD, GDPR.

1. Introducción

Desde la aparición de las redes sociales, las personas están cada vez más conectadas. Hace diez años, 102 millones de brasileños —la mitad de la población de entonces— accedían a Internet; hoy hay 181,9 millones, es decir, el 84% de la población. La población brasileña está más conectada que el promedio mundial. En el mundo se estima que el 64% de las personas tienen acceso a internet. En Brasil es del 84%.²³¹ Brasil ocupa el segundo lugar en el ranking de países que pasan más tiempo en las redes sociales.²³²

Estos millones de usuarios actualmente se relacionan, realizan sus actividades profesionales, hacen transacciones e influyen en terceros a través de sus perfiles en las “Grandes Redes”. Sin embargo, al estipular los objetivos básicos que llevaron a la creación de la red, ni la privacidad de los usuarios, ni la protección de sus datos personales, ni la seguridad de los datos o la información formaban parte de la arquitectura original de Internet.²³³

En este origen de las redes, la expansión de los sitios de convivencia y el desarrollo comercial dieron lugar al surgimiento de varios actos lesivos, como la vulneración del derecho a la imagen, al honor, a la información, al igual que a los delitos de calumnia, injuria o difamación, entre otros.²³⁴ En este mundo hiperconectado, los excesos no tardaron en ocurrir y tuvimos los primeros incidentes de manipulación de las redes sociales, incluso en sistemas electorales, con mayor alcance y menor trazabilidad ante vacíos legislativos. Entonces,

²³¹ Tavares, Pedro y Buono, Renata, “Entre 2013 e 2023, número de usuários de internet no Brasil aumentou 78%”, *Revista Piauí*, 4 de mayo de 2023. Disponible en <https://piaui.folha.uol.com.br/entre-2013-e-2023-numero-de-usuarios-de-internet-no-brasil-aumento-u-78/#:~:text=Dez%20anos%20atrás,%20102%20milhões,175%20milhões%20de%20brasileiros%20online>.

²³² BBC News Brasil, “BRASIL é 2º em ranking de países que passam mais tempo em redes sociais”, *BBC News Brasil*, 6 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>.

²³³ De Melo Braga, Diogo; De Melo Braga, Marcus y Rovr, Aires José, “Responsabilidade Civil das Redes Sociais no Direito Brasileiro”, *IX Simposio Argentino de Informática y Derecho*, (SID 2011) XL JAIIO, Córdoba, 29 de agosto al 2 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/134331>.

²³⁴ Fabri Salto, Ingrid Ricci, “Responsabilidade Civil das Redes Sociais”, *Revista Juris UniToledo*, núm. 4, 2019, pp. 151–161.

Internet y, específicamente, las redes sociales, revelaron amenazas que podrían hacerlas convertirse en la peor pesadilla de las sociedades democráticas.²³⁵

El escándalo de la empresa de datos *Cambridge Analytica*, que jugó un papel central en la filtración masiva y el uso no autorizado de datos personales de la red social Facebook y que trabajó para la campaña presidencial del expresidente estadounidense Donald Trump,²³⁶ demostró que los usuarios deben extremar sus precauciones con el uso de sus datos en los entornos digitales, así como resaltar el poder que dicha información puede generar en manos de determinadas organizaciones privadas.²³⁷ Además, en el momento de este escándalo, los archivos filtrados indicaban que la afectación podría haber sido mucho más amplia, con un total de 78 países; 87 millones de usuarios²³⁸ con sospecha de influencia en los resultados del plebiscito británico sobre el *Brexit* y sobre los resultados de las elecciones de 2018 en Brasil.²³⁹ La práctica, conocida como *microtargeting*, consiste en la recopilación de datos no autorizados para definir perfiles en las redes sociales que son más susceptibles a contenidos políticos dirigidos.²⁴⁰

Este episodio parece haber sido un detonante de varios estados financieros, así como del pago de multas y reparaciones en distintos ámbitos, además de cambios de política institucional que, en su momento, Facebook se vio obligada a

²³⁵ Caetano dos Santos, Tainá Turella, “Redes Sociais e seu Impacto na Democracia Atual: um estudo de caso das eleições de Donald Trump e Jair Bolsonaro”, XXVIII Congresso de Iniciação Científica da Unicamp, 2020, p. 3.

Morozov, Evgeny, “Big tech: ascensão dos dados e a morte da política”, *Ubu Editora*, 2018.

²³⁶ Guimón, Pablo, “Cambridge Analytica, empresa pivô no escândalo do Facebook, é fechada”, *El País Brasil*, 2 de mayo de 2018. Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html.

²³⁷ Amer, Karim y Noujaim, Jehane, “The Great Hack”, Estados Unidos, Netflix, Documental, 2019.

²³⁸ Kang, Cecilia y Frenkel, Sheera, “Facebook Says Cambridge Analytica Harvested Data of Up to 87 Million Users”, *The New York Times*, 4 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/technology/mark-zuckerberg-testify-congress.html#:~:text=WASHINGTON%20—%20Facebook%20on%20Wednesday%20said,leak%20was%20reported%20last%20month>.

²³⁹ Gaiato, Kris, “Cambridge Analytica teria atuado no Brasil nas últimas eleições”, *TecMundo*, 9 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/149120-cambridge-analytica-teria-atuado-brasil-ultimas-eleicoes.htm>.

²⁴⁰ Heawood, Jonathan, “Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal”, *Information Polity*, vol. 23, núm. 4, 2018, pp. 429–434. Disponible en: <https://doi.org/10.3233/ip-180009>.

realizar. Por ejemplo, en 2019, esta gran red (actualmente Meta) firmó un acuerdo con la autoridad independiente del Reino Unido creada para defender los derechos de información en interés público (Oficina del Comisionado de Información - ICO), incluido el derecho a la privacidad y la protección de datos personales por un valor de £500,000 debido a sospechas de incumplimiento de los principios de protección de datos de ese país.²⁴¹

El mismo caso dio lugar a varias otras investigaciones iniciadas en todo el mundo, incluido Brasil, y, además de los usuarios individuales, también hubo iniciativas de asociaciones de defensa del consumidor, asociaciones de inversionistas de las empresas involucradas, medidas legales impulsadas a través del Ministerio Público y fiscalías, además de otros órganos de supervisión e investigación de los países.²⁴² En Brasil, Facebook recibió una multa de R\$6,6 millones del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública por intercambio indebido de datos de usuarios.²⁴³

Más recientemente, en octubre de 2021, Frances Haugen, exgerente principal de producto del equipo de desinformación cívica de Facebook, reveló una serie de memorandos y documentos internos en el Wall Street Journal, señalando que su antiguo empleador trataba a celebridades, políticos y usuarios de gran visibilidad en de forma diferente y que los directivos de las empresas solían preferir el beneficio a la seguridad del usuario. Facebook afirmó, a su vez, que los documentos filtrados eran engañosos y camuflaban investigaciones positivas realizadas por la empresa.²⁴⁴ En ese episodio, Facebook pagó una multa de 5 mil millones de dólares a la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (en

²⁴¹ Information Commissioner's Office (ICO), "Statment on an agreement reached between Facebook and the ICO", 30 de octubre de 2019. Disponible en: <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/10/statement-on-an-agreement-reached-between-facebook-and-the-ico/>.

²⁴² Otto, Samira; Souto, Gabriel Araújo; Farias, Gabrielle Graça de, "Caso Facebook e Cambridge Analytica: o GDPR e a nova lei brasileira (13.709/2018)", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, 2019, p. 6.

²⁴³ Defesa do Consumidor, "MJSP multa Facebook em R\$ 6,6 milhões", 30 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/1193-mjsp-multa-facebook-em-r-6-6-milhoes>.

²⁴⁴ Clayton, James, "A ex-funcionária que denunciou Facebook ao Senado dos EUA - BBC News Brasil", *BBC News Brasil*, 5 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58801259>.

adelante FTC) para poner fin a una importante investigación sobre las fallas en serie de Facebook para proteger la privacidad de los usuarios, con el compromiso de crear un comité de política de privacidad independiente.²⁴⁵ También en Estados Unidos, además de la demanda de la FTC, la empresa concluyó en 2022 un acuerdo confidencial en el Tribunal Federal de California en otra demanda colectiva.

Otro gigante dirigido al público corporativo, la red social LinkedIn sufrió una filtración de datos de sus usuarios que se hizo pública en 2016. Este incidente mostró la vulneración de 117 millones de contraseñas de usuarios y se atribuyó a la política de seguridad de la plataforma, que al tiempo, se encontraba desactualizada.²⁴⁶ Más recientemente, esta gran red también sufrió dos reportes de filtraciones, uno en abril y otro en junio de 2021.²⁴⁷

Ante estos y otros casos de vulneración de la privacidad de los datos personales de los usuarios en diversas plataformas, ha habido un aumento considerable de la preocupación de los legisladores respecto de las regulaciones y directrices que podrían proteger a los ciudadanos. Se destacan la redacción del Reglamento UE-2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, el llamado Reglamento General de Protección de Datos —GDPR—, así como la Ley Brasileña N° 13.709/2018, conocida como Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD), que se detallará en un tema aparte.

Respecto a los problemas que se enfrentan en relación al mal uso de los datos utilizados por las redes sociales, se suma el papel e influencia de la inteligencia artificial (en adelante IA) en la toma de las decisiones automatizadas en los procesos de elección, clasificación, aprobación o rechazo y asignación de calificaciones. Según Lima y Sá, es fundamental investigar si el uso de la IA

²⁴⁵ Bertuzzi, Luca, "Irish privacy watchdog endorses Facebook's approach to data protection", *www.euractiv.com*, 13 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/irish-privacy-watchdog-endorses-facebooks-approach-to-data-protection/>.

²⁴⁶ Pagliery, Jose, "Hackers selling 117 million LinkedIn passwords", *CNNMoney*, 19 de mayo de 2016. Disponible en: <https://money.cnn.com/2016/05/19/technology/linkedin-hack/>.

²⁴⁷ Morris, Chris, "LinkedIn data theft exposes personal information of 700 million people", *Fortune*, 30 de junio de 2021. Disponible en: <https://fortune.com/2021/06/30/linkedin-data-theft-700-million-users-personal-information-cybersecurity/>.

respetar el derecho a la protección de datos o si, por el contrario, atiende a prácticas discriminatorias, afectando los derechos de la persona o de los grupos sociales que integra y representa.²⁴⁸

El documental *El Dilema Social* (en portugués *O Dilema das Redes Sociais*) exploró el escenario de las Grandes Redes a la luz de la protección de datos reuniendo a ejecutivos, programadores, diseñadores, entre otros, algunos ex empleados de las Grandes Redes, dejando en claro que el peligro es mayor de lo que uno imagina²⁴⁹ e inspira la creación de este artículo.

Dado este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar algunos dilemas que las grandes redes sociales deberán resolver en materia de protección de datos personales y sus impactos en los usuarios brasileños. Para ello buscaremos comprender: (i) los efectos del modelo de estructura de Grandes Redes; (ii) la importancia de los términos y condiciones de uso; (iii) la transparencia de sus datos; (iv) el uso de IA en sus plataformas; (v) los contornos regulatorios y los principios de privacidad y protección de datos personales que entran en conflicto con la rápida expansión de las tecnologías digitales involucradas.

La metodología adoptada fue hipotético-deductiva, con análisis de referencias bibliográficas nacionales y extranjeras con vistas a un análisis cualitativo de los temas propuestos. Las preguntas específicas partieron de la definición misma de redes y *Big Data*, con una correlación de estas definiciones con las infraestructuras de generación, almacenamiento, procesamiento de datos e IA utilizadas, especialmente con un enfoque en las grandes redes sociales con el objetivo específico de identificar dilemas en los conceptos legales más comunes en la regulación de las relaciones digitales involucradas en este entorno, entre

²⁴⁸ Macena de Lima, Taisa Maria y Freire de Sá, Maria de Fátima, "Inteligência artificial e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o direito à explicação nas decisões automatizadas", *Revista Brasileira de Direito Civil*, núm. 4, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.33242/rbdc.2020.04.011>. Rocha, Antonio; Siqueira Pontes, Jose Antonio y Klempf Franco, Karin, "Inteligência Artificial: aspectos jurídicos", Canal FACAMP. YouTube, 12 de mayo de 2021. Vídeo, 1:42:39. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=p-aHoVtE1Pk>.

²⁴⁹ Mendonça, Thiago B., "Crítica | 'O dilema das redes', de Jeff Orlowski", 17ma. época, 17 de octubre de 2020. Disponible em: <https://oglobo.globo.com/epoca/thiago-b-mendonca/critica-o-dilema-das-redes-de-jeff-orkowski-24697272>.

ellos, el dilema más específico que la infraestructura obliga en la tensión entre “consentimiento informado” e “interés legítimo” en el procesamiento de datos en el *Big Data* disponible en este sector *Big Tech*. Entre los objetivos remotos está la identificación de las fuentes de debate local y global sobre este tema de vanguardia en protección de datos, es decir, una discusión sobre las tendencias jurídico-regulatorias frente a problemas identificados y aún mal regulados.

2. Las redes sociales y el *Big Data*

Se entiende por redes sociales, de manera general, a aquellos sitios web o aplicaciones que permiten a los usuarios crear perfiles, accesibles mediante una identificación personal y contraseña y que pueden vincularse a otros perfiles dentro de ese sistema, con los que se articulan y comunican.²⁵⁰ En este sentido, Marineli describe el fenómeno de las redes sociales como servicios específicamente en plataformas de Internet, que tienen como objetivo construir redes o relaciones sociales entre personas que comparten intereses y actividades comunes, siendo espacios específicos en Internet que engloban verdaderas estructuras sociales, compuestas por personas que buscan el contacto virtual en función de afinidades y objetivos comunes.²⁵¹

Según *The Global State of Digital 2022*, existían 4.620 millones de usuarios en las Grandes Redes, que entonces representaban el 58,4% de la población mundial, siendo las diez redes sociales más utilizadas *Facebook*, *YouTube*, *WhatsApp*, *Instagram*, *WeChat*, *TikTok*, *FB Messenger*, *Douyin*, *Snapchat* y *Sina Weibo*.²⁵² Otras redes sociales, las cuales también cuentan con alrededor de tres mil millones de usuarios, son: *Kuaishou*, *QQ*, *QZone*, *Reddit*, *Twitter*, *Pinterest* y *Telegram*.²⁵³

²⁵⁰ Magalhães Martins, Guilherme y Rozatti Longhi, João Victor, “A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade de informação”, *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 20, 2011, pp. 205–206.

²⁵¹ Romão Marineli, Marcelo, *Privacidade e redes sociais virtuais: sob a égide da Lei n. 12.965/2014 - Marco civil da internet*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

²⁵² Hootsuite, “The Global State of Digital 2022”, 30 de julio de 2022. Disponible en: <https://hootsuite.widen.net/s/xf2mbffsbq/digital-2022-top-takeaways>.

²⁵³ Casagrande, Erich, “As 25 redes sociais mais populares do mundo”, *Semrush blog*, 11 de marzo de 2022. Disponible en: <https://pt.semrush.com/blog/redes-sociais-mais-populares-do-mundo/>.

Imágen 1. Las redes sociales más populares del mundo



Fuente: Imgen de Erich Casagrande, 2021.²⁵⁴

Estas plataformas tecnológicas se identifican como grandes redes sociales y han creado, en las últimas décadas, nuevos modelos de interacción social al

²⁵⁴ *Idem.*

permitir que personas separadas por miles de kilómetros se comuniquen de manera eficiente, formando redes capaces de crear relaciones personales y profesionales a través de Internet, el llamado *ciberespacio*.²⁵⁵

Las redes sociales son un fenómeno estructural de transformación de las relaciones humanas sin retorno. La sociedad global está inmersa en esta infraestructura y depende cada vez más de las revoluciones digitales en curso, lo que significa que en el mundo “posmoderno” existe una estructura social virtual paralela a la estructura social real tal como la conocemos; pero estas infraestructuras interfieren entre sí, causando potencialmente cambios y movimientos sociales irreversibles e incluso devastadores.²⁵⁶

Sin embargo, surge la pregunta: ¿cuál sería una de las principales razones por las que las redes sociales buscan mantener conectados a sus usuarios el mayor tiempo posible? Según Shoshana Zuboff, esto se relaciona con el concepto de “capitalismo de vigilancia”, una economía digital que se alimenta de datos personales, procesándolos y refinándolos para ofrecer nuevos productos a los anunciantes, personalizar su publicidad y planificar nuevos servicios.²⁵⁷ En este sentido, cuanta más información se recopile de los usuarios, mejor será la estrategia para acercarse a ellos y ofrecerles un determinado producto o servicio.²⁵⁸

Este gran descubrimiento de un secreto original de los nuevos negocios digitales fue del gigante *Google*, que, desde su creación, añadió los datos de los usuarios como “materia prima” para el análisis y producción de algoritmos que pudieran comercializarse y segmentar la publicidad a través de un modelo de subasta único con precisión y éxito cada vez mayores. Rápidamente se convirtió en el modelo de negocio estándar en la mayoría de las empresas y *startups*.²⁵⁹

²⁵⁵ Alemida, Saulo Nunes de Carvalho, “As redes sociais como uma nova ferramenta de organização e democratização sindical”, *Revista de Direito do Trabalho*, mayo-junio de 2013, pp. 155-175.

²⁵⁶ Galdino, Marli, “O poder simbólico e sua incidência nas Redes Sociais”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 114, 2019, pp. 267-281.

²⁵⁷ Zuboff, Shoshana, “Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação”, Bruno, Fernanda; Cardoso, Bruno; Kanashiro, Marta, Guilhon, Luciana y Melgaco, Lucas (orgs.) *Tecnopolítica da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo, Boitempo, 2018, pp. 17-68.

²⁵⁸ Pascual, 2021

²⁵⁹ Zuboff, Shoshana, *op. cit.*, nota 30.

Este fenómeno comenzó recién en la década de 2000 y dio lugar al nacimiento de una nueva infraestructura tecnológica disruptiva para recolectar, almacenar y procesar datos masivos, reconocida mundialmente por el anglicismo *Big Data*. Esta infraestructura se concentra, en occidente, predominantemente en el nicho de las empresas privadas de Silicon Valley, como los lanzamientos oficiales de *Google* (1998), *Wikipedia* (2001), *Youtube* (2005), *Facebook* y *Twitter* (2006), *iPhone* y *Android* (2007), etcétera y, desde sus orígenes hasta la actualidad, se puede caracterizar por el uso de datos masivos sobre: a) su volumen, ya que trabaja con terabytes o petabytes; b) alta velocidad con la que se crean las bases de datos, ya que es casi en tiempo real; c) su estructura, ya que esta tecnología se basa en una amplia gama de datos; d) su alcance exhaustivo, ya que busca capturar información de poblaciones enteras y sistemas completos, incluyendo detalles específicos que permitan la indexación e identificación de datos; e) su flexibilidad, ya que puede agregar campos y escalar o expandir su tamaño rápidamente.²⁶⁰

En cuanto a los límites del concepto de *Big Data* para los efectos de su regulación legal, ciertamente existen dificultades en el concepto. Andreotta, Kirkham y Rizzi, por el contrario, citan los cuatro atributos del *Big Data* como volumen, velocidad, variedad y veracidad y también definen el término cualitativamente como problemático y ambiguo, siendo el conjunto de datos que deja o potencialmente deja la posibilidad del análisis humano.²⁶¹

²⁶⁰ Téllez Carvajal, Evelyn, “Análisis documental sobre el tema del big data y su impacto en los derechos humanos”, *Derecho PUCP*, núm. 84, 2020, p. 157. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.006>.

²⁶¹ “data sets (of ever-increasing sizes) that are too big for humans to analyze for the purpose of identifying new patterns, correlations, and insights”. Andreotta, Adam; Kirkham, Nin y Rizzi, Marco, “AI, big data, and the future of consent”, *AI & Society*, 30 de agosto de 2021, p. 1. Disponible en: <http://doi.org/10.1007/s00146-01-01262-5>.

3. Escenario global para la regulación de la privacidad y protección de las personas digitales

Considerando esa infraestructura compleja de circulación de datos personales en el ambiente digital, las naciones comenzaron a percibir que sus legislaciones no eran ya suficientes para abarcar la variedad de casos surgidos como los diversos escándalos de robo de datos y los crecientes informes de excesos y dudas regulatorias en el entorno de las redes sociales. La historia de los marcos regulatorios globalmente considerados que constituyeron la etapa inaugural de la regulación del *Big Data* aplicable a las redes sociales es amplia. Podemos identificar algunas etapas iniciales en un Convenio Europeo de 1981, *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, o en guías internacionales con efecto *soft law*, como las *Directrices sobre la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales. Datos*, de la OCDE, de 1980. Los países europeos adoptarían una regulación más sólida a partir de 1995, con la precursora Directiva de Protección de Datos - *Data Protection Directive (95/46/EC)*.²⁶²

Para efectos de este trabajo, el análisis del modelo de estructura de Grandes Redes; Términos y condiciones de uso; transparencia y secreto y el uso de IA, destacaremos dos de los marcos regulatorios de mayor impacto actualmente vigentes, desde la creación del Reglamento General Europeo de Protección de Datos (GDPR en adelante) y la Ley de Privacidad del Consumidor de California - *California Consumer Privacy Act* (en adelante CCPA), así como, a nivel local, la Ley del Marco Civil de Internet — *lei do Marco Civil da Internet* —y la Ley General de Protección de Datos Personales de Brasil —*Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*—, que trajeron conceptos innovadores en estos temas con gran impacto en el tema de la privacidad digital.

²⁶² Rustad, Michael L., y Koenig, Thomas H., „Towards a Global Data Privacy Standard”, *Florida Law Review*, vol. 365, 2019. Disponible en: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol71/iss2/3>.

London, Ray William, “Comparative data protection and security: a critical evaluation of legal standards”, Thesis, 2013. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10500/13859>.

Nair, Meghna Manoj y Tyagi, Amit Kumar, “Privacy: History, Statistics, Policy, Laws, Preservation and Threat Analysis”, *Journal of Information Assurance & Security*, vol. 16, núm. 1, 2021. Disponible en: <https://ak-tyagi.com/static/pdf/13.pdf>.

Pero tales regulaciones tardaron en surgir. En Brasil, el aumento de los litigios en el entorno de las primeras redes sociales digitales se produjo en el contexto de la protección al consumidor y de daños civiles. En la década de 2000, la Ley comenzó a intervenir en los asuntos cotidianos. En un raro ejemplo, un día antes de que se desactivara la red social Orkut, en 2014, el piloto brasileño Rubens Barrichello obtuvo parcialmente éxito en una demanda contra *Google*, adquirente de *Orkut*, que en mayo de 2008 contaba con 16,1 millones de usuarios únicos en Brasil²⁶³ y popularizó el género a nivel local. Barrichello venía interponiendo una demanda contra la empresa por daño moral desde 2006, debido a perfiles falsos y comunidades ofensivas en su contra, y, tras conocer recursos del Tribunal Superior de Justicia, obtuvo una indemnización de R\$200.000, convirtiéndose en uno de los casos inaugurales de usuarios a favor de una reconocida red social que ganó espacio en la prensa.²⁶⁴

Desde luego, el uso de las redes sociales llevó a los usuarios a proporcionar sus datos personales a cambio de los servicios ofrecidos, generando, según el Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ), una relación de consumo. Esta interpretación puede ser extraída de un caso que involucra a *Google Brasil*, en el que, según el STJ, el carácter gratuito del servicio no lo inhabilita para una relación de consumo por la presencia de la palabra “remuneración” indirecta por parte del prestador del servicio. Cabe resaltar también que el artículo 43 del Código de Protección al Consumidor (CDC) establece que el consumidor debe tener acceso a toda la información consignada en registros, formularios, expedientes y datos personales y del consumidor que se registre sobre él, siendo que dicha información debe ser objetiva, clara, veraz y fácil de entender.²⁶⁵

Por lo tanto, si bien no existía una regulación brasileña sobre protección de datos personales, ante una cuestión que impactaba los datos de un determinado

²⁶³ Folha de S., Paulo, “ORKUT passa para as mãos do Google Brasil; empresa muda diretoria no país”, 7 de agosto de 2008. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u430818.shtml>.

²⁶⁴ Extra, “RUBENS Barrichello ganha ação contra a Google por causa do Orkut no valor de R\$ 200 mil”, 30 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://extra.globo.com/esporte/rubens-barrichello-ganha-acao-contra-google-por-causa-do-orkut-no-valor-de-200-mil-14089816.html>.

²⁶⁵ Brasil. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei 8.078. Aprobado el 11 de septiembre de 1990. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.

titular, solo correspondía a los juristas centrarse en leyes sectoriales e instituciones jurídicas que se aplicaban indirectamente al tema, como el Código de Protección al Consumidor o la Ley de Registro Positivo (aplicable al sector crediticio) además de la Ley de Acceso a la Información y el *Habeas Data*, siendo estos últimos instrumentos normativos destinados a la fiscalización de las autoridades públicas.²⁶⁶

Aproximadamente una década después de los casos mencionados, la Ley nº 12.965/2014, conocida como “Marco Civil da Internet”, definió los términos técnicos, referentes a la manipulación de datos, aunque de forma muy superficial. Esta Ley estableció principios, garantías, derechos y deberes de los usuarios de Internet en Brasil. Reglamentada por el Decreto N° 8.771/2016, trajo importantes principios en relación a la protección de datos personales determinando como algunos de sus fundamentos la protección de la privacidad y la protección de datos personales, según las fracciones II y III de su artículo 3o.²⁶⁷

Con la llegada de esta Ley, las redes sociales comenzaron a conceptualizarse como “proveedores de aplicaciones de Internet”, según lo dispuesto en el artículo 5o., inciso VII, siendo “el conjunto de funcionalidades a las que se puede acceder a través de una terminal conectada a Internet” y, por tanto, respondiendo civilmente por la aplicación de los daños y perjuicios que resulten de contenidos generados por terceros, en los términos de sus artículos 19 y 21.²⁶⁸ Sin embargo, el Marco Civil de Internet no garantizaba la privacidad y la protección de los datos personales de forma específica.

Para cambiar la situación de un entorno globalmente liberalizado en la zona, los primeros instrumentos jurídico-normativos de referencia internacional en la zona son dos normas, una de Estados Unidos y otra de la Unión Europea.

En Europa, el RGPD surgió de una evolución de las regulaciones previamente existentes en el continente europeo, que culminaron en la Directiva

²⁶⁶ Bioni, Bruno Ricardo, *Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento*, Editora Forense, 2019.

²⁶⁷ Brasil. *Decreto nº 8.771*. Aprobado el 11 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm

²⁶⁸ Spadaccini de Teffé, Chiara y Viola, Mario, “Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais”, *civilistica.com*, vol. 9, núm. 1, 2020, pp. 1-38. Disponible en: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>.

95/46/CE. Después de cuatro años de discusiones, en 2016, el RGPD finalmente tuvo su texto aprobado por el Parlamento Europeo y se convirtió en el nuevo marco legal para la protección de datos personales en los países del bloque, de aplicación inmediata, con efectos sancionadores transnacionales ya sea en el viejo continente o más allá de sus fronteras. Este reglamento pasó por un periodo de vacancia de dos años para que las organizaciones que procesan datos personales pudieran adaptarse.

En 2018 entró finalmente en vigor el RGPD, con el objetivo principal de proteger, con la máxima eficacia, el derecho a la privacidad y la protección de datos personales, definiendo en su texto los términos datos personales y datos de categoría especial (datos personales sensibles), al tiempo que, en paralelo, estimuló y facilitó la circulación de estos datos dentro del territorio de los Estados miembros, en un intento de avanzar en la economía y los negocios digitales. El supuesto es que los datos personales tienen valor económico y su circulación no puede impedirse en los tiempos actuales. Por lo tanto, reglamentariamente se garantizará la mayor transparencia y control posible de los datos personales por parte de los respectivos titulares.

En cuanto a sus efectos transnacionales, el RGPD se centra en entidades que aunque no estén establecidas en la Unión Europea, procesan datos personales de titulares que se encuentran en su territorio, es decir, prevé la aplicación extraterritorial de sanciones. Las empresas con sede en Brasil y que ofrecen productos y servicios que dependen del procesamiento de datos personales de titulares ubicados en territorio europeo están sujetas a las obligaciones establecidas en el RGPD.

En Estados Unidos, país con peculiar relevancia en el tema no solo por ser sede de las *Big Tech*, sino también por la influencia geopolítica y económica que ejerce en occidente, inició la estandarización a través de diplomas sectoriales sobre los derechos de los titulares de datos personales, con la primera iniciativa transversal para la protección de datos personales por parte del Estado de California, la *California Consumer Privacy Act (CCPA, 2018)*.²⁶⁹

²⁶⁹ Rustad, Michael L. y Koenig, Thomas H., *op. cit.* nota 33.

La CCPA trajo nuevas obligaciones a las empresas que procesan datos personales en línea, como por ejemplo, informar a los titulares qué categorías de datos serán recolectados, el propósito de cada uno, el deber de poner a disposición de los titulares dos o más medios de contacto con la finalidad de permitirles comunicarse con las empresas si desean obtener información sobre sus datos recolectados, cómo se utilizan y a qué terceros se transmiten. También se introdujeron derechos de los interesados, como obtener acceso a los datos facilitados, solicitar su supresión u oponerse a la venta/compartición de sus datos a terceros.

Sin embargo, la CCPA no es tan completa como el GDPR y, además, las prerrogativas que trae solo se aplican a residentes y empresas del estado de California o que tengan relaciones con residentes de ese estado. Aún no existe en Estados Unidos una ley federal con uniformidad en derechos y obligaciones en materia de protección de datos personales y privacidad.

Brasil rápidamente se alineó con los principales marcos regulatorios internacionales con la idea de que todo dato personal tiene importancia y valor, adoptando el concepto amplio de dato personal, establecido en el GDPR, que se define como información relacionada con una persona física identificada o identificable.²⁷⁰

Con la entrada en vigor de la Ley N° 13.709/2018, conocida como Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD), se dieron nuevos contornos a la cuestión de la protección de datos personales en Brasil, incluida la creación de una Autoridad Nacional de Protección de Datos (ANPD) como organismo de la administración pública responsable de velar, implementar y vigilar el cumplimiento de la presente ley en todo el territorio nacional.

La LGPD determinó que los agentes encargados del tratamiento de datos, por infracciones cometidas a la ley, están sujetos a las sanciones administrativas aplicables por la ANPD, las cuales son: (i) amonestación; (ii) multa simple, de hasta el 2% (dos por ciento) de los ingresos de la persona jurídica privada, grupo o conglomerado en Brasil en su último año, sin incluir impuestos, limitada, en total, a

²⁷⁰ Spasdacchini de Teffé y Viola, *op. cit.*, nota 41.

cincuenta millones de reales por infracción; (iii) multa diaria, hasta el límite total de cincuenta millones de reales; (iv) hacer pública la infracción una vez que su ocurrencia haya sido debidamente investigada y confirmada; (v) bloqueo de los datos personales a que se refiere la infracción hasta su regularización; (vi) eliminación de los datos personales a que se refiere la infracción; (vii) suspensión del ejercicio de la actividad de tratamiento de datos personales a que se refiere la infracción por un período máximo de 6 (seis) meses, prorrogable por un período igual; y (viii) prohibición parcial o total de realizar actividades relacionadas con el tratamiento de datos personales.²⁷¹

En cuanto al concepto de dato personal, tanto el GDPR como la LGPD mencionan información que permite identificar, directa o indirectamente, a un determinado titular como persona física. Por tanto, yendo más allá del habitual CPF (Catastro de Personas Físicas / Registro de Persona Física), RG (Registro General), nombre, profesión y dirección IP, en el escenario de las redes sociales, tendríamos edad, sexo, tiempo de acceso, tiempo de navegación, geolocalización, comportamiento en línea.

Así, tanto el GDPR y la LGPD tienen como vocación la autodeterminación informativa del ciudadano, dándole mayor posibilidad de controlar la información sobre él (es decir, datos personales) y determinar cómo debe producirse la recogida y tratamiento de estos datos personales por parte de terceros.²⁷² El RGPD no supone ningún cambio sustancial en el concepto de datos personales, pero incluye expresamente los datos de localización de los usuarios (*location data*), los identificadores de red (*online identifiers*) y los datos genéticos (*genetic data*), como tipos de datos personales. Este detalle no aparece en el artículo 5, inciso I ni en ningún otro de la Ley brasileña.

Es importante resaltar que la protección de datos personales fue elevada a la categoría de derecho fundamental en la Constitución Federal (en adelante CF),

²⁷¹ Brasil, *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Lei 13.709. Aprobada el 14 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

²⁷² Machado, Rodrigo; Kreut, Diego; Paz, Guillermo y Rodrigues, Gusavo, "Vazamentos de Dados: Histórico, Impacto Socioeconômico e as Novas Leis de Proteção de Dados", *Revista Eletrônica Argentina-Brasil de Tecnologias da Informação e da Comunicação*, vol. 3, núm. 1, 2020. Disponible en: <https://revistas.setrem.com.br/index.php/reabtic/article/view/378>.

con la Enmienda Constitucional 115/2022, que incluyó el inciso LXXIX del artículo 5o. del CF, en los siguientes términos: “LXXIX - se garantiza, en los términos de la ley, el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales”.²⁷³

El tema ya había sido objeto de discusión judicial con motivo de la Medida Provisional (MP) N° 954/2020, que trataba sobre la obligación de las empresas de telecomunicaciones de compartir los nombres, teléfonos y direcciones de los consumidores, personas naturales o jurídicas con el Instituto Brasileiro de Geografía e Estadística (IBGE), por razones de salud pública derivadas del nuevo coronavirus (COVID-19).

En su momento, se interpusieron acciones directas de inconstitucionalidad en la Corte Suprema de Brasil contra dicho parlamentario y en la sentencia de Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 6.387, de 2020, el Supremo Tribunal Federal (STF) confirmó la suspensión de la efectividad de la Medida Provisional. El voto de la ministra Rosa Weber, relatora, señaló que compartir datos privados es legal, pero “no puede hacerse de manera que no garantice mecanismos de protección compatibles con las cláusulas constitucionales que garantizan la libertad individual (artículo 5, capítulo), la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 5o, X y XII)”.²⁷⁴

Las críticas que surgen en el análisis de los marcos reguladores de la privacidad en todo el mundo son que el concepto de protección de datos y privacidad como derechos fundamentales se oponen a la lógica estructural original de los marcos en el sentido de autodeterminación informativa. El descubrimiento de grandes redes consiste precisamente en tratar los datos personales como bienes sujetos a comercio.²⁷⁵ Según Téllez Carvajal,²⁷⁶ se trata de una crítica principal a la lógica del marco estadounidense, la CCPA, que es mercantil y tiende

²⁷³ Brasil, *Emenda Constitucional nº 115*. Aprobado el 10 de febrero de 2022. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm.

²⁷⁴ Supremo Tribunal Federal, “Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal”, 7 de mayo de 2020, Acción Directa de Inconstitucionalidad 6387 MC-REF/DF, Brasil p. 28. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>.

²⁷⁵ Duchene, Stephanie, “Legal Update: The California Consumer Privacy Act: Key Takeaways for Insurers and Insurance Regulators”, *Mayer Brown*, 1 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2019/05/ccpa-for-the-insurance-industry--key-takeawys-for-carriers-and-regulators.pdf>.

²⁷⁶ Téllez Carvajal, Evelyn, *op. cit.* nota 33, p. 158.

a privilegiar la circulación de datos como mercancías y no como derechos de la personalidad.

Por ello, recientemente asistimos a la constitucionalización horizontal del tema de la privacidad,²⁷⁷ lo que llama la atención no sólo por la mayor sensibilidad al tema para los efectos de las diversas formas de control sobre la constitucionalidad de los actos jurídicos y las omisiones en la definición de los contornos jurídicos de los marcos regulatorios actualmente vigentes, sino también por la reciente expansión de formas internacionales de regulación blanda y la creciente presión sobre las empresas para autorregularse y ampliar los compromisos sociales cuando sus actividades generan riesgos para los derechos humanos y fundamentales.²⁷⁸

4. Términos y condiciones de uso, protección de la privacidad y consentimiento informado

En el centro de las controversias entre las fuentes de regulación jurídica de la actividad empresarial en materia de *Big Data* las políticas más intervencionistas o más liberales que instruyen las reglas y el campo práctico de su expansión tecnológica aún generan dudas e incertidumbres jurídicas. Podemos ubicar uno de los principales nichos de controversia en los términos y condiciones de uso y políticas de privacidad de las grandes redes, que al mismo tiempo son los documentos que implementan un contrato, licencia o membresía de usuario y son el foco de las agencias reguladoras y consultorías legales para el análisis de riesgo. Si estos documentos no son claros o son genéricos, ¿podrían incluso considerarse nulos o anulables o las empresas están protegidas por el consentimiento proporcionado individualmente mediante clics rápidos en “Acepto los términos de uso”?

La lógica contractual trasplantada del sector analógico al digital presupondría, *ab initio*, una exigencia de transparencia y claridad para garantizar

²⁷⁷ Nunes de Carvalho, Alexander Perazo y Albuquerque de Lima, Renata, “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, vol. 13, núm. 17, 29 de enero de 2016, p. 11. Disponible en: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v13i17.p11-23.2015>.

²⁷⁸ Las primeras regulaciones *soft* de la OCDE, de 1980, fueron las “Directrices para la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales”, disponibles en: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>.

el núcleo del sistema de protección de la privacidad, que es el acuerdo de voluntades. En este aspecto, al menos en lo que respecta a las redes sociales, esta no fue la realidad presentada a lo largo del tiempo. Al no observar los requisitos básicos de consentimiento, algunas grandes redes han expuesto a riesgos los derechos de sus usuarios. A modo de ejemplo, el mencionado escándalo de *Cambridge Analytica* sacó a la luz el caso de usuarios de Facebook que no tenían idea de que la información proporcionada podría/sería utilizada para un fin político que finalmente fue revelado,²⁷⁹ con graves impactos para sus usuarios en relación a la protección de la privacidad.

Facebook transfirió los datos personales de millones de personas a *Cambridge Analytica* resultando en las siguientes violaciones: (i) no informar correctamente a sus usuarios en el momento de recopilar los datos o al cumplir con la política de privacidad de la empresa en materia de transferencia de datos; y (ii) utilizar datos personales de sus usuarios para fines distintos al servicio propuesto y/o informado en la política de privacidad de su negocio, demostrando violaciones graves a la política de privacidad y/o términos y condiciones de uso de esta red social.

Muchos otros escándalos guiaron la regulación e interpretación de disposiciones normativas sobre la materia. En otro caso, *Google* dos, Estados Unidos fue acusado de numerosas violaciones:

YouTube, propiedad de Google, recibió una multa de 170 millones de dólares (Singer y Conger 2019) por extraer información personal, sin el consentimiento de los padres, de niños que usaban la plataforma y luego usar los datos para dirigir anuncios hacia ellos. El club de padres británico Bounty fue multado con £400 000 en 2019 por compartir datos de más de 14 millones de sus usuarios con terceros con fines de marketing (Postelnicu 2019). En 2016, DeepMind Technologies Ltd (una filial de Google) inició una colaboración con la Royal Free London NHS Foundation para entrenar algoritmos de aprendizaje automático capaces de ayudar en el tratamiento de la lesión renal aguda.²⁸⁰

Otro caso relacionado con *Facebook* ocurrió en Irlanda y llamó la atención de las autoridades del país. Según un proyecto de decisión de la autoridad irlandesa, el Comisionado de Protección de Datos, la red social incluiría especificaciones de procesamiento de datos en sus términos y condiciones generales de uso y lo

²⁷⁹ Otto, *et al. op. cit.*, nota 15.

²⁸⁰ Andreotta, Adam J., *et al., op. cit.*, nota 18, p. 1716. Traducción libre, referencias del original.

interpretaría como un contrato en lugar de un consentimiento del usuario,²⁸¹ es decir, modificando el marco legal base para el procesamiento de datos. Este cambio podría representar una forma de desviación en relación con los requisitos establecidos en el RGPD, al considerar que el consentimiento de los usuarios debe ser una manifestación de voluntad libre, específica, informada y explícita, por la que el interesado acepta, mediante declaración inequívoca o acto positivo, que los datos personales que le conciernen son objeto de tratamiento, de conformidad con el artículo 4 (11).

A partir de escándalos como éste, la tendencia de la nueva legislación comenzó a reforzar la idea de que son los usuarios quienes deben tener el control de sus datos, y deben tener acceso a su información de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a través de lenguaje claro, siguiendo el estándar exigido por el artículo 12 (1) del RGPD.

El responsable del tratamiento tomará las medidas adecuadas para proporcionar al interesado la información a que se refieren los artículos 13 y 14 y cualquier comunicación prevista en los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando medios claros y lenguaje sencillo, especialmente cuando la información está dirigida específicamente a los niños.²⁸²

Bajo una mirada más crítica, análisis recientes revelan que el consentimiento debería ser un núcleo seguro de la regulación de *Big Data* para garantizar la privacidad de los datos de los usuarios, pero en la práctica termina generando efectos opuestos. La complejidad de las interacciones *on line* revela fácilmente que la cantidad de agentes operadores de datos recopilan información relacionada, a través de *cookies* de terceros y otras prácticas comunes en entornos de circulación de *Big Data*, como redes sociales, mercados e incluso sitios web de cualquier naturaleza en Internet.

²⁸¹ Bertuzzi, *op. cit.*, nota 21.

²⁸² Parlamento Europeu e do Conselho, *Regulamento (UE) 2016/679*. 2016/679. Aprobado el 27 de abril de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>.

En palabras de Marcel Leonardi, el consentimiento estrictamente informado, pilar de los principales marcos regulatorios mencionados, no sería prácticamente posible:

La adopción de un concepto de consentimiento inequívoco como regla general, en lugar de específico y resaltado (o expreso, como lo menciona la Ley Federal 12.965/2014 – Marco Civil da Internet), posibilita el procesamiento continuo de datos en el entorno en línea, lo que permite la innovación basada en datos y garantiza un nivel adecuado de protección al titular sin generar cargas excesivas a los responsables del tratamiento de los datos. Además, desde el punto de vista del interesado, la exigencia de obtener un consentimiento específico/expreso para todas y cada una de las actividades de tratamiento de datos generaría un fenómeno conocido como “fatiga del consentimiento”, en el que el interesado empieza a estar de acuerdo con todas y cada una de las solicitudes. para el consentimiento, quedando paradójicamente menos protegido al no prestar atención a hipótesis de tratamiento que implican mayores riesgos y que merecerían mayor cautela por parte del titular.²⁸³

El mismo autor detalla la situación en los casos en que la exigencia de regulación de *cookies* en Europa llamada *ePrivacy Directive*, apodada “Directiva de *cookies* de la UE”, generó efectos prácticos desastrosos:

De conformidad con el texto de la Directiva, los sitios web crearon “banners de *cookies*” que contenían toda la información legalmente requerida y solicitaban al usuario que “consienta a todas las *cookies*”, “rechace todas las *cookies*” o “administre opciones”, para dar su consentimiento al uso de *cookies* específicas de determinadas empresas. Y, sin embargo, el resultado práctico fue desastroso para la protección de datos personales: dependiendo del sitio web concreto, y especialmente en sitios web con un gran volumen de tráfico, pues al hacer clic en “administrar opciones” o similar, el usuario se enfrentaba a una lista de cientos de empresas diferentes que solicitaban su consentimiento para el uso de *cookies* —lo cual es normal y esperado, dada la multiplicidad de empresas que forman parte de la cadena de publicidad digital— por lo que se termina por elegir alguna opción, sea aceptar o rechazar todas las *cookies*, sin reflexionar. Este fenómeno, es llamado “fatiga del consentimiento”, y es ampliamente conocido y documentado.²⁸⁴

El consentimiento, desde esta perspectiva, se convertiría en una puerta ciega al libre tránsito de datos por parte de las empresas tecnológicas, debilitando la protección de los derechos individuales y fundamentales en este ámbito.

Resulta que el GDPR tiene el consentimiento como principal base regulatoria en las relaciones privadas entre usuarios y plataformas digitales. La LGPD

²⁸³ Leonardi, Marcel, “Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado”, en De Lucca, Newton; *et al. Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 7. Traducción libre.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 28. Traducción libre.

brasileña, según su artículo 5o., inciso XII, especifica las bases para la expresión libre, informada e inequívoca por la cual el titular acepta el tratamiento de sus datos personales para un fin específico.

Por lo tanto, si el consentimiento se ve afectado por la propia infraestructura de comunicaciones, es decir, la infraestructura digital de *Big Data* en general, la atención se desplaza hacia otros fundamentos legítimos de la protección de datos y la privacidad, lo que podría significar nuevos y reales dilemas regulatorios.

Según los considerandos del RGPD, existen otros pilares con motivos legítimos además del consentimiento:

40) Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben tratarse sobre la base del consentimiento del interesado o sobre otra base legítima, prevista por la ley, ya sea en este Reglamento o en otro acto de derecho de la Unión o del Estado miembro a que se refiere este reglamento, incluida la necesidad de cumplir obligaciones legales a las que está sujeto el responsable del tratamiento o la necesidad de ejecutar contratos en los que el interesado sea parte o para llevar a cabo medidas precontractuales que el interesado solicite.

43) ... Se presume que el consentimiento no se otorga libremente si no es posible otorgar el consentimiento por separado a diferentes operaciones de procesamiento de datos personales, incluso si es apropiado en el caso específico, o si la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio depende del consentimiento aunque el consentimiento no sea necesario para la misma ejecución.

70) Siempre que se procesen datos personales con fines de marketing directo, el titular debe tener derecho a oponerse, en cualquier momento y de forma gratuita, a dicho procesamiento, incluida la definición de perfiles en la medida en que esté relacionado con dicha comercialización, ya sea que se trate del tratamiento inicial o del tratamiento posterior. Este derecho debe señalarse explícitamente a la atención del titular y presentarse de manera clara y distinta de cualquier otra información.²⁸⁵

En la práctica cotidiana de las relaciones mediadas por *Big Data*, incluidas las de las grandes redes, la aceptación de términos y servicios opacos sigue siendo una potencial “caja negra” que permite pérdidas potenciales similares a los escándalos ya señalados, con la diferencia de que las *Big Tech* pueden reclamar el pilar del consentimiento informado. La realidad infraestructural es una avalancha que, todavía, contradice esta lógica procedente del derecho privado *offline*.

²⁸⁵ Parlamento, *op. cit.*, nota 55.

Según Palka y Lippi,²⁸⁶ la suma de términos de servicio y las políticas de privacidad en el uso de la red mundial es tan abrumadora que incluso se podría considerar *Big Data* en sí, ya que un usuario promedio puede dedicar hasta 300 horas al año, sin tener una orientación técnica suficiente para brindar un consentimiento verdaderamente informado:

Que vivimos en la “era del big data” parece demasiado obvio para afirmarlo a estas alturas. Lo mismo ocurre con el hecho de que todo lo que hacemos en línea (y muchos de nosotros constantemente estamos en línea) deja una huella digital. Numerosas entidades, como sitios de noticias, redes sociales y entretenimiento, recopilan información sobre nosotros, nos rastrean, crean perfiles y se dirigen a nosotros con comunicaciones comerciales personalizadas. Gracias a avances tecnológicos como el aprendizaje automático, ahora es posible generar conocimiento y valor a partir de conjuntos de datos incomprensiblemente grandes. Las corporaciones no sólo saben mucho sobre nosotros, sino que también pueden predecir e influir en nuestro comportamiento como consumidores y actores políticos. El desequilibrio de poder entre las grandes empresas y los consumidores parece aumentar constantemente. En muchos sentidos, ésta es una nueva realidad aterradora en la que nos encontramos. En sentido estricto, hemos aceptado todo esto. Nos complace poder acceder a todos estos servicios sin costo alguno y la mayoría de nosotros no nos tomamos el tiempo para leer todas las políticas de privacidad y términos de servicio. “He leído los términos” se dice que es la mentira más común del planeta. Entonces, ¿hemos realmente consentido en nuestra vigilancia?²⁸⁷

Se pueden ver esfuerzos en una dirección similar en Elluri, Joshi y Kotal,²⁸⁸ en un estudio reciente sobre las coincidencias y disonancias de términos clave presentes en las políticas de privacidad de los sectores de *Big Data* de mayor impacto. El objetivo era tratar también los textos de los términos de servicio y políticas de veinte servicios de correo electrónico, almacenamiento en la nube, comercio electrónico, pagos y redes sociales, entre otros, como *Big Data*, en busca de su posible adecuación y cumplimiento de regulaciones en el área tal como el GDPR.

En este sentido, existe cierta convergencia de ideas de que la estructura del tránsito masivo de datos personales contrasta no sólo con la capacidad de las

²⁸⁶ Palka, Przemyslaw y Lippi, Marco, “Big data analytics, online terms of service and privacy policies”, Roland Vogl (ed.), *Research Handbook on Big Data Law*, 2020, Reino Unido, Edward Elgar Publishing Ltd., 2020. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3347364.

²⁸⁷ *Idem*. Traducción libre.

²⁸⁸ Elluri, Lavanya, Joshi, Pande Karuna y Kotal, Anantaa, “Measuring Semantic Similarity Across EU GDPR Regulation and Cloud Privacy Policies”, *2020 IEEE International Conference on Big Data*, 2020, pp. 3963–3978.

normas legales para reflejar la protección de los usuarios, sino también, en consecuencia, con la capacidad de las empresas de diversos sectores digitales aclarar las reglas sobre el consentimiento en sus propios términos de servicio.

En otras palabras, si el cumplimiento del consentimiento informado con los estándares de protección de datos es un tema proclive a la complejidad, la masificación, el análisis y revisión por algoritmos, sería mejor mantener el foco en el consentimiento para la protección de los derechos de los usuarios, que ahora ¿suena a derechos fundamentales?

Si su regulación parece haber generado una crisis en el consentimiento informado en comparación con la infraestructura digital del *Big Data*, la tendencia podría ser entonces un cambio que se ha observado en varios ámbitos jurídico-regulatorios como un “enfoque de riesgo”.

Es evidente que unas políticas de privacidad más largas y exhaustivas no son la respuesta. Una de las alternativas más debatidas al enfoque de “aviso y consentimiento” es cambiar el enfoque de recopilación de datos personales a su uso. Esto impone la carga de proteger la privacidad a las empresas, y no a los individuos. Brookings sostiene que las empresas deberían limitarse a utilizar los datos de los usuarios para “fines legítimos [...] consistentes con expectativas razonables formadas en sus relaciones con [los usuarios]...”²⁸⁹

Una mirada atenta al sector del *Big Data* recogido específicamente en las grandes redes sociales revela que el consentimiento no es base suficiente para una buena regulación de la privacidad y, como señalan, exige complementos regulatorios muy específicos sobre las expectativas de razonabilidad en torno a un posible consentimiento en el entorno digital porque:

El problema con esta aproximación de privacidad a través de “aviso y consentimiento” recae en el hecho de que muy pocas personas leen las declaraciones de privacidad. Además, existe abundante evidencia de que incluso las pocas personas que leen las políticas de privacidad no las entienden. Marcar casillas en políticas de privacidad largas e incomprensibles, no constituye un consentimiento informado.

Por ejemplo, considérese que los siguientes extractos de las políticas de privacidad de Facebook, Google, y Snap (formerly Snapchat) Inc. respectivamente:

“[...] cuando usas Messenger o Instagram para comunicarte con personas o empresas, esas personas y empresas pueden ver el contenido que envías”.

²⁸⁹ Bruvère, Anna y Lovic, Victor, “Rethinking Informed Consent in the Contexto f Big Data”, *Cambridge Journal of Science & Policy*, vol. 2, núm. 2, 2021, p. 2. Disponible em: <https://api.repository.cam.ac.uk/server/api/core/bitstreams/31d70d96-1d6b-43c2-a61f-61b29571672/f/content>. Traducción libre. Algunas notas del original fueron omitidas.

“[...] si se comunica con Google, mantendremos un registro de su solicitud para ayudarlo a resolver cualquier problema que pueda tener”.

“Cuando interactúa con nuestros servicios, recopilamos la información que usted nos proporciona”.

La lista de tales detalles conduce a políticas de privacidad extensas que son difíciles de entender, incluso para los usuarios que intentan leerlas.²⁹⁰

5. ¿Cómo las grandes redes van enfrentando el dilema del consentimiento y el interés legítimo?

Algunos ejemplos revelan que la percepción del problema de mejorar la regulación jurídica ha evolucionado muy poco en Brasil y en el mundo. En el año 2022, la red social Twitter simplificó su política de privacidad al convertirla en parte de un videojuego, llamado *Twitter Data Dash*. A través de este juego, el usuario toma el control de un perro llamado *Data* y tiene la tarea de recuperar cinco huesos escondidos en cada uno de los entornos del juego. Al completar niveles, aparecen mensajes para el usuario, por ejemplo cómo puede optar por no recibir anuncios dirigidos o instrucciones para filtrar sus mensajes directos (*direct messages*).

En otro ejemplo, la gran red *Facebook* lanzó su nueva política de privacidad, que entró en vigor en julio de 2022, triplicando su extensión hasta las doce mil palabras,²⁹¹ lo que demostraría cierta mejora en términos y precauciones debido a los nuevos marcos y conceptos legales traídos por las legislaciones de protección de datos personales vigentes en el ambiente internacional. Sin embargo, esto todavía contrasta con la estructura de las redes sociales, asumiendo la protección de datos y el uso de datos personales con consentimiento expreso. La interpretación de los principios del RGPD empuja a un posible cambio, pero contrasta con una lógica estructural en la que las *Big Tech* quieren protegerse en el escudo del consentimiento, mucho más beneficioso, en teoría, que un enfoque de riesgo derivado del interés legítimo en el uso de datos privados, ya que este instituto aborda técnicas de responsabilidad objetiva.

Un enfoque de propósitos legítimos sería más protector que el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la UE. El RGPD impone limitaciones en el uso de datos, pero también establece que la información se recopile para fines

²⁹⁰ *Idem*. Traducción libre.

²⁹¹ Fowler, Geoffrey A., “I tried to read all my app privacy policies. It was 1 million words”, *Washington Post*, 31 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/05/31/abolish-privacy-policies/>.

explícitos, especificados y legítimos; prohíbe el procesamiento de manera incompatible con esos fines. Sin embargo, existe una diferencia significativa entre exigir que los usos sean compatibles según un enfoque de propósitos legítimos y el estándar de no incompatibilidad del RGPD. La compatibilidad impone a los proveedores la carga de establecer un vínculo directo entre el uso y el propósito de la recopilación; el uso no incompatible parecería permitir usos más ampliamente siempre que los proveedores pudieran demostrar que no contradicen el propósito de la recopilación. Según el Comisionado de Información del Reino Unido, las limitaciones de finalidad del RGPD pueden anularse obteniendo el consentimiento individual. No es probable que el consentimiento funcione mejor más adelante en el proceso que al principio.²⁹²

En cualquier caso, cabe destacar que, dados los marcos legislativos cada vez más detallados, corresponde a las grandes redes sociales justificarse de forma sólida y clara para su negativa a ofrecer transparencia, y no pueden simplemente invocar los artículos que se remontan al consentimiento como inhibidor del deber de transparencia, máxime porque la ANPD tiene la posibilidad de realizar auditorías para verificar si efectivamente se sustenta este argumento.

En cualquier caso, cabe destacar que, ante los marcos legislativos cada vez más detallados, corresponde a las grandes redes sociales justificarse de forma sólida y clara por su negativa a ofrecer transparencia, y no pueden simplemente invocar los artículos que se remontan al consentimiento como inhibidor del requisito de transparencia, especialmente porque la ANPD tiene la posibilidad de realizar auditorías para verificar si este argumento esté realmente sustentado.

Si bien no existen casos ampliamente publicitados en Brasil o en el mundo donde se hayan utilizado argumentos que pongan a prueba el dilema entre consentimiento e interés legítimo, este punto seguramente dependerá del análisis de la consolidación jurisprudencial en los próximos años. Las decisiones automatizadas están presentes en la vida diaria de los usuarios, incluso en los llamados *feeds* de plataformas.²⁹³

6. Utilización de IA

La reflexión sobre el uso de la Inteligencia Artificial IA y la protección de datos personales ha cobrado cada vez más relevancia, considerando que el uso de este

²⁹² Medine, David y Murthy, Gayatri, "Companies, not people, should bear the burden of protecting data", Estados Unidos, Brookings Institution, 2019. Disponible en: <http://brook.gs/3pfdcAB>.

²⁹³ Gomes Junior, Francisco, "As polémicas da Lei Geral de Proteção de Dados para as empresas no Brasil", *Consultor Jurídico*, 1 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/gomes-junior-polemicas-lgpd-empresas>.

recurso ha ido creciendo rápidamente en los últimos años, con los más diversos objetivos. Los algoritmos automatizados de toma de decisiones se están extendiendo a una velocidad y escala impresionantes, decidiendo todo, desde lo que la gente verá en sus redes sociales, en las consultas de búsqueda en línea, hasta incluso las películas y la música que verán y escucharán. Entre estas prácticas se encuentran la elaboración de perfiles, definida en el artículo 4(4) del RGPD como:

Elaboración de perfiles significa cualquier forma de procesamiento automatizado de datos personales que consiste en utilizar dichos datos personales para evaluar ciertos aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con su desempeño profesional, situación económica, salud, preferencias, intereses personales, confiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos.²⁹⁴

Además, cabe destacar que el Dictamen nº 216/679 del Grupo de Trabajo del Comité Europeo de Protección de Datos trae tres requisitos al concepto de elaboración de perfiles: (i) automatización: correspondiente a la forma de tratamiento; (ii) procesamiento: realizado a través de los datos personales recopilados; y (iii) finalidad: evaluación de aspectos personales de personas naturales.

En relación a la LGPD, hay un aspecto importante respecto a que no cuenta con un dispositivo similar al artículo 22 del RGPD, estableciendo el derecho a no ser objeto de decisiones exclusivamente automatizadas, especialmente en lo que respecta a la definición de perfiles cuando generen efectos jurídicos sobre el titular de los datos personales. Sin embargo, está previsto en el artículo 20 de la LGPD que el titular de datos personales podrá solicitar la revisión del tratamiento automatizado de datos personales que afecte a sus intereses, principalmente en situaciones de elaboración de perfiles (*profiling*). Además, el titular podrá obtener del responsable del tratamiento información clara y adecuada, indicando los criterios y procedimientos utilizados en el tratamiento automatizado (artículo 20, §1), y, en caso de negativa del responsable, la ANPD tiene el poder de auditar para verificar si existen aspectos discriminatorios en el procesamiento de datos personales (artículo 20, §2).

²⁹⁴ Parlamento, *cit...*, nota 55.

En términos de evolución legislativa, la estandarización de la inteligencia artificial comienza a redactarse en 2019, con el Proyecto de Ley N° 5051/19. Seguido en 2020 por el Proyecto de Ley N° 21/2020 (“PL 21/20”), que creó el marco legal para el desarrollo y uso de la IA por parte de autoridades públicas, empresas, entidades diversas y particulares. El PL 21/20 fue inspirado en la recomendación sobre Inteligencia Artificial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE)²⁹⁵ y propone directrices y principios que orientará la gestión estratégica, además de las directrices a adoptar para el desarrollo y aplicación de la IA en Brasil. También en 2020 se redactó el Proyecto de Ley n° 2630/2020, que establece la Ley Brasileña de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en Internet. En 2021 tuvimos el Proyecto de Ley N° 872/2021 sobre el uso de la IA, seguido de la Estrategia Brasileña de IA.

Más recientemente, el 30 de marzo de 2022, el Senado Federal instaló una comisión de juristas con la tarea de redactar un proyecto de ley sustitutorio de la IA en el país, que culminó con el Proyecto de Ley que sustituyó al Proyecto de Ley n° 5051/19, 21/2020, 2630/20. Y, finalmente, tenemos el Proyecto de Ley N° 2338/2023, que prevé el uso de IA y que fue elaborado a partir del texto del Anteproyecto.

En ausencia de una fuerte regulación sobre IA en Brasil y en el mundo, tenemos autorregulación por parte de las propias empresas del área y regulación realizada a través de la programación de nuevas tecnologías y, por lo tanto, es crucial debatir también la privacidad y la seguridad de los datos mucho más allá del consentimiento informado, ya que la infraestructura de los avances tecnológicos relacionados con el escenario de la IA son mucho más rápidos y las decisiones autónomas no soportan el acuerdo individualizado de los titulares de los datos por definición.²⁹⁶

Debido al rápido desarrollo de las tecnologías, los posibles frentes de regulación se basan generalmente en tres posiciones: regulación estatal,

²⁹⁵ OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 2019. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

²⁹⁶ Magrani, Eduardo, *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*, 2a. ed., Porto Alegre, Arquipélago Editorial, 2019.

autorregulación y regulación por diseño (también llamada “tecnorregulación”).²⁹⁷ La regulación a través de algoritmos, es decir, su autorregulación, denota un tipo de control con baja restricción, ya que su fuerza regulatoria depende de cómo los ingenieros, diseñadores y empresas comerciales llevan estos artefactos al mercado y, eventualmente, de cómo los consumidores o usuarios finales se involucran con ellos,²⁹⁸ actuando, en este caso, como verdaderos legisladores.

Con la tecnorregulación, se pretende obtener el control perfecto y la eliminación del “incumplimiento” al emplear una tecnología particular, mientras que aquellos que están regulados pueden tener solo una capacidad limitada para alterar, interrumpir y controlar la tecnología implementada.²⁹⁹

Si bien hay mucho progreso por hacer a nivel nacional en términos de IA, se observa que las grandes redes utilizan cada vez más la IA con riesgos cada vez mayores de dañar a sus usuarios, a pesar de reconocer que necesitan más esfuerzos para combatir el racismo y otras formas de violaciones de derechos por la programación en sus plataformas; entre estos esfuerzos se encuentra la implementación de grupos para examinar sus políticas y algoritmos.³⁰⁰ Como afirma Tales Barbosa, el hecho de que la IA tenga repercusiones en dimensiones sociales, económicas, medioambientales y éticas hace crucial identificar cualquier tipo de sesgo, que necesariamente debe corregirse a la hora de programar la Inteligencia Artificial, durante el proceso de aprendizaje (adaptabilidad), o más tarde, para evitar la discriminación algorítmica.³⁰¹

²⁹⁷ Sousa Alves, Marco Antônio y Rodriguez de Oliveira, Samuel, “Regras, pra que te quero? A relevância do direito na regulação de novas tecnologias, Direito e tecnologia em um mundo orientado a dados”, *Teoría Jurídica Contemporánea, periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio de Janeiro*, vol. 6, 2021. Disponible en: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/44759>.

²⁹⁸ Hildebrandt, Mireille, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2015.

²⁹⁹ Molitorisová, Alexandra, Šístek, Pavel, “Reimagining Electronic Communications Regulatory Environment with AI: Self-Regulation Embedded in ‘Techno-Regulation’”, *European Journal of Law and Technology*, vol. 12, núm. 1, 2021, citado por Alves, 2021, p. 10.

³⁰⁰ BBC News, “Facebook and Instagram to examine racist algorithms”, 22 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-53498685>.

³⁰¹ Schmidke Barbosa, Tales, “Inteligência artificial e discriminação algorítmica”, *JOTA*, 10 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/inteligencia-artificial-e-discriminacao-algoritmica-10012021>.

7. Consideraciones finales

El mundo contemporáneo avanza cada vez más intensamente hacia una sociedad regida por datos, que utiliza tecnologías cada vez más avanzadas que deben ser vigiladas de cerca por los legisladores. Como se describe en este artículo, las grandes redes todavía tienen muchas actividades críticas con obstáculos que deben regularse en la actualidad. En la economía digital, las redes sociales recogen datos personales de sus usuarios, realizando trabajos de procesamiento y, finalmente, los venden a sus socios comerciales, con fines publicitarios, cada vez más individualizados por perfil, de modo que, cuanto mayor sea el número de datos recolectados, más preciso será el ofrecimiento de un determinado servicio o producto.

Para garantizar dicha recopilación, estos sitios web o aplicaciones conectadas a las redes sociales pueden esforzarse por hacer que sus términos y condiciones de uso sean progresivamente más favorables y transparentes para los usuarios, pero para que la protección de los datos personales y la privacidad sea sólida y no haya impactos negativos no basta con que las condiciones de uso y las políticas de privacidad se basen en el consentimiento. Las constantes actualizaciones de términos, así como otras iniciativas de las grandes redes, suelen enfrentar un dilema que, en realidad, se deriva de la infraestructura de relaciones digitales que establecen no sólo las redes sociales, sino todas las tecnologías disruptivas del presente.

En cuanto a la transparencia para el consentimiento frente al legítimo interés, se denota que las redes sociales deben de basarse en justificaciones robustas y claras sobre el uso de los datos basados en consentimientos por definición imposibles de ser dados — por ser masivos o en un ambiente de IA. Es innegable que existe un aparente escenario para diversas disputas judiciales, pues, de un lado, existen titulares de datos que buscan sus datos de forma libre y transparente, mientras, que de otro lado, las empresas controladoras de datos podrán alegar que la aceptación por medio de un click se ha dado libremente.

En referencia al uso de la IA en grandes redes, está claro que los algoritmos de toma de decisiones automatizadas están progresivamente presentes y

aplicados en las interacciones cotidianas a través de estas aplicaciones. Sin embargo, esta cuestión ya ha sido discutida en debates legislativos y, aunque hay un amplio campo para modernizar el tema en Brasil y en el mundo, la preocupación está creciendo y debe ser considerada por las redes sociales, prestando atención al uso de IA no de manera nociva y discriminatoria, sin vulnerar la privacidad y protección de datos personales en función de la legitimación de su uso.

En conclusión, se puede señalar que aún veremos vanguardia en relación al tratamiento de datos personales a través de las redes sociales, debido principalmente al elevado tráfico de datos que recogen diariamente las empresas propietarias de estas aplicaciones. Para mantenerse al día con estos cambios regulatorios y frenar nuevos escándalos y filtraciones y aportar mayor credibilidad a los usuarios, se espera que las autoridades reguladoras en materia de datos y privacidad, así como las empresas que tienen el control de las redes sociales, se enfrenten al verdadero dilema que supone infraestructura lógica del mundo digitalizado: la insuficiencia del libre albedrío conducirá a otras formas de abordar la protección de los derechos fundamentales en esta materia, basadas en valores públicos de protección colectiva, ya que confronta el principio del consentimiento informado con él nuevas dimensiones del interés legítimo en el procesamiento y negociación de datos sin consentimiento, un enfoque que seguramente interactuará con aspectos de responsabilidad objetiva y un enfoque de riesgo, incluida la autorregulación por parte de las propias empresas.

8. Referencias

Alemida, Saulo Nunes de Carvalho, "As redes sociais como uma nova ferramenta de organização e democratização sindical", *Revista de Direito do Trabalho*, mayo-junio de 2013.

Amer, Karim y Noujaim, Jehane, "The Great Hack", Estados Unidos, Netflix, Documental, 2019.

Andreotta, Adam; Kirkham, Nin y Rizzi, Marco, "AI, big data, and the future of consent", *AI & Society*, 30 de agosto de 2021, p. 1. Disponible en: <http://doi.org/10.1007/s00146-01-01262-5>.

BBC News Brasil, "BRASIL é 2º em ranking de países que passam mais tempo em redes sociais", *BBC News Brasil*, 6 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>.

BBC News, "Facebook and Instagram to examine racist algorithms", 22 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-53498685>.

BBC News, "Facebook to pay record \$5bn to settle privacy concerns", *BBC News*, 24 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/business-49099364>

Bertuzzi, Luca, "Irish privacy watchdog endorses Facebook's approach to data protection", www.euractiv.com, 13 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/irish-privacy-watchdog-endorses-facebooks-approach-to-data-protection/>.

Bioni, Bruno Ricardo, *Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento*, Editora Forense, 2019.

Brasil, *Decreto nº 8.771*. Aprobado el 11 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm.

Brasil, *Emenda Constitucional nº 115*. Aprobado el 10 de febrero de 2022. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm.

Brasil, *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Lei 13.709. Aprobada el 14 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

Brasil. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei 8.078. Aprobado el 11 de septiembre de 1990. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.

Bruvere, Anna y Lovic, Victor, "Rethinking Informed Consent in the Contexto f *Big Data*", *Cambridge Journal of Science & Policy*, vol. 2, núm. 2, 2021, p. 2. Disponible en: <https://api.repository.cam.ac.uk/server/api/core/bitstreams/31d70d96-1d6b-43c2>

-a61f-61b29571672f/content. Traducción libre. Algunas notas del original fueron omitidas.

Casagrande, Erich, “As 25 redes sociais mais populares do mundo”, *Semrush blog*, 11 de marzo de 2022. Disponible en: <http://pt.semrush.com/blog/redes-sociais-mais-populares-do-mundo/>.

Clayton, James, “A ex-funcionária que denunciou Facebook ao Senado dos EUA - BBC News Brasil”, *BBC News Brasil*, 5 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58801259>.

De Melo Braga, Diogo; De Melo Braga, Marcus y Rovr, Aires José, “Responsabilidade Civil das Redes Sociais no Direito Brasileiro”, *IX Simposio Argentino de Informática y Derecho*, (SID 2011) XL JAIIO, Córdoba, 29 de agosto al 2 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/134331>.

Defesa do Consumidor, “MJSP multa Facebook em R\$ 6,6 milhões”, 30 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/1193-mjsp-multa-facebook-em-r-6-6-milhoes>.

Duchene, Stephanie, “Legal Update: The California Consumer Privacy Act: Key Takeaways for Insurers and Insurance Regulators”, *Mayer Brown*, 1 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2019/05/ccpa-for-the-insurance-industry--key-takeawys-for-carriers-and-regulators.pdf>.

Elluri, Lavanya, Joshi, Pande Karuna y Kotal, Anantaa, “Measuring Semantic Similarity Across EU GDPR Regulation and Cloud Privacy Policies”, *2020 IEEE International Conference on Big Data*, 2020.

Extra, “RUBENS Barrichello ganha ação contra a Google por causa do Orkut no valor de R\$ 200 mil”, 30 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://extra.globo.com/esporte/rubens-barrichello-ganha-acao-contra-google-por-causa-do-orkut-no-valor-de-200-mil-14089816.html>.

Folha de S.Paulo, "ORKUT passa para as mãos do Google Brasil; empresa muda diretoria no país", 7 de agosto de 2008. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u430818.shtml>.

Fowler, Geoffrey A., "I tried to read all my app privacy policies. It was 1 million words", *Washington Post*, 31 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/05/31/abolish-privacy-policies/>.

Gaiato, Kris, "Cambridge Analytica teria atuado no Brasil nas últimas eleições", *TecMundo*, 9 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/149120-cambridge-analytica-teria-atuado-brasil-ultimas-eleicoes.htm>.

Galdino, Marli, "O poder simbólico e sua incidência nas Redes Sociais", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 114, 2019.

Gomes Junior, Francisco, "As polêmicas da Lei Geral de Proteção de Dados para as empresas no Brasil", *Consultor Jurídico*, 1 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/gomes-junior-polemicas-lgpd-empresas>.

Guimón, Pablo, "Cambridge Analytica, empresa pivô no escândalo do Facebook, é fechada", *El País Brasil*, 2 de mayo de 2018. Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html.

Heawood, Jonathan, "Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal", *Information Polity*, vol. 23, núm. 4, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.3233/ip-180009>.

Hildebrandt, Mireille, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2015.

Hootsuite, "The Global State of Digital 2022", 30 de julio de 2022. Disponible en: <https://hootsuite.widen.net/s/xf2mbffsbq/digital-2022-top-takeaways>.

Information Commissioner's Office (ICO), "Statement on an agreement reached between Facebook and the ICO", 30 de octubre de 2019. Disponible en:

<https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/10/state-ment-on-an-agreement-reached-between-facebook-and-the-ico/>.

Kang, Cecilia y Frenkel, Sheera, “Facebook Says Cambridge Analytica Harvested Data of Up to 87 Million Users”, *The New York Times*, 4 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/technology/mark-zuckerberg-testify-congress.html#:~:text=WASHINGTON%20—%20Facebook%20on%20Wednesday%20said,leak%20was%20reported%20last%20month.>

Leonardi, Marcel, “Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado”, en De Lucca, Newton; et al. *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo, Quartier Latin, 2019.

London, Ray William, “Comparative data protection and security: a critical evaluation of legal standards”, Thesis, 2013. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10500/13859>.

Macena de Lima, Taisa Maria y Freire de Sá, Maria de Fátima, “Inteligência artificial e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o direito à explicação nas decisões automatizadas”, *Revista Brasileira de Direito Civil*, núm. 04, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.33242/rbdc.2020.04.011>.

Machado, Rodrigo; Kreut, Diego; Paz, Guillermo y Rodrigues, Gusavo, “Vazamentos de Dados: Histórico, Impacto Socioeconômico e as Novas Leis de Proteção de Dados”, *Revista Eletrônica Argentina-Brasil de Tecnologias da Informação e da Comunicação*, vol. 3, núm. 1, 2020. Disponible en: <https://revistas.setrem.com.br/index.php/reabtic/article/view/378>.

Magalhães Martins, Guilherme y Rozatti Longhi, João Victor, “A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade de informação”, *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 20, 2011.

Magrani, Eduardo, *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*, 2a. ed., Porto Alegre, Arquipélago Editorial, 2019.

- Medine, David y Murthy, Gayatri, “Companies, not people, should bear the burden of protecting data”, Estados Unidos, Brookings Institution, 2019. Disponible en: <http://brook.gs/3pfdcAB>.
- Mendonça, Thiago B., “Crítica | 'O dilema das redes', de Jeff Orlowski”, 17ma. época, 17 de octubre de 2020. Disponible en: <https://oglobo.globo.com/epoca/thiago-b-mendonca/critica-o-dilema-das-redes-d-e-jeff-orkowski-24697272>.
- Molitorisová, Alexandra, Šístek, Pavel, “Reimagining Electronic Communications Regulatory Environment with AI: Self-Regulation Embedded in ‘Techno-Regulation’”, *European Journal of Law and Technology*, vol. 12, núm. 1, 2021, citado por Alves, 2022.
- Morozov, Evgeny, “Big tech: ascensão dos dados e a morte da política”, *Ubu Editora*, 2018.
- Morris, Chris, “LinkedIn data theft exposes personal information of 700 million people”, *Fortune*, 30 de junio de 2021. Disponible en: <https://fortune.com/2021/06/30/linkedin-data-theft-700-million-users-personal-information-cybersecurity/>.
- Nair, Meghna Manoj y Tyagi, Amit Kumar, “Privacy: History, Statistics, Policy, Laws, Preservation and Threat Analysis”, *Journal of Information Assurance & Security*, vol. 16, núm. 1, 2021. Disponible en: <https://ak-tyagi.com/static/pdf/13.pdf>.
- Nunes de Carvalho, Alexander Perazo y Albuquerque de Lima, Renata, “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, vol. 13, núm. 17, 29 de enero de 2016,. Disponible en: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v13i17.p11-23.2015>.
- OCDE, “Directrices para la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales”. Disponibles en: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>.
- OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 2019. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

- Otto, Samira; Souto, Gabriel Araújo; Farias, Gabrielle Graça de, “Caso Facebook e Cambridge Analytica: o GDPR e a nova lei brasileira (13.709/2018)”, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, 2019.
- Pagliery, Jose, “Hackers selling 117 million LinkedIn passwords”, CNNMoney, 19 de mayo de 2016. Disponible en: <https://money.cnn.com/2016/05/19/technology/linkedin-hack/>.
- Pałka, Przemysław y Lippi, Marco, “Big Data analytics, online terms of service and privacy policies”, Roland Vogl (ed.), *Research Handbook on Big Data Law*, 2020, Reino Unido, Edward Elgar Publishing Ltd., 2020. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3347364.
- Parlamento Europeo e do Conselho, *Regulamento (UE) 2016/679*. 2016/679. Aprobado el 27 de abril de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>.
- Rocha, Antonio; Siqueira Pontes, Jose Antonio y Klempf Franco, Karin, “Inteligência Artificial: aspectos jurídicos”, Canal FACAMP. YouTube, 12 de mayo de 2021. Vídeo, 1:42:39. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=p-aHoVtE1Pk>.
- Ribeiro, Ana Lidia Lira. "Discriminação em algoritmos de inteligência artificial: uma análise acerca da LGPD como instrumento normativo mitigador de vieses discriminatórios". *Universidade Federal do Ceará*, 2021.
- Romão Marineli, Marcelo, “Privacidade e redes sociais virtuais: sob a égide da Lei n. 12.965/2014 - Marco civil da internet”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.
- Rustad, Michael L. y Koenig, Thomas H., „Towards a Global Data Privacy Standard”, *Florida Law Review*, vol. 365, 2019. Disponible en: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol71/iss2/3>.
- Salto, Ingrid Ricci Fabri, “Responsabilidade Civil das Redes Sociais”, *Revista Juris UniToledo*, núm. 4, 2019.
- Santos, Tainá Turella Caetano dos, “Redes Sociais e seu Impacto na Democracia Atual: um estudo de caso das eleições de Donald Trump e Jair Bolsonaro”, XXVIII Congresso de Iniciação Científica da Unicamp, 2020.

Schmidke Barbosa, Tales, “Inteligência artificial e discriminação algorítmica”, *JOTA*, 10 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/inteligencia-artificial-e-discriminacao-algoritmica-10012021>.

Sousa Alves, Marco Antônio y Rodriguez de Oliveira, Samuel, “Regras, pra que te quero? A relevância do direito na regulação de novas tecnologias, Direito e tecnologia em um mundo orientado a dados”, *Teoría Jurídica Contemporânea, periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio de Janeiro*, vol. 6, 2021. Disponible en: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/44759>.

Spadaccini de Teffé, Chiara y Viola, Mario, “Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais”, *civilistica.com*, vol.9, núm. 1, 2020. Disponible en: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>.

Supremo Tribunal Federal, “Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal”, 7 de mayo de 2020, Acción Directa de Inconstitucionalidad 6387 MC-REF/DF, Brasil p. 28. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>.

Tavares, Pedro y Buono, Renata, “Entre 2013 e 2023, número de usuários de internet no Brasil aumentou 78%”, *Revista Piauí*, 4 de mayo de 2023. Disponible en <https://piaui.folha.uol.com.br/entre-2013-e-2023-numero-de-usuarios-de-internet-no-brasil-aumentou-78/#:~:text=Dez%20anos%20atrás,%20102%20milhões,175%20milhões%20de%20brasileiros%20online>.

Téllez Carvajal, Evelyn, “Análisis documental sobre el tema del *Big Data* y su impacto en los derechos humanos”, *Derecho PUCP*, núm. 84, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.006>.

Zuboff, Shoshana, “Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação”, Bruno, Fernanda; Cardoso, Bruno; Kanashiro, Marta, Guilhon, Luciana y Melgaco, Lucas (orgs.) *Tecnopolítica da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo, Boitempo, 2018.

Gobernanza e Integridad en la Contratación Pública: Poder Adquisitivo del Gobierno y Fomento de Buenas Prácticas Comerciales

Governance and Integrity in Public Procurement: Government Purchasing Power and Promoting Good Business Practices

Irene Patricia Nohara³⁰²

Sumario. 1. Consideraciones introductorias; 2. Fomento del poder adquisitivo del gobierno para las prácticas comerciales; 3. Integridad y gobernanza en la prevención, detección, sanción y remediación de la corrupción en la contratación pública; 4. Ley Corporativa Anticorrupción y Ley de Nuevas Licitaciones y Contratos; 5. Programa de integridad en las compras públicas; 6. Conclusiones; 7. Referencias.

Resumen: El objetivo de esta investigación es indagar respecto el poder adquisitivo del gobierno como un aspecto estimulante de las buenas prácticas empresariales, siendo su alcance específico el abordaje de la gobernanza y la integridad en los contratos públicos. Así, problematiza el aspecto metacontractual de la licitación, que se centra en la innovación y el desarrollo nacional sostenible. Se utiliza el método hipotético-deductivo, basado en el análisis de referentes teóricos y el desarrollo de la disciplina jurídica de la gobernanza de las compras públicas, con base en la Nueva Ley de Licitaciones y Contratos. Como resultado, se identifican los requisitos e incentivos legales para la implementación de un programa de integridad por parte de los contratistas del Poder Público, y luego se despliegan las hipótesis obligatorias en relación a incentivos y ventajas. Por tanto, se espera que el presente estudio contribuya a la reflexión de los pasos relevantes para mejorar la cultura de integridad en las relaciones organizativas, especialmente en los negocios celebrados con las Administraciones Públicas.

Palabras clave: Gobernanza pública, integridad, contratación pública, poder adquisitivo del gobierno, programa de integridad.

³⁰² Profesora Titular y Doctora en Derecho Estatal por la USP. Profesor-Investigador del Programa de Derecho Político y Económico de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Responsable del sitio web Direitoadm.com.br. Abogada y Árbitro en Contratos Administrativos. Correo electrónico: irene.nohara@uol.com.br. [Orcid.org/0000-0002-3182-2803](https://orcid.org/0000-0002-3182-2803)

Abstract: The objective of this research is to investigate the purchasing power of the government as a stimulating aspect of business' best practices. The specific scope is the approach to governance and integrity in public contracts. Thus, it problematizes the meta-contractual aspect of the public procurement, which focuses on innovation and sustainable national development. The hypothetical-deductive method is used, based on the analysis of theoretical references and the development of the legal discipline of the governance of public procurement, based on the New Law on Bidding and Contracts. As a result, the legal requirements and incentives for the implementation of an integrity program by Public Power contractors are identified, and then the mandatory hypotheses in relation to incentives and advantages are deployed. Therefore, it is expected that this study contribute to the reflection of the relevant steps to improve the culture of integrity in organizational relationships, especially in business carried out with Public Administrations.

Key words: Public governance, integrity, public procurement, government purchasing power, integrity program.

Resumo: O objetivo da presente pesquisa é perquirir o poder de compra governamental como faceta estimulante de boas práticas empresariais, sendo seu escopo específico a abordagem da governança e da integridade nas contratações públicas. Assim, problematiza a faceta metacontratual da licitação, que a volta à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável. É utilizado o método hipotético-dedutivo, a partir da análise de referenciais teóricos e do desdobramento da disciplina jurídica da governança das contratações públicas, com base na Nova Lei de Licitações e Contratos. Como resultado há a identificação das exigências e estímulos legais à implantação de programa de integridade por parte dos contratantes com o Poder Público, sendo então desdobradas as hipóteses de obrigatoriedade em relação aos incentivos e vantagens. Espera-se, portanto, com o presente estudo contribuir para a reflexão dos passos relevantes para o aperfeiçoamento da cultura de integridade nas relações organizacionais, sobretudo nos negócios celebrados com as Administrações Públicas.

Palavras-Chave: Governança pública; integridade; contratações públicas; poder de compra governamental; programa de integridade

1. Consideraciones introductorias

La gobernanza pública indica el conjunto de mecanismos de liderazgo, estrategia y control para evaluar, dirigir y monitorear la gestión. La idea es que la gestión se realice según parámetros y además fomente la integridad. La Ley Anticorrupción Empresarial, que cumple diez años de existencia en 2023, fue un precursor para incentivar la adopción del programa de integridad por parte de las personas jurídicas como factor de mitigación de las graves sanciones previstas en la misma.

Inspirándose en este sistema, se previó un programa de integridad en la Nueva Ley de Licitación (Ley no. 14.133/2021). Dado que el universo de compras públicas es significativo para crear nuevos mercados e inducir buenas prácticas en el mercado existente, el objetivo de este estudio es a través del método hipotético-deductivo, abordar el incentivo otorgado por el Estado a las buenas prácticas comerciales de los contratistas del Poder Público por medio de los criterios de licitación y celebración de contratos presentes en la Nueva Ley.

También se discute la asociación entre la Ley Corporativa Anticorrupción y la Nueva Ley de Licitaciones y la disciplina del Programa de Integridad, para luego centrarse en la hipótesis de obligatoriedad y también de incentivos para la implementación de un programa de integridad. Se espera, por tanto, enfatizar como el poder adquisitivo del gobierno puede fomentar la integridad en relación con el Poder Público, la prevención, detección, sanción y remediación de la corrupción en las contrataciones públicas.

2. Incentivo del poder de compra gubernamental y las prácticas empresariales

Los Estados son los mayores compradores del mundo. En el caso de Brasil, se estima que hay un gasto alrededor del 10 al 15% del PIB Nacional en compras gubernamentales, lo que equivale a más de 600 mil millones de reales gastados anualmente en contratos públicos. Además, en estados federados como Brasil,

hay más de un ámbito federativo que necesita comprar y contratar para satisfacer sus necesidades.

En el caso brasileño, estamos ante diversos niveles gubernamentales, en primer lugar tenemos a la Unión, seguido de 16 Estados miembros, 1 Distrito Federal y 5.570 municipios que necesitan contratar servicios y comprar bienes, siendo relativamente reciente el cambio de concepción respecto a la contratación pública considerando que no se trata solamente de un instrumento contractual, sino de un mecanismo metacontractual que debe estar encaminado a promover el desarrollo e inducir la innovación en el mercado de proveedores.

Actualmente existe con una orientación muy explícita en el artículo 11 de la Nueva Ley de Licitaciones y Contrataciones (Ley no. 14.133/2021), según la cual el proceso de licitación tiene como objetivo: 1) Asegurar la selección de la propuesta capaz de generar el resultado de contratación más ventajoso para la Administración Pública, incluso en el cual se refiere al ciclo de vida del objeto; 2) garantizar la igualdad de trato entre los oferentes, así como la competencia leal; 3) evitar contratos con sobrepuestos o con precios claramente inexigibles y sobrepuestos en la ejecución de los contratos; y 4) fomentar la innovación y el desarrollo nacional sostenible.

El uso de la licitación para promover el desarrollo nacional sostenible ya había sido aprobado anteriormente, en 2010, en el artículo 3º de la anterior Ley Brasileña de Licitaciones y Contratos (Ley nº 8.666/1993).

La dirección del poder adquisitivo del gobierno hacia la promoción del desarrollo nacional sostenible cambia la forma en que se concibe la planificación de las actividades de contratación pública. Así, en lugar de considerar la licitación únicamente desde la perspectiva de la gestión pública de las adquisiciones y contratos en sí, las compras gubernamentales se planifican de manera que, a través de estos procesos, se estimule el desarrollo nacional sostenible, lo que revela una faceta de promoción en el sentido genérico de estímulo/ inducción.³⁰³

³⁰³ Nohara, Irene Patricia, "Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento -faceta extracontratual das licitações", *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, año 4, núm. 6, septiembre-febrero, 2015, p. 165.

Incluso cuando se crearon favores en las licitaciones para las micro y pequeñas empresas, por la Ley Complementaria no. 123/2006, ya había una dirección en las licitaciones hacia políticas de pleno empleo, siendo las pequeñas empresas las que emplean a más personas en el país.

Así, la planificación de licitaciones y modelamiento de contratos está encaminada, como política pública establecida, a alcanzar mayores objetivos relacionados con el desarrollo nacional sostenible, promover el pleno empleo, lograr el bienestar social, preservar el medio ambiente y también estimular la innovación.

Al existir un mercado de oferta de bienes y servicios que opera encaminado a participar en licitaciones y celebrar contratos con las Administraciones Públicas, la licitación debe estar dirigida a promover objetivos de bienestar social regulados por la ley. Si el Estado no opta por inducir un comportamiento adecuado por parte de sus proveedores, esta omisión puede generar problemas sociales y ambientales que posteriormente recaerán sobre todos, incluido el propio Estado.

Además, en cuanto a la innovación, es un imperativo del dinamismo del capitalismo contemporáneo, que alcanza a amplios sectores de la actividad económica.³⁰⁴ Este es un requisito que abarca la creación de nuevos productos y servicios. Con las transformaciones del capitalismo, las organizaciones se ven obligadas a innovar continuamente, y es importante para su supervivencia adaptarse a las nuevas demandas, creando nuevos productos, servicios y procesos.

Como explica Mariana Mazzucato, existe una interrelación entre gobierno, innovación, tecnología y emprendimiento, y es importante que haya inversión gubernamental en innovaciones de investigación financiadas por el Estado.³⁰⁵ No es correcto imaginar que el mercado “se autoinnova”, con las grandes innovaciones, es decir, las innovaciones más radicales y revolucionarias, “desde los ferrocarriles hasta Internet, pasando por la nanotecnología moderna y los

³⁰⁴ Schumpeter, Joseph Alois, *A teoria do desenvolvimento econômico*, São Paulo, Nova Cultural, 1997, p. 95.

³⁰⁵ Mazzucato, Mariana, *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público v. setor privado*, São Paulo, Portfolio-Penguin, 2014, p. 33.

productos farmacéuticos – señalando al Estado en el origen” de inversiones ‘empresariales’ más valientes, incipientes e intensivas en capital”.³⁰⁶

En lugar de que el Estado funcione como un parásito disfuncional, es decir, un obstáculo burocrático y lento que no aporta nada a la innovación, lo que sucede, en esencia, es exactamente lo contrario: los grandes saltos y revoluciones en innovación vinieron de investigaciones promovidas en el largo plazo por el Estado, ya que es el único que efectivamente tiene la capacidad de invertir y pagar los grandes riesgos que surgen de la elección de la innovación. Por tanto, el Estado tiene el papel protagónico en la innovación para ajustar mercados e incluso crearlos y, por eso, asume tantos riesgos.³⁰⁷

Sería limitante legitimar la actuación del Estado sólo como un mero corrector de “fallas de mercado”, siendo necesario, a juicio de Mazzucato, construir un papel del Estado en la formación y creación de nuevos mercados, dentro de lo que defiende cuando propugna un *Estado Emprendedor*.

Esta tarea debe englobarse precisamente en las licitaciones, que tienen modelos, como el orden tecnológico que busca volver a innovar. Además, el poder adquisitivo del gobierno debe dirigirse a ciertos segmentos que se desea estimular, lo que puede ser esencial para la formación de un mercado de proveedores específico.

Por ejemplo, incluso con procesos digitales, el Estado, hoy en día, sigue siendo un gran consumidor de hojas de papel A4. Si hay un plan de compra a gran escala de papel A4, estipulando que deba reciclado, puede ser que ese producto aunque no tenga tanta demanda, ya que el papel reciclado muchas veces es más caro que el no reciclado, pero pueda empezar a volverse competitivo, si existe una oferta para cubrir las necesidades estatales, que son elevadas. De ahí que, con la posibilidad de supervivencia y abastecimiento a escala, exista un estímulo para la formación y mantenimiento de proveedores competitivos en este mercado de papel reciclado A4, que sea ecológicamente más eficiente, lo que se logrará

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 26.

³⁰⁷ Nohara, Irene Patricia, “Inovação na nova lei de licitação: diretriz e potencial de modernização pelo Estado”, *Revista de Direito Brasileira*, vol. 31, pp. 271-283.

mediante el estímulo focalizado del Estado a través de procesos competitivos de licitación para el suministro en escala de este producto.

3. Integridad y gobernanza en la prevención, detección, sanción y remediación de la corrupción en la contratación pública

La integridad corresponde a un valor que debe promoverse/fomentarse en el sector de la contratación pública. Al movilizar una cantidad importante de recursos, los contratos públicos deben ser supervisados con un enfoque diferente, ya que a menudo son objeto de sobrefacturación, sobrepuestos y otros subterfugios para obtener recursos públicos de manera fraudulenta.

Integridad es una palabra que indica la calidad de lo que tiene integridad, lo que no ha sido adulterado, lo que es verdadero, es decir, lo contrario de algo fraudulento o falso. Por lo tanto, para la prevención, detección y remediación de la corrupción en la contratación pública, es fundamental fomentar la transparencia.

Además, el Estado, a través de su alta dirección, debe actuar para inducir, a través de políticas y acciones, actitudes sociales responsables por parte de las empresas que contratarán con el sector público.³⁰⁸

Como señalan Pereira, Carvalho y Girón, “en economías y modelos de negocio cada vez más complejos, ya no basta con que los órganos de supervisión intenten controlar la actividad de las empresas, a menudo a posteriori”,³⁰⁹ con un enfoque exclusivo en sanciones y violaciones de normas que dictan conductas específicas y delimitadas.

Como protagonista en la difusión de la gobernanza de la administración pública a nivel federal, se destaca el Decreto nº 9.203/2017, que define la gobernanza pública como el conjunto de mecanismos de liderazgo, estrategia y control puestos en práctica para evaluar, dirigir y monitorear la gestión, con el fin de conducir políticas públicas y brindar servicios de interés para la sociedad.

El citado Decreto ordenó a los órganos y entidades de administración directa, autónoma y fundacional establecer sus programas de integridad, con el objetivo de

³⁰⁸ Zimmer Júnior, Aloíso, y Nohara, Irene Patricia Diom, *Compliance Anticorrupção e das Contratações Públicas*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 361.

³⁰⁹ Azevedo Pereira, Ana Flavia, Castro Carvalho, André y De Freitas Girón, Vinicius, *Cultura Organizacional em Compliance*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 35.

promover la adopción de medidas y acciones encaminadas a prevenir, detectar, sancionar y remediar fraudes y actos de corrupción.

El Programa de Integridad, de conformidad con la definición del artículo 56 del Decreto n° 11.129/2022, consiste, en el ámbito de la persona jurídica, en el conjunto de mecanismos y procedimientos internos para la integridad, fiscalización y fomento de la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y conducta, políticas y lineamientos con el objetivo de prevenir, detectar y remediar desviaciones, fraudes, irregularidades y actos ilícitos cometidos contra la administración pública, nacional o extranjera; y fomentar y mantener una cultura de integridad en el entorno organizacional.

Además, cabe señalar que la Ordenanza SEGES del Ministerio de Economía 8.678, de 19 de julio de 2021, reguló la gobernanza de las contrataciones públicas en el ámbito de la Administración Pública, determinando en su artículo 1, § 1, que la alta dirección de órganos o entidades deben implementar o mantener mecanismos e instrumentos para la gobernanza de los contratos públicos.

Así, se definía la gobernanza de las contrataciones pública como un conjunto de mecanismos de liderazgo, estrategia y control puestos en práctica para evaluar, dirigir y monitorear el desempeño de la gestión de la contratación pública, con el objetivo de agregar valor al negocio del organismo o entidad, y contribuir al logro de sus objetivos, con riesgos aceptables.

Luego se enunciaron nueve lineamientos de gobernanza para las compras públicas, a saber: 1) promoción del desarrollo nacional sostenible, en concordancia con la Estrategia Federal de Desarrollo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible; 2) promoción de un trato diferenciado y simplificado para las micro y pequeñas empresas; 3) promoción de un entorno empresarial honesto y confiable; 4) alineación de las contrataciones públicas con la planificación estratégica de órganos y entidades, así como con las leyes presupuestarias; 5) promover la competitividad en las licitaciones, reduciendo la barrera de entrada de potenciales proveedores; 6) mejora de la interacción con el mercado de proveedores, como forma de promover la innovación y prospección de soluciones que maximicen la efectividad de la contratación; 7) reducir la burocracia, fomentar la participación

social, el uso de lenguaje y tecnología simples, así como los demás lineamientos de Gobierno Digital, establecidos en el artículo 3° de la Ley N° 14.129, de 29 de marzo de 2021; 8) transparencia procesal; y 9) estandarización y centralización de procedimientos, cuando sea relevante.

4. Ley Corporativa Anticorrupción y Nueva Ley de Licitaciones y Contratos

Una de las medidas más relevantes adoptadas por Brasil para combatir y prevenir la corrupción fue la promulgación de la Ley Empresarial Anticorrupción. La Ley n° 12.846/2013 preveía la responsabilidad administrativa y civil objetiva de las personas jurídicas por la realización de actos contra la administración pública, nacional o extranjera.³¹⁰

La Ley Anticorrupción Empresarial fue producto de incentivos estimulados internacionalmente para el avance del país en medidas de prevención y combate a la corrupción. No fue la Operación Lava Jato la responsable de la aprobación de la Ley N° 12.846/20213, sino los documentos oficiales ratificados e incorporados al ordenamiento jurídico, que señalaron lineamientos para la adopción de la responsabilidad de las personas jurídicas, con especial énfasis en la inspección y el informe de la OCDE, basado en su convención de 1997, introducido en Brasil en 2000.³¹¹

Desde la Ley Anticorrupción de Empresas, no tiene sentido que la persona jurídica simplemente se desligue de la persona involucrada del acto ilícito, dado que existe una disposición de responsabilidad objetiva de la empresa para el acto independientemente de la responsabilidad de las personas físicas. Por lo tanto, la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad de la persona individual de sus directores o administradores o de cualquier persona natural, autor, coautor o partícipe del hecho ilícito.

Además, las sanciones previstas son bastante elevadas, pudiendo implicar una multa de hasta el 20% de los ingresos brutos del último año anterior al inicio del procedimiento administrativo, impuestos excluidos, que nunca será inferior a la

³¹⁰ Zanella Di Pietro, Marya Sylvia, Marrara, Thiago, *Lei Anticorrupção Comentada*, Belo Horizonte, Fórum, 2021, p. 15.

³¹¹ Zimmer Júnior, Aloíso, y Nohara, Irene Patricia Diom, *op. cit.* p. 74.

ventaja obtenida cuando sea posible su estimación; y también la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria.

Como las empresas gozan de reputación, e incluso gastan grandes cantidades de dinero en marketing y publicidad de su misión, visión y valores, es importante que cuenten con políticas para proteger, remediar o incluso reparar cualquier incidente que pueda empañar su imagen social y su valor en el mercado.

Así, de conformidad con el artículo 7º, fracción VIII, de la Ley Anticorrupción de Empresas: “la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría y fomento de la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de conducta ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica” pueden ser un factor que mitigue los rigores de la aplicación de la sanción.

Los parámetros para la evaluación de mecanismos y procedimientos se establecen en reglamentos del Poder Ejecutivo federal. El primer decreto que reguló la Ley Anticorrupción Empresarial fue el Decreto N° 8.420, del 18 de marzo de 2015, que luego fue derogado por el Decreto N° 11.129, del 11 de julio de 2022.

Los criterios para verificar la eficacia del programa de integridad también varían según el tamaño de la empresa. Así, la CGU – Contraloría General de la Unión considera, por ejemplo, que, en el caso de empresas pequeñas, con un número menor de empleados, por ejemplo, podría ser posible asignar la coordinación de las actividades del programa a una sola persona, es decir, a un oficial de cumplimiento. Las empresas cuyas actividades dependen de contratos públicos, como las farmacéuticas y las constructoras, generalmente tienen un sector de cumplimiento. Hay criterios que buscan reflejar la proporcionalidad de los requisitos.

Además de la Ley Anticorrupción Empresarial, la Nueva Ley de Licitaciones y Contratos, Ley N° 14.133/2021, incentiva a las empresas que contratan con la Administración Pública a adoptar programas de integridad, como se verá a continuación.

Fábio Martins Bonilha Curi explica que el castigo, en sí mismo, nunca ha sido la única forma de modular la conducta, e incluso es relevante cuestionar si es la

forma más eficiente.³¹² Por lo tanto, se debe adoptar un sistema que prevea sanciones con primas. El modelo de adjudicación transmitido por la Ley Anticorrupción Empresarial fue replicado en varias otras leyes, como la Nueva Ley sobre Licitaciones y Contratos.

Fábio Curi identifica las siguientes características: la necesidad de imponer una conducta deseada o simplemente fomentarla, como el nivel de transparencia ética de las actividades empresariales; y el premio puede aparecer como un instrumento paliativo que sólo demuestra la importancia que tiene la conducta estimulada, y la elaboración de prácticas pedagógicas por parte del órgano supervisor.³¹³

Además, la Nueva Ley de Licitaciones y Contratos tenía como objetivo intensificar el control y la gobernanza de la contratación pública. Dispone, en el artículo 169 (Ley 14.133/2021), que las contrataciones públicas deben someterse a prácticas continuas y permanentes de gestión de riesgos y control preventivo, incluso mediante la adopción de recursos tecnológicos de la información, y, además de estar sujetos a control social, sujetándose a las siguientes “líneas de defensa” (vocabulario que terminó siendo actualizado en 2020, por IIA Global, sin ser replicado en el proyecto en curso): 1) primera “línea de defensa”, compuesta por servidores y empleados públicos, agentes licitadores y autoridades que trabajan en la estructura de gobierno del órgano o entidad; 2) segunda “línea de defensa”, integrada por las unidades de asesoría jurídica y control interno del propio organismo o entidad; y 3) tercera “línea de defensa”, integrada por el órgano central de control interno de la Administración y el tribunal de cuentas.

Se trata de lineamientos adjuntos a la nueva ley: el “principio” de segregación de funciones, que termina por profundizar esta exigencia de gobernanza y control en el sentido de que el control interno no se confunda con las actividades propias de las autoridades y agentes contratantes, y también la gestión por competencias, que obliga a la autoridad pública a designar como agentes de contratación a servidores públicos o empleados públicos de la plantilla de la Administración, con

³¹² Bonilha Curi, Fabio Martins, *Sanção premial no Brasil: estudos da função promocional do Direito na atividade negocial*, São Paulo, Dialética, 2022, p. 41.

³¹³ *Ibidem*, p. 238.

funciones afines, formación compatible o cualificación profesional acreditada, y persigue, además, eliminar los conflictos de intereses, evitando el parentesco entre licitadores y contratistas.

5. Programa de integridad en la contratación pública

La Nueva Ley de Licitaciones y Contratos tiene cuatro disposiciones que se relacionan con el programa de integridad en las adquisiciones públicas.

En primer lugar, se destaca, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 25 de la Ley N° 14.133/2021, la implementación obligatoria de un programa de integridad para el licitante vendedor de contrataciones de obras, servicios y suministros de grandes obras. Por lo tanto, el anuncio de licitación debe prever la implementación obligatoria de un programa de integridad por parte del licitante ganador en un plazo de seis meses.

A los efectos de la implementación obligatoria del programa de integridad, se consideran contrataciones de obras, servicios y suministros importantes aquellas cuyo valor estimado supere los 200 millones de reales. Cabe señalar que este valor se actualiza anualmente con base en el IPCA-E, y para 2023, según el Decreto n° 11.317, se estima en más de 228 millones de reales.

Sin embargo, existen leyes estatales que son anteriores y que requieren un valor menor para hacer obligatoria la adopción de programas de integridad con los gobiernos de los estados de las entidades federativas que tienen disciplina específica en el tema. Respetando, por tanto, la posibilidad de las entidades de legislar específicamente en la materia, siempre que se respeten las normas generales de la Unión, son válidos y aplicables los requisitos más rigurosos en materia de adopción de un programa de integridad, cuando sean compatibles con la realidad regional.

Así, el Estado de Río de Janeiro exige, de conformidad con la Ley n° 7.753/2017, un millón quinientos mil reales para obras y servicios de ingeniería y 650 mil reales para compras y servicios; el Distrito Federal, según la Ley N° 6.112/2018, lo considera obligatorio para un valor global igual o superior a cinco millones; Goiás, según la Ley n° 20.489/2018, adopta los mismos valores que Río

de Janeiro; y tanto Rio Grande do Sul como Amazonas utilizan tres millones trescientos mil para servicios y obras de ingeniería y un millón cuatrocientos treinta mil para compras y servicios, de acuerdo, respectivamente, con la ley estatal 15.228/2018, actualizada por última vez en la Ley 4.730/2018.

Además, la Ley General de Licitaciones incentiva a los oferentes a contar con un programa de integridad, ya que su adopción puede ser utilizada como criterio de desempate en el concurso, según lo determina la fracción IV del artículo 60 de la Ley N° 14.133/2021. Antes de utilizar este criterio, prevalecen los siguientes criterios: disputa final; evaluación del desempeño de contactos previos y, también, presencia de acciones de equidad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

Desde la perspectiva de la protección y efectividad de los derechos de las mujeres en el lugar de trabajo y la efectividad de los derechos constitucionalmente protegidos, la posibilidad de garantizar la plena participación de las mujeres en todos los sectores de la economía y en todos los niveles de las actividades económicas es sustancial para la construcción de economías más fuertes, el establecimiento de sociedades más estables y justas, el logro de objetivos relacionados con el desarrollo y la mejora de la calidad de vida de mujeres, hombres, familias y comunidades, lo que también es importante para el impulso de los negocios.³¹⁴

Además, el programa de integridad también se considera un factor atenuante de las sanciones contractuales, conforme a lo previsto en el inciso V del párrafo 1 del artículo 156 de la Ley N° 14.133/2021. Cabe señalar también que la nueva legislación general preveía, para aplicar sanciones más graves, el establecimiento de un proceso administrativo de rendición de cuentas, con la estructuración de una comisión integrada por dos o más servidores públicos permanentes.

³¹⁴ ONU Brasil, Mulheres Brasil, Rede do Pacto Global. Princípios de empoderamento das mulheres, 2017. Disponible en: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha_ONU_Mulheres_Nov2017_digital.pdf.

Finalmente, se prevé la implementación obligatoria de un programa de integridad al rehabilitar sanciones por presentación de documento falso y también por la práctica de actos ilícitos tipificados en el artículo 5o de la Ley Anticorrupción de Empresas. Cabe señalar que el inciso 21 de la I Jornada de Derecho Administrativo del CJF, establece que la conducta de presentar documentos falsos o adulterados por parte de una persona jurídica en un proceso de licitación constituye el acto lesivo previsto en el artículo 5o, IV, “d”, de la Ley número 12.846/2013, independientemente de que gane el concurso o se le impida continuar participando en él.

Se puede observar, por lo tanto, que existen dos obligaciones establecidas en la ley de licitaciones para el programa de integridad: 1) para contratos de gran escala; y 2) para la rehabilitación de ciertas sanciones; y también dos situaciones que representan un estímulo, es decir, un resultado premium para aquellas personas jurídicas que implementen el programa de integridad, que son: a) el cuarto criterio utilizado para desempatar entre postores; y b) factor capaz de provocar la mitigación de la sanción contractual aplicada, tal como ocurre en la Ley Anticorrupción de Empresas.

6. Conclusiones

Las contrataciones públicas son vistas actualmente como instrumentos para promover el desarrollo nacional sostenible y la innovación, de acuerdo con los objetivos expresados en el artículo 11 de la Nueva Ley de Licitaciones. Por lo tanto, existe un aspecto de planificación de la contratación pública para apuntar a ámbitos metacontractuales, especialmente aquellos que fomentan las buenas prácticas comerciales.

Los modelos de licitación tienen el potencial de ayudar al pleno empleo, la inclusión de las mujeres en el mercado laboral, fomentar la transparencia y la ética empresarial, así como promover el desarrollo nacional sostenible y la innovación. El Estado, como se discutió, con poder adquisitivo gubernamental, puede estructurar la licitación de manera que provoque la creación de nuevos mercados de oferta, incluyendo productos ecoeficientes según el ciclo de vida del producto.

La gobernanza, a su vez, designa el conjunto de mecanismos utilizados para mejorar y monitorear la gestión. Por lo tanto, debe haber una planificación estratégica de las compras públicas para que se cierren negocios con parámetros de integridad. Desde esta perspectiva, hay que celebrar tanto el programa de integridad previsto en la Ley Anticorrupción Empresarial, como se ve, siendo su presencia un factor atenuante de sanciones, como las cuatro hipótesis extraídas de la Nueva Ley de Licitaciones y Contratos (Ley No. 14.133/2021) que involucra un programa de integridad.

En primer lugar, se vuelve obligatoria la implementación de un programa de integridad para las contrataciones a gran escala, según el artículo 25, párrafo 4, de la Ley n° 14.133/2021; Posteriormente, la existencia del programa de integridad es el cuarto criterio de desempate en la competición, de conformidad con el apartado IV del artículo 60 de la Ley N° 14.133; en tercer lugar, también está la mitigación de sanciones para los contratistas que cuenten con un programa de integridad; y, finalmente, es requisito previo a la rehabilitación de las sanciones por presentación de documentos falsos y la aplicación del artículo 5.° de la Ley Anticorrupción de Empresas.

La gobernanza en las contrataciones públicas es una actividad que induce a una mayor integridad en la ejecución de los negocios con la Administración Pública, que no se limita al mero control represivo y sancionador, sino que requiere actitudes preventivas y estimulantes hacia comportamientos organizacionales éticos. Significa, por tanto, en apoyo a la disciplina constante del artículo 56 del Decreto N° 11.129/2022, que el programa de integridad tiene como alcance tanto la prevención, detección y saneamiento de desviaciones, fraudes e irregularidades frente a la Administración Pública, pero particularmente el objetivo de incentivar el mantenimiento de una cultura de integridad en el entorno organizacional.

7. Referencias

- Azevedo Pereira, Ana Flavia, Castro Carvalho, André y De Freitas Girón, Vinicius, *Cultura Organizacional em Compliance*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.
- Bonilha Curi, Fabio Martins, *Sanção premial no Brasil: estudos da função promocional do Direito na atividade negocial*, São Paulo, Dialética, 2022.
- Mazzucato, Mariana, *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público v. setor privado*, São Paulo, Portfolio-Penguin, 2014.
- Nohara, Irene Patricia, “Inovação na nova lei de licitação: diretriz e potencial de modernização pelo Estado”, *Revista de Direito Brasileira*, vol. 31, 2022.
- , “Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento -faceta extracontratual das licitações”, *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, año 4, núm. 6, septiembre – febrero 2015.
- ONU Mulheres Brasil, Rede do Pacto Global, *Princípios de empoderamento das mulheres*, 2017. Disponible en: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha_ONU_Mulheres_Nov2017_digital.pdf.
- Schumpeter, Hoseph Alois, *A teoria do desenvolvimento econômico*, São Paulo, Nova Cultural, 1997.
- Zanella Di Pietro, Marya Sylvia, Marrara, Thiago, *Lei Anticorrupção Comentada*, Belo Horizonte, Fórum, 2021.
- Zimmer Júnior, Aloíso, y Nohara, Irene Patricia Diom, *Compliance Anticorrupção e das Contratações Públicas*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

