

DDF - Beca de investigación previa a la litigación sobre la libertad de pensamiento 2019-20

Informe externo - Hallazgos, análisis legal y próximos pasos

Este documento recoge las principales conclusiones y análisis jurídicos derivados de una beca de investigación previa a la litigación del *Digital Freedom Fund* para explorar las formas en que los derechos a la libertad de pensamiento y/u opinión podrían influir en los litigios en el ámbito de los derechos digitales.

Introducción al Derecho a la Libertad de Pensamiento

La investigación se centró en el potencial de la tecnología para interferir con nuestro derecho a la libertad de pensamiento, protegido en los instrumentos de derecho internacional, incluidos [el artículo 10](#) de la Carta de la UE, [el artículo 9](#) del CEDH y [el artículo 18](#) del PIDCP, y en la forma en que estos derechos podrían reforzar los argumentos sobre los derechos digitales y el análisis jurídico al respecto.

Según estos instrumentos, muchos derechos, como el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de expresión, pueden limitarse en determinadas circunstancias para proteger los derechos de otros o en interés del orden público.

Por otro lado, el derecho a la libertad de pensamiento¹ es absoluto en virtud de la legislación internacional en el ámbito de los derechos humanos. Esto significa que cuando se ha producido una interferencia con nuestro derecho a la libertad de pensamiento, en relación con los pensamientos y sentimientos que experimentamos en nuestro mundo interior, tal interferencia nunca puede justificarse. Es decir, que el derecho a la libertad de pensamiento podría proporcionar una capa adicional de protección jurídica que podría ser más fuerte que la proporcionada por el derecho limitado a la vida privada en la legislación sobre derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de este fuerte nivel de protección basado en los tratados, el derecho a la libertad de pensamiento rara vez ha sido invocado en los tribunales. Muchos estudiosos y comentaristas jurídicos han asumido que esto se debe a que, de hecho, ninguna persona o gobierno podría jamás entrar [en nuestras mentes](#).

Pero el escándalo de [Cambridge Analytica](#) y el uso de AdTech y de microobjetivos de comportamiento para producir perfiles psicológicos individuales de los usuarios, de modo que puedan ser [objetivo](#) de anuncios adaptados que presionen sus botones psicológicos únicos, indica que la suposición de que nadie podría interferir nunca con nuestras mentes era obsoleta.

Hay tres pilares fundamentales en el derecho a la libertad de pensamiento:

- El derecho a mantener nuestros pensamientos en privado.
- El derecho a que no se manipulen nuestros pensamientos.
- El derecho a no ser castigado por nuestros pensamientos.

¹ Para un análisis más profundo ver Susie Alegre ["Repensando la libertad de pensamiento en el siglo XXI"](#). EHRLR 2017

Los tres son potencialmente relevantes en la era digital, donde el procesamiento algorítmico de los Big Data se basa en el perfil y la comprensión de los procesos de pensamiento de los individuos en tiempo real con el fin de dirigirse a ellos con publicidad y otros contenidos adaptados.

La obtención de perfiles busca inferir cómo pensamos y sentimos en tiempo real, basándose en grandes franjas de datos, incluyendo nuestra actividad en línea. La investigación sobre Facebook afirmó que la plataforma de medios sociales podría conocerte [mejor que tu](#) familia basándose en la interpretación de tus "gustos". Así, la interpretación de tu actividad en las redes sociales da una visión única de tu mente.

En otro experimento, los investigadores mostraron que la alteración del orden de los feeds de Facebook [podría manipular el humor de los](#) usuarios. La forma personalizada en que se nos da la información podría cambiar nuestra forma de pensar y sentir de una manera muy real.

Pero no es sólo el seguimiento y la manipulación de nuestros pensamientos y sentimientos lo que preocupa. La forma en que esa información podría ser usada en nuestra contra es igualmente preocupante. Las inferencias sobre nuestras personalidades y estados de ánimo extraídas de grandes datos pueden constituir la base de decisiones que cambiarán fundamentalmente nuestras posibilidades de vida, ya sea en la limitación del [acceso](#) a los servicios financieros, los [procesos de contratación automatizados](#) o las [evaluaciones de riesgos](#) en el sistema de justicia penal.

Estos tres aspectos del derecho a la libertad de pensamiento podrían dar lugar a un desafío legal. En la mayoría de los casos, no debería ser necesario demostrar que se ha accedido efectivamente a los procesos de pensamiento de una persona o que los pensamientos han sido manipulados. El hecho de que un servicio o proceso esté diseñado para hacer inferencias sobre el estado mental interno de un individuo y/o para afectar el comportamiento futuro de una manera individualizada debería proporcionar una base suficiente para impugnar su legalidad a la luz del derecho a la libertad de pensamiento. Esto es particularmente pertinente en los desafíos que plantean cuestiones relacionadas con las obligaciones positivas y negativas del Estado de proteger y respetar los derechos humanos.

Posibles patrones de hechos

Los tres aspectos del derecho a la libertad de pensamiento son pertinentes para una amplia gama de servicios o prácticas, incluidos muchos que se encuentran actualmente en las primeras etapas de investigación o desarrollo o cuyo despliegue todavía no está claro. Se destacan varias esferas en las que podrían ser útiles los argumentos jurídicos que utilizan el derecho a la libertad de pensamiento, como por ejemplo:

- Justicia Penal
 - o Detectores de mentiras
 - o Vigilancia predictiva basada en evaluaciones de riesgo individuales
 - o Evaluaciones del riesgo algorítmico para la condena o la libertad condicional
- Seguridad y control de fronteras
 - o Tecnología de reconocimiento facial o análisis de la voz o de la marcha que incluye el análisis del estado de ánimo
 - o Evaluaciones de riesgo automatizadas basadas en amplias categorías de datos para inferir un estado mental o las opiniones de un individuo
- Seguridad Social
 - o Inferencias sobre el riesgo de fraude basadas en perfiles individuales (por ejemplo, [SyRI](#))
- EdTech

- Monitoreo y análisis de los datos de los niños para hacer inferencias sobre sus pensamientos y sentimientos
- AdTech y Social Media
 - Pujas en tiempo real y publicidad dirigida basada en inferencias sobre el estado mental de un individuo, diseñada para influir subrepticamente en los pensamientos o el comportamiento de una persona
 - La personalización y manipulación de los medios de comunicación social que afectan a la salud mental o manipulan las opiniones políticas o de otro tipo
 - “Micro-targeting” de comportamiento político
 - Anuncios de juegos de azar dirigidos a través de aplicaciones para niños
 - Algoritmos de recomendación

Los argumentos relativos al derecho a la libertad de pensamiento o a la libertad de opinión en los litigios sobre estas cuestiones podrían utilizarse para reforzar los argumentos basados en la privacidad, la protección de datos o la ley de igualdad. También pueden ser un instrumento interpretativo útil para la reglamentación y la legislación pertinentes.

Posibles vías para el litigio estratégico

Los argumentos jurídicos basados en el derecho a la libertad de pensamiento pueden presentarse solos o junto con argumentos más familiares sobre la privacidad y la protección de datos. Como se trata de argumentos novedosos, puede ser más fácil utilizarlos para reforzar la protección de datos y la presentación de la privacidad que como un argumento aislado.

- *Normativa Europea, en particular el RGPD (Reglamento General de Protección de Datos)*

En la mayoría de las jurisdicciones de la Unión Europea, incluidas Irlanda y España, estos derechos pueden incluirse en las presentaciones a las autoridades de supervisión para aclarar la interpretación correcta del RGPD a la luz de todos los derechos contenidos en la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea. El derecho a la libertad de pensamiento, el derecho a la libertad de opinión y el derecho a la integridad mental son todos pertinentes para la interpretación del RGPD. La inclusión de estos argumentos en las presentaciones a las autoridades supervisoras es la forma más directa de comenzar a plantear estos argumentos con repercusiones limitadas en los costos. También pueden plantearse en los litigios relacionados con el RGPD en los tribunales. Cuando la interpretación del RGPD a la luz de la Carta esté en litigio, esto podría dar lugar a una remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de una corte o tribunal nacional para una aclaración definitiva sobre la interpretación correcta.

- *El CEDH y la legislación nacional en derechos humanos*

Los argumentos sobre la libertad de pensamiento también pueden presentarse a través de impugnaciones pertinentes de la legislación nacional en derechos humanos utilizando los derechos del CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que en última instancia pueden llevar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una vez agotados los recursos internos.

En el Reino Unido, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 dispone que "En la medida de lo posible, la legislación primaria y subordinada debe ser leída y aplicada de manera compatible con los derechos de la Convención". Por consiguiente, la legislación nacional, como la Ley de protección de datos de 2019, debe interpretarse de manera compatible con los derechos a la libertad de pensamiento y la libertad de opinión del CEDH. El artículo 6 de la Ley de derechos humanos de 1998 también establece que es ilegal que una autoridad pública actúe de

manera incompatible con los derechos de una persona en virtud del CEDH. En los casos en que la actividad o decisión denunciada sea realizada por una autoridad pública, la violación del derecho a la libertad de pensamiento y/o la libertad de opinión, tal como figura en el CEDH, podría constituir la base de una impugnación jurídica mediante una revisión judicial.

Análogamente, en Irlanda, el artículo 2 de la Ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2003 incluye disposiciones similares sobre la interpretación de la ley de conformidad con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el párrafo 1 del artículo 3 dispone que "Con sujeción a cualquier disposición legal (distinta de la presente ley) o al estado de derecho, todo órgano del Estado desempeñará sus funciones de manera compatible con las obligaciones del Estado en virtud de las disposiciones del Convenio".

La Constitución española consagra la "libertad ideológica" en su artículo 16, y el apartado 2 del artículo 10 establece que estos derechos deben interpretarse en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, incluidos el CEDH y el PIDCP. Por lo tanto, el artículo 16 podría utilizarse para presentar recursos de inconstitucionalidad basados en el derecho a la libertad de pensamiento y/o el derecho a la libertad de opinión tal y como se definen en la legislación internacional de derechos humanos, incluidos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y el CEDH.

La libertad de pensamiento, la integridad mental y los datos de salud mental

Las posibilidades de utilizar argumentos relacionados con la libertad de pensamiento en el espacio de los derechos digitales son amplias. En el ámbito de este proyecto, para demostrar cómo esto podría ser útil en un caso concreto, el análisis jurídico se centró en la cuestión específica de los datos de salud mental con un dictamen jurídico detallado destinado a complementar las presentaciones a las autoridades de supervisión o los tribunales sobre la interpretación y aplicación del RGPD.

El año 2020 ha puesto de relieve muchos aspectos de nuestras vidas como individuos y sociedades. El Covid 19 no sólo ha sido una amenaza para la salud física, sino que también ha creado una pandemia de salud mental en la sombra. Con los confinamientos que han limitado por todo el mundo el contacto cara a cara, para muchas personas, la única manera de obtener ayuda o apoyo para su salud mental ha sido la comunicación en línea.

La accesibilidad de los servicios de salud mental es vital. Pero tal y como reveló el informe de *Privacy International* de 2019 "[Su salud mental en venta](#)", los servicios de salud mental en línea se ofrecen a un coste alto, pero de forma oculta. Se observó que el 97,78% de los sitios web analizados compartían los datos de los visitantes con terceros –incluyendo, en algunos casos, las respuestas a los cuestionarios de autoevaluación– principalmente con fines publicitarios, incluida la publicidad dirigida.

A comienzos de este año, *Privacy International* presentó una [denuncia](#) contra el sitio web Doctissimo.fr ante la autoridad francesa de protección de datos (la CNIL) sobre los problemas de privacidad y protección de datos que plantean estas prácticas. Pero el intercambio de datos de salud mental con el fin de la publicidad dirigida también compromete otros derechos humanos, incluyendo el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la integridad mental.

Basándome en la investigación de *Privacy International*, gracias a esta subvención del [Digital Freedom Fund](#), exploré las formas en que el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la

integridad mental podrían utilizarse para reforzar las protecciones legales en torno al uso de datos de salud mental en un contexto comercial, y lo publiqué como [Opinión Legal](#) o dictamen jurídico.

El derecho a la libertad de pensamiento en el "*foro interno*" es absoluto. Esto significa que el nivel de protección que ofrece el derecho puede ser superior al que ofrecen derechos como el derecho a la vida privada, que permiten limitaciones proporcionadas del derecho. Si se determina que las prácticas reveladas en el informe de *Privacy International* violan el derecho a la libertad de pensamiento en el "*foro interno*", nunca podrían justificarse ni ajustarse a la legislación de la Unión Europea.

El derecho a la integridad mental incluye el requisito del "consentimiento libre e informado" en los campos de la medicina y la biología. La prohibición de utilizar partes del cuerpo con fines lucrativos en los campos de la medicina y la biología también puede ser pertinente en lo que respecta a la forma en que pueden utilizarse los datos sobre salud mental.

En el dictamen jurídico adjunto al presente informe se examina en detalle la forma en que esos derechos pueden utilizarse en la interpretación del RGPD y otros instrumentos de la UE que ofrecen protecciones pertinentes. Las cuestiones concretas que aborda el dictamen son

- a. ¿Cómo podrían los derechos a la libertad de pensamiento y/o la integridad mental de la Carta de la UE ser pertinentes para la interpretación de la legislación de la UE sobre protección de datos en este contexto?
- b. ¿Cómo se basa la interpretación de estos derechos de la Carta de la UE en los derechos paralelos del CEDH y el PIDCP?
- c. ¿Existen otros aspectos de la legislación europea que ayuden a interpretar los parámetros de los derechos a la libertad de pensamiento y la integridad mental en relación con la publicidad dirigida basada en los datos compartidos de los sitios web sobre salud mental?

Próximos pasos

Gran parte de este análisis es pertinente, de manera más general, para la interpretación del RGPD a la luz de los derechos de la Carta de la UE y, por lo tanto, es pertinente para los litigios sobre otros temas, así como los hechos destacados en el Informe de *Privacy Internacional*.

Estaré encantada de tratar más a fondo cómo se puede desarrollar y aplicar todo esto a posibles litigios, defensas o implementación de políticas. No dude en contactar conmigo si así lo desea.

Para detalles de contacto, más información y materiales sobre el derecho a la libertad de pensamiento en la era digital puede dirigirse a [mi sitio web](#) o a la página web de [Doughty Street Chambers](#).

Susie Alegre

Enero de 2021

This report is published under a [CC BY-SA 4.0](#) license.