



DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL

*Las redes sociales, la privacidad y la intimidad
como fenómenos socio-jurídico problemáticos.*

GERLERO-LEZCANO-LICEDA

MARIO S. GERLERO
JOSÉ MARÍA LEZCANO
ERNESTO LICEDA

(comp.)

LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL

Las redes sociales, la privacidad y la intimidad como fenómenos socio-jurídico problemáticos.

*A nuestras familias,
a nuestros amigos de siempre,
a nuestros maestros.*

*A Noemí Olivera
con todo nuestro reconocimiento.*

Autores de la Compilación

Mario S. Gerlero

Doctor de la Universidad de Buenos Aires en el área de la Sociología Jurídica; Pos-Doctor en Sociología Jurídica (UBA); Abogado (UNC) y Especialista en Sociología Jurídica y de las Instituciones (UBA); Profesor Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor de diferentes cursos de Postgrado en la UNLP y en la UBA. Director de Equipos de Investigación en los Programas SECyT-UNLP y SECyT-UBA. Director del Equipo de Investigación “El código Civil y Comercial: antecedentes, alcance y desafíos de la intimidad y privacidad desde los derechos humanos y la sociología jurídica” SCyT-UNLP; Evaluador en los programas de SECyT-UNLP y SECyT-UBA; Co-Coordinador de Evaluadores en FONCYT-CONICET. Director del Instituto GECSI-UNLP (Grupo de Estudios e la Complejidad en la Sociedad de la Información); mario_gerlero@yahoo.com.ar

José María Lezcano

Abogado; Adjunto Regular de “Teoría del Conflicto”; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP; es además docente de “Introducción a la Sociología” Cátedra II y de “Sociología Jurídica” Cátedra II ambas materias de la Carrera de Derecho; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP. Está a cargo de la Co-coordinación de los seminarios de Investigación “Derecho Informático”; Derecho a la información y protección de datos personales” UNLP; Miembro integrante del Equipo de Investigación “El código Civil y Comercial: antecedentes, alcance y desafíos de la intimidad y privacidad desde los derechos humanos y la sociología jurídica” SCyT-UNLP; Forma parte del Instituto GECSI-UNLP (Grupo de Estudios e la Complejidad en la Sociedad de la Información); josemlezcano@gmail.com

Ernesto Liceda

Abogado; Co-coordinación de los Seminarios de Investigación: “Cyber-Crimen”; “Derecho Informático”; “Derecho a la información y protección de datos personales”, “Reforma del Código Penal”, “La problemática de los abusos sexuales: una mirada antropológica y el abordaje trans-disciplinario” todos dictados en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; docente de “Introducción a la Sociología” Cátedra II; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP; Miembro integrante del Equipo de Investigación “El código Civil y Comercial: antecedentes, alcance y desafíos de la intimidad y privacidad desde los derechos humanos y la sociología jurídica” SCyT-UNLP; Forma parte del Instituto GECSI-UNLP (Grupo de Estudios e la Complejidad en la Sociedad de la Información); eliceda@gmail.com

Índice

Agradecimientos

Presentación

Capítulo 1

Las redes sociales: los riesgos y conflictos socio-jurídicos

Por Mario S. Gerlero

1. Cambios sociales y el campo jurídico
2. Las redes sociales y las disfunciones para el Estado de Derecho
 - 2.1. El costo anti-institucional de la tecnología de la información y el control
 - 2.2. Las Instituciones Jurídicas en la globalización incierta
3. El riesgo y la inseguridad social en los tiempos de las redes sociales
 - 3.1. Los distintos tipos de riesgos y las nuevas amenazas
 - 3.2. La acentuación de la información y la comunicación en la vida cotidiana
 - 3.3. La bisagra cultural, la calidad de vida y el impacto en las Instituciones Jurídicas
4. La sobre-saturación de datos y del consumo
5. La calidad de las Instituciones Jurídicas
6. De la “Tecnología de la Información y la Comunicación” a la “Tecnología de la Información y el Control”
7. Bibliografía

Capítulo 2

Las transformaciones socio-tecnológicas-culturales

Por José María Lezcano y Ernesto Liceda

1. Redes Sociales y las dificultades de respuestas del marco jurídico
2. Cambios sociales en el rol y las funciones de las redes sociales
3. Tecnologías de la Información y la Comunicación
4. La mirada de la ciencia sobre las TICs y el Derecho Informático
 - 4.1. Las teorías instrumentales
 - 4.2. Las teorías sustantivas
 - 4.3. Las teorías críticas
5. Marco Jurídico: enredos, contradicciones y “parches”
6. El surgimiento del Derecho Informático
7. Bibliografía

Capítulo 3

Aproximación Legal de la Privacidad en Argentina

Por Ernesto Liceda y José María Lezcano

1. Democracia y cambios jurídicos
2. El significado de “intimo/privado”
3. El marco normativo nacional

- 3.1. El Constitucionalismo Liberal
- 3.2. La Constitución Nacional Argentina de 1853/60
- 3.3. El Código Civil Argentino de Velez Sarfiel y el Código Penal de 19..
- 3.4. La Ley 21.173 y la incorporación del artículo 1071 bis al Código Civil Argentino
- 3.5. La Reforma Constitucional de 1994
4. Bibliografía

Capítulo 4

Los Derechos Humanos y las Obligaciones de los Estados sobre “la Privacidad”

Por Roberto Bugallo, Ernesto Liceda y José María Lezcano

1. El compromiso de los Estados
2. La Convención Interamericana de Derechos Humanos
3. La aplicación de la Convención Americana
4. La Organización de las Naciones Unidas
- 4.1. Las resoluciones sobre derechos humanos en Internet
- 4.2. La Resolución de las Naciones Unidas sobre la Privacidad en la era digital
5. La Organización de Estados Americanos
- 5.1. La Libertad de Expresión e Internet
- 5.2. Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y Protección de datos personales
6. Bibliografía

Capítulo 5

El Código Civil y Comercial Argentino y la protección de los Derechos Humanos

Por José María Lezcan, Ernesto Liceda y Roberto Bugallo

1. La Jurisdicción Nacional: antecedentes
2. De la Constitución Nacional, sus interpretaciones y el control de constitucionalidad
- 2.1. La supremacía constitucional
- 2.2. Los progresos o avances jurisprudenciales en la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- 2.3. La consolidación y la precisión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
3. Importancia del nuevo Código Civil y Comercial
4. Fuentes e interpretaciones en el Código Civil y Comercial
5. Bibliografía

Capítulo 6

Intimidad y Privacidad en l Código Civil y Comercial Argentino

Por José María Lezcano, Ernesto Liceda y Mario S. Gelero

1. La persona y sus acciones: consideraciones previas a la intimidad y privacidad
2. Persona e identidad
3. Algunas construcciones teóricas sobre la Intimidad/Privacidad
4. “Privacy” o el derecho a “ser dejado solo”

5. La reserva de las relaciones o la “Teoría de las Esferas”
6. Las acciones vulnerables o la “Taxonomía de Solove”
7. La Persona en el Código Civil y Comercial
8. Bibliografía

Capítulo 7

Los datos sobre la persona y su dignidad: la importancia de la identidad digital

Por Ernesto Liceda y José María Lezcano

1. La importancia de los datos personales
2. La identidad en el Código Civil y Comercial
3. Los datos personales
 - 3.1. Clasificación de los datos
 - i. Datos atribuidos por el Estado
 - ii. Datos biológicos
 - iii. Datos históricos y socio-culturales
 - iv. Datos generados por la persona
4. La Dignidad: diferentes situaciones
 - 4.1. Categoría “general”
 - 4.2. Categoría “común”
 - 4.3. Categoría “individual”
5. La identidad digital
 - 5.1. La imagen
 - 4.2. La reputación
 - 4.3. Los perfiles
 - 4.4. El uso de los datos
5. La Identidad Apócrifa
6. Bibliografía

Capítulo 8

La prueba y la dignidad en entornos digitales

Por Ernesto Liceda

1. La prueba digital
2. ¿Cómo obtener evidencia digital y trabajar sobre ella?
3. Distintas pruebas digitales
4. La prueba digital en el Proceso Penal y en el Civil y Comercial.
5. ¿Cómo agregar una prueba al expediente?
6. Bibliografía

Capítulo 9

Jurisprudencia sobre jurisdicción y competencia. Medidas Cautelares

Por José María Lezcano

1. La cuestión de la competencia y la jurisdicción

- 1.2. Evolución jurisprudencial
- 1.2. El Fallo del Tribunal de Justicia Europeo
2. Medidas Cautelares
- 2.1. Buscadores
- 2.2. Sitios de Redes Sociales
3. Bibliografía

Agradecimientos

El análisis de las Instituciones Jurídicas (en especial del marco normativo formal) a partir del impacto de las redes sociales, en esta compilación, es producto de un arduo trabajo en equipo de estudio y de investigación, y de dos momentos en la existencia de nuestro “Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información” (GECSI-UNLP), dos tiempos con dos directores diferentes y con gestiones alternativas pero absolutamente complementarias; el primero momento bajo la dirección de la Prof. Noemí Olivera y el segundo a cargo del Prof. Mario S. Gerlero. En ambos momentos se instala, se consolida y se pretende la expansión del estudio de las TICs en el área de la formación jurídica de Grado y de Post-Grado. Es así que este libro es producto de la interacción e integración de esos dos momentos, de la interacción con los colaboradores de la Institución y de la reflexión a partir de dos trabajos de investigación claves previos al momento de este texto: “Redes Sociales: El Entramado social en los entornos digitales” a cargo de la Prof. Claudia Tello y “El Código Civil y Comercial: antecedentes, alcances y desafíos de la intimidad y privacidad desde los Derechos Humanos y la Sociología Jurídica” a cargo del Prof. Mario S. Gerlero.

De manera que esta obra es fruto de una reflexión -que tiene el propósito de consolidar esta área temática en los estudios del campo jurídico- que surge de numerosas actividades de grado, de seminarios de investigación, del postgrado y de los integrantes que nutrieron y nos acompañaron y acompañan en la actualidad por la senda del trabajo de campo, imposible de soslayar en el contexto que vive el campo jurídico.

Esta labor trabajo no hubiera sido posible sin la indispensable colaboración de dos miembros destacados del equipo del “Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información”: la Prof. Claudia Tello (Vice-directora del GECSI-UNLP) y el Prof. Roberto Bugallo; dos colegas y amigos entrañables que con su dedicación y precisión, en su contribución, hacen que todo proyecto arribe a buen puerto. De manera específica y en referencia al Prof. Bugallo le estamos muy agradecidos por contribuir –como invitado- con sus textos a la presente compilación, su mirada desde el Derecho Público y en especial desde los Derechos Humanos, esto hace que todo trabajo sea más exhaustivo y completo.

Es importante mencionar a los numerosos docentes y estudiantes que pasan por la mencionada Institución contribuyendo de diferentes formas a la consolidación de la misma, participando de cada actividad y realizando aportes fundamentales.

Queremos agradecer, de manera especial, a las distintas autoridades de nuestra Facultad por facilitarnos el espacio y el permitirnos trabajar con total autonomía y libertad.

En cada gestión de la administración de nuestra Facultad contamos con el total respaldo para abordar la problemática que nos une para profundizarla y para hacerla extensiva a los estudiantes de nuestra casa. En especial es necesario remarcar el vital aporte del programa de Investigación de la Universidad Nacional de La Plata para dar lugar a las reflexiones como las que en este texto se publican; programa que hace posible el desarrollo y la consolidación de nuevas temáticas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y permite la reflexión crítica, creativa y comprometida de numerosos operadores del derecho en un fenómeno social que hoy contribuyen a definir las estructuras socio-jurídicas: las TICs.

Por último, y no porque sea lo menos importante sino tal vez lo fundamental, reconocer todo el trabajo, el compromiso y la motivación de la Prof. Noemí Oliver en su aporte, en la formación y consolidación del GECSI-UNLP; por sus actividades y, en especial, por la conformación del equipo de trabajo; grupo que surgen como alternativa válida para investigar y desarrollar líneas de novedosas en un área poco explorada del campo jurídico. Ella supo advertir esa posibilidad y la ejecuto con total maestría. Hoy todo el trabajo de la nueva gestión en nuestro muy valorado GECSI-UNLP es factible gracias a su visión.

Los autores
La Plata, marzo de 2019.

a verdadera tarea a que deberán hacer frente las distintas autoridades (que en los diversos países están empeñadas en la defensa de la privacy) no será la de asegurarla a los que la solicitan (relativamente pocos sobre el total de la población), sino de hacer que sea considerada un bien precioso por parte de los que entusiásticamente han renunciado a ella.”

*Eco, Humberto
¿Quién quiere defender su privacidad?
Diario La Nación, Junio de 1998*

Presentación

El presente texto es un aporte para contextualizar el reconocimiento y la protección de la privacidad y de la intimidad de las personas que forman parte de derechos fundamentales, en el entorno digital, que hoy los estados se comprometen a cumplir, hacer cumplir y respetar.

La dificultad, más allá del mencionado compromiso está en alcanzar la efectividad y la vigencia de los mismos en la vida cotidiana de los sujetos en la sociedad de la información. El abordaje retrospectivo y prospectivo de la privacidad, la intimidad y, como consecuencia, la dignidad de la persona es fundamental para estimar el nivel de efectividad y vigencia jurídica de la nueva legislación y de la política de gestión administrativa dentro de los parámetros de los derechos humanos en el entorno digital.

En ese contexto, la intimidad/privacidad emerge como un multifacético derecho que se compone, según la jurisprudencia argentina por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, políticas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas aceptadas por la comunidad, están reservadas a la persona. Por esta línea, podemos considerar que en éste derecho encontramos la protección sobre el propio cuerpo, la imagen, la voz, los datos biométricos, los datos de geolocalización, así como también el honor, reputación, las comunicaciones no destinadas a ser públicas, entre otras.

La necesidad de ejercer el control sobre la información personal que circula por diferentes registros, ha llevado a desarrollar la doctrina de la autodeterminación informativa, como derecho derivado de la intimidad/privacidad, y cuya expresión procesal se encuentra en el habeas data.

Es por esas razones y por el desarrollo de las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) que se abordan, en el presente texto, las nuevas formas de interacción social que abren nuevos desafíos jurídicos. En este sentido, resulta fundamental la sistematización de un texto que busca indagar cómo se relacionan, se articulan y se condicionan recíprocamente las tecnologías de información y comunicación (las informáticas, Internet, redes móviles, tecnologías digitales) y las regulaciones de nuestras sociedades (leyes, derechos, jurisprudencias, interpretaciones Jurídicas, costumbres y usos la vida cotidiana).

Es en este marco que, debido a la internacionalidad connatural de la red, los problemas jurídicos abarcados comprenden diversas ramas del derecho (Derecho Privado –forma y prueba de los actos jurídicos, contratos, propiedad intelectual-; Derecho Público – regulación de las comunicaciones, cibercrimen- e, incluso, Derechos Humanos -protección de datos, privacidad, libertad de expresión-), que deben ser tenidas en cuenta a partir de los modos de apropiación de las TICs por parte de los diferentes actores/agentes que interactúan en la complejidad de la Sociedad de la Información. Esto pone de relieve el papel decisivo que han jugado y juegan las innovaciones de las técnicas de la información y la comunicación en la configuración y la revolución de nuevos modos generales de cultura. En la actualidad las nuevas modalidades de la cultura digital implican procesos de transformación revolucionarios desencadenados a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC) digitales conduciendo a cambios en la producción cultural y la comunicación equiparables o superadoras de la revolución cultural operada por la escritura.

Así, a través del trabajo realizado en el “Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (GECSI-UNLP)¹ nos proponemos la identificación y

¹ El Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GECSI-UNLP) es un grupo interdisciplinario, dirigido el Dr. Mario S. Gerlero e integrado por docentes-investigadores de la Universidad Nacional de La Plata (Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, de Humanidades y Ciencias de la Educación y de Trabajo Social), así como de la UBA (Facultad de Ingeniería) y la UNS (Departamento de Derecho). También participan activamente noveles graduados y estudiantes avanzados de la Facultad. Entre

análisis de hechos y efectos jurídicos en los que involucra la tecnología, donde se busca reflexionar sobre crisis y construcción de nuevos paradigmas en el campo jurídico. Ello a partir de la legislación como, además de las primeras aproximaciones en la recepción que realiza la jurisprudencia, en particular Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los principios de derechos humanos que construyen el resultado de repensar los derechos a la Privacidad y a la Intimidad que termina siendo sintetizado en la dignidad de la persona, en el marco de una sociedad signada por la aceleración del desarrollo tecnológico, la complejidad y diferentes formas de diversidad (sociales, culturales, económicas, políticas, entre otras).

De manera que el presente texto se centra en la normativa formal y, de manera tangencial, incluye jurisprudencia. La razón de lo expuesto es trasladar a un próximo texto el análisis en profundidad de la vigencia jurídica de la normativa jurídica en los fallos junto, además, con las tensiones prevalecientes en las resoluciones del servicio de justicia; un caso de que se puede mencionar para un posterior trabajo en la posición que garantiza la protección y el cuidado de las personas enfrentada a aquellos fallos que promueven la libertad de expresión facilitando la prestación de servicio de las empresas.

Por lo expuesto el objetivo preferente del presente texto es contribuir con información sistematizada sobre la problemática referida al entorno digital, directa o indirectamente, en el contexto de complejidad que se vive desde las redes sociales en la vida cotidiana y que impacta en cada persona. Este libro tiene en miras ser una herramienta que aporte al operador del derecho tanto en su rol de abogado litigante, asesor, mediador, consejero como, además a los que son miembros del servicio de justicia; y esto último es debido a que la función judicial será más o menos transformadora cuanto más capacidad institucional tengan los integrantes de dicha administración para resolver situaciones de tensión y conflicto novedosas y que se identifiquen con los intereses de los sectores más desprotegidos; son los casos de los nuevos contextos que redefinen los derechos a la privacidad y a la intimidad.

No podemos olvidar que los operadores del derecho (v.g.: abogados litigantes y jueces) producen códigos simbólicos (distintos escritos, demandas, fallos y/o resoluciones, entre otros muchos ejemplos) que en la medida que se desarrollan y se constituyen, forman instituciones y ejercen influencia sobre la estructura social y sus integrantes; estos códigos conquistan una autonomía que les permite estructurar relaciones sociales y resolver las angustias y tensiones de la vida cotidiana. Es aquí donde tiene un rol destacado el texto para el operador de derechos, ya que el mismo es un instrumento de consulta con miras a resolver dichas tensiones y a controlar la situación de angustia que viven los ciudadanos frente a nuevos problemas y fenómenos sociales no previstos, en su momento, normativamente.

La acción de los operadores del derecho frente a un hecho y como buscan resolverlo y argumentar a su favor es otro de los tópicos determinantes que se han tenido presente para la sistematización del presente trabajo. Puede suceder, en diferentes capítulos, que aparezca la interdisciplinar y la aplicación de la investigación social como herramienta para abordar la complejidad de una causa o fenómeno problemático; pero todo es con el fin de tener un acabado mayor de contextualidad para repensar diferentes alternativas frente a la amenaza sobre la persona, la identidad y la dignidad.

Capítulo 1

Las redes sociales: los riesgos y conflictos socio-jurídicos

Por Mario S. Gerlero¹

1. Cambios sociales y el campo jurídico

A medida que los cambios sociales producen y acumulan tensiones se ve cómo se va desarrollando, disconformidad ante el Estado y la forma "clásica" de control y de conocimiento en el área de las ciencias jurídicas. La demanda efectiva de soluciones socio-culturales excede ampliamente la llamada Ciencia del Derecho. Algunas de las condiciones más salientes de esas tensiones han producido actualmente una fractura básica del complejo campo jurídico. En la mayoría de las sociedades con los avances tecnológicos, con realidades "virtuales, con creciente movilidad geográfica y social, con cambios en la estructura de la familia y de la educación, con el surgimiento de condiciones desconocidas en el área de las relaciones contractuales y de trabajo y con la evolución incesante de la estructura organizativa con la aparición de nuevos actores sociales con sus demandas, intereses y necesidades. Es así que la sociedad deja de ser un producto de un pensamiento social "natural" que designa algo que se asemeja a un sistema situado, unido y coherente por encima o detrás de los actores sociales; ya no es más un principio generador de estabilidad abstracto y programado de manera invisible. Puede existir, de manera teórica y empírica como una realidad autónoma en la que los sujetos tienen mucho que decir y ver en su armado debido al constante entramado de relaciones sociales azarosas, caóticas y con arbitraria incertidumbre debido a fluctuantes intereses y expectativas que exceden la "banalidad del control". De esta manera se pone de relieve la distancia que media entre las representaciones y las realidades, entre los más elevados principios y los hechos más insignificantes; y deja al desnudo esa distancia que es en sí una acción útil. (Dubet; 2013:10 y 11.

2. Las redes sociales y las disfunciones para el Estado de Derecho

¹ Doctor de la Universidad de Buenos Aires en el área de la Sociología Jurídica; Pos-Doctor en Sociología Jurídica (UBA); Abogado (UNC) y Especialista en Sociología Jurídica y de las Instituciones (UBA); Profesor Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Director de Equipos de Investigación en los Programas SECyT-UNLP y SECyT-UBA. mario_gerlero@yahoo.com.ar

No hay solo aspectos que se podrán considerar disfuncionales para el Estado de Derecho y para una sociedad que busca fortalecer lazos comunitarios y la inclusión de diferentes sectores sociales; hay respuestas aisladas a la expansión y el poder de las corporaciones y a la concentración de la vigilancia y el control de ciudadano.

El panóptico del que habla Foucault, el Gran Hermano a través del cual el Estado podía gestionar sistemáticamente el control de los ciudadanos puede quedar invertido al posibilitar o facilitar transformarse en el ojo público; no solo vigila y controla, desde el impacto de las redes sociales –en su primer y utópico sentido- puede alcanzar conocer las cloacas del Estado de Derecho al adquirir la capacidad potencial para cuestionar no solo las decisiones, las acciones, los métodos de aquel sino, además, su pretendida y siempre buscada legitimidad. Vigilar, criticar y cuestionar como una nueva variante de los derechos de los ciudadanos podrá dar origen a un nuevo paradigma en los regímenes de visibilidad social-ciudadana: a) obliga a reflexionar sobre la relación entre secreto, transparencia y opacidad en la gestión administrativa del Estado, cuestionar el discurso vacío de una pretendida ética pública, la siempre controversial Razón de Estado y un replanteo de la ciudadanía; b) invita la sociedad civil, a diferentes actores sociales a colaborar para descifrar la vasta cantidad de datos necesarios que requieren ser procesados para revisar la misma gestión del Estado y la de sus aliados en distintas áreas; y c) pone en evidencia –aunque de manera casi excepcional- un cambio radical en la circulación del poder unidireccional donde es ya complicado mantener el secreto de prácticas e información del y para el Estado; esto es des-clasificando archivos, liberalizando la información obtenida a partir de “infiltrarse en las cloacas del Estado”.

2.1. El costo anti-institucional de la tecnología de la información y el control

Aflora una posibilidad real en las Tecnologías de la Información y del “Control”, el costo anti-institucional de las acciones efectuadas a partir del “hackers” con la finalidad de cuestionar el control de la violación de numerosos derechos de los ciudadanos; a partir de estos sujetos y de su actividad se termina por desenmascarar las actividades ilegales de los Estados, descubrir sus decisiones y acciones encubiertas como secretos de estado y el status quo de sus funciones en la vida cotidiana con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001 (el 11/S). Ciertos sujetos y la sociedad civil pueden dejar al descubierto

el sentido formal y limitado de democracia y ciudadanía. Es el momento de la autonomía del juicio y de la acción del sujeto; es el tiempo de la movilización y de la redefinición de la función social de la sociedad civil. Puede ser, además, el momento de la audacia, la insumisión y la dar un nuevo sentido al Estado y a las distintas gestiones administrativas y, claras está, a las Instituciones Jurídicas.

La visibilización de problemáticas indican que se está en presencia de una sociedad compleja de la información y la comunicación, menos consciente de sí, adormecida y como menos interés en la emancipación y en cualquier proyecto o utopía libertaria; una sociedad anestesiada o inconsciente; dónde se incrementa de manera notable las aporías (o paradojas irresolubles) y las contradicciones; predominan las situaciones o circunstancias que son muy difíciles de plantear sintéticamente e imposibles de resolver, donde se carece de una respuesta clara y consensuada frente a cualquier situación problemática; nada es cierto y ni verdadero, pocos hechos pueden ser objetivos; es por esa razón que se instalan las múltiples y variadas narrativas que dan vida a otro tipo de sociedad. Esto es así cuando es complejo determinar los criterios posibles de verdad o falsedad frente a hechos o situaciones; es el momento en que la multiplicidad de discursos no comunica ni informan solo “accionar”; se ponen en movimiento acciones enunciativas que tienen como objeto “producir” actos. Los medios más que informar crean, poniendo en circulación contenidos vaciados de referencias; se construye una base discursiva y visual desde el simulacro, la representación y la apariencia; es de esta manera que se instala y se expande un sinnúmero de “leyendas urbanas”. En esta situación se hace dificultoso ubicar actores con roles y funciones definidas, se produce la ausencia de una orientación orgánica y estructuradora capaz de garantizar un consenso estable. Es la era de las convicciones efímeras, de situaciones precarias, de creencias y reacciones variables y provisionales que potencian las dificultades y la crisis de las Instituciones Jurídicas (ya sean normas jurídicas o prácticas judiciales).

2.2. Las Instituciones Jurídicas en la globalización incierta

En varias oportunidades se relacionó a las Instituciones Jurídicas con el contexto social. Es el momento de hacer referencia de manera específica a las características de ese contexto y a la dinámica de la vida social, en los últimos años se ha acelerado “el proceso de globalización con carácter incierto” y esto se debe a una conjunción de fenómenos: la

organización de grandes empresas en estructuras de redes mundiales (ignorando cada vez más las fronteras nacionales) en el área de la información y la transmisión internacional e instantánea de la misma, el fin de las grandes divisiones o bloques característicos de la “guerra fría”, la toma de conciencia de la opinión pública mundial de que ciertos problemas fundamentales (esencialmente transnacionales: protección del medio ambiente, creciente frustración del consumo y la agudización de problemas económicos, la drogadicción, el narcotráfico, situaciones de corrupción e impunidad, operaciones de prensa o violencia mediática, la aparición y el desarrollo del sida o diferentes problemas identificados con el terrorismo internacional, situaciones de violencia social con características comunes como pueden ser el cyberacoso, el bullying, la pedofilia, el femicidio, los crímenes de odio, entre otros numerosos ejemplos) que no pueden ser resueltos más que parcialmente por cada Estado-Nación. Se habla, desde el derecho y, de manera especial, desde el derecho público, de una sociedad mundial, de una comunidad entre pueblos o de una aldea global con una cultura orgánica, homogénea extendida por la transnacionalización y los desarrollos tecnológicos comunicacionales. Parecería, por lo pronto, que se está frente a una pérdida de la variedad cultural; por todas partes existen elementos que llevan a destacar como fenómeno social a la homogeneidad cultural “incierta” (normas y prácticas compartidas pero con numerosos matices, tonos, graduaciones, entre otras) la supuesta desaparición de la variedad de las modalidades que otorgan la identidad a cada pueblo. Parecería que lo global supera a lo local.

De todos modos frente a esta conjetural realidad, se presenta una nueva relacionada a la diversificación, a la fragmentación y a los conflictos socioculturales. Un mundo globalizado es un mundo sin fronteras, donde importa la centralidad de la persona humana (la conciencia individual de Durkheim) que reemplaza la magnitud del Estado-Nación. Ahora bien esta estructura es vista hoy, además, a través de una serie de determinaciones que se incluyen en las categorías: étnica, género, sexualidad, estratos sociales, nacionalidad, religión; determinaciones que contribuyen a la fragmentación de la sociedad. La globalización puede simbolizar la esperanza de progreso, de la paz, de la posibilidad de un mundo unido y mejor y, al mismo tiempo, representa dependencia, falta de autonomía y amenaza. Es importante rescatar que la cara oscura de la globalización se encuentra identificada con un modelo capitalista que encuentra legitimación en la sociedad colonial

que negaba toda forma de vida preexistente fundado con actos de violencia nuevas estructuras sociales idénticas a las de los países colonizadores. La globalización relacionada con el capitalismo, la mercantilización y la explotación originan y legitiman el racismo, el patriarcado, la desaparición de culturas, el avance de extrativismo y el agronegocio. Desde ese carácter contradictorio de la globalización se remite a su opuesto a la localidad y regionalidad, a las pequeñas comunidades pero también, al nacionalismo agresivo y al racismo.

3. El riesgo y la inseguridad social en los tiempos de las redes sociales

Diferentes autores del área de las ciencias sociales utilizan y han utilizado distintos conceptos para poder analizar y explicar los matices de la compleja realidad, la prevalencia de la disgregación y la complejidad; por lo general abundan características y perfiles con connotaciones negativas sobre las condiciones de vida actual. Las referencias van desde destacar la importancia del “riego”, pasando por la “volatilidad”, lo “efímero”, el “egoísmo y la superficialidad de las personas”, el “consumo” hasta llegar a sintetizar todas estas variantes en la “incertidumbre”.

En sentido comunitario y participativo se desplaza por la inercia misma de la desigualdad que genera la tecnología de la información y comunicación. Estas tecnologías se vienen concentrando en las manos de grandes corporaciones. Todo ideal de Estado identificado con Nación y una legislación homogénea se desplaza invariablemente por la fuerza del uso de redes sociales; hoy ciertos dispositivos, determinadas “app” tienen más prestigio que numerosas Instituciones Sociales y Jurídicas; pero es necesario remarcar que esto trae aparejado un costo: riesgos, incertidumbre, volatilidad, superficialidad, consumismo, manipulación a partir de relatos y fabulas que simplifican realidades que de por si se definen por el alto nivel de complejidad; parecería que actores sociales y comunidades perdieron la paciencia para hacer el esfuerzo de comprender el sentido de determinadas situaciones y se rinden a relatos superficiales y digeribles.

3.1. Los distintos tipos de riesgos y las nuevas amenazas

Esto es –desde sectores hegemónicos - el fomentar, promover e impulsar la desconfianza y la incertidumbre entre los sujetos, en especial entre los ciudadanos. La idea de la “sociedad

del riesgo global” tiene tres vertientes en los textos de Ulrich Beck (1944-2015) los referidos a situaciones climatológicas, terrorismos y el capitalismo global; siguiendo al autor arriba citado en los tres casos se supone que los riesgos son calculados pero en la práctica hay numerosos ejemplos de que eso no es del todo veraz. El riesgo no se puede calcular. No hay consenso, hay manipulación; se está en presencia de un individuo separado de la idea de bien común, porque este sujeto lo cuestiona, lo pone en crisis. Se sobrepone desde la definición o re definición de su individualidad, buscando recursos y soluciones desde esa individualidad para enfrentar problemas producidos socialmente.

Este variante del tipo de sociedad analizado se define por la amenaza constante que genera el aislamiento del sujeto (aislamiento físico y mental para buscar un tipo de protección) en el medio de la globalización como último recurso para solucionar situaciones problemáticas. Este sujeto se encuentra sitiado y situado solo por la hiper información que es segmentada, parcializada, muchas veces determinada por la actividad de los “troll” (o agitador “full time”) y la búsqueda permanente de troller (o alteración del sentido inicial de cualquier tema) con el fin de perturbar la atención hacia un lado buscado o promovido por sectores hegemónicas. De manera que el sujeto se encuentra aislado de la realidad y sumergido en un contexto de superficialidad, simplificaciones, distracciones, especulaciones, donde queda lugar para meras especulaciones y conclusiones tomadas con ligereza .

El sujeto, que suele limitarse a ser un mero espectador de lo que sucede, está poco comprometido con los hechos que son considerados efímeros, ajenos, transitorios, sin implicancia en la vida cotidiana de cada uno de las personas.

Es así que en este contexto Zygmunt Bauman (1925-2017) rescata la categoría de identidades y relaciones sociedad “liquidas” frágiles y viviendo un constante estado de desgarró; esas identidades son volátiles, sin valores demasiado sólidos, en la que la incertidumbre por la vertiginosa rapidez de los cambios ha debilitado los vínculos humanos. Lo que en décadas anteriores eran nexos potentes ahora se han convertido en lazos provisionales y frágiles. Desaparece la idea de una solidaridad y un consenso “denso” y la cooperación llega a ser una quimera. Ser flexible e individualistas son dos virtudes que la definen. Todo es transitorio, todo fluye, implica todo lo contrario de lo solido:

desregulaciones, flexibilización y fragilidad. Es una sociedad sin certezas, conformadas de incertidumbre.

3.2. La acentuación de la información y la comunicación en la vida cotidiana

Hoy cada uno de los actores que conforman las sociedades se mueven en sistemas altamente conectados. Por lejano que parezca un acontecimiento, acabará por influir en la vida de cada uno de los sujetos puesto que todos están conectados por fragmentas cadenas de influencia. No importa si se trata de hechos conocidos o no; de todas formas ejercerán su efecto irremediamente. No entender esto supone no comprender la sociedad en la que se vive. Las redes –en la información y en la comunicación- son los elementos centrales de las sociedades actuales.

La relevancia y complejidad de las formas de comunicación y de acceso a la información que han llevado a esta denominación, grafican su impacto en distintas dimensiones de lo social, incluida y especialmente la cuestión de la intimidad y privacidad en las personas. Esto se debe a que la creación, distribución y manipulación de la información que proveen las Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC), impactan en prácticas sociales, culturales, políticas incluyendo, en consecuencia, el campo jurídico que nos ocupa. Es un periodo histórico caracterizado por una revolución tecnológica. Dicha revolución se centra en las tecnologías digitales de información y comunicación, concomitante, pero no causante, con la aparición de una estructura social en red; pero información, comunicación y red influyendo y definiendo cada ámbito de la vida y la actividad humana. Implica un proceso de transformación multidimensional que es a la vez incluyente y excluyente en función de los valores e intereses dominantes en cada proceso, en cada país y en cada organización social.

El término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten a la vez en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este nuevo período histórico; esto lleva a nuevas formas de estratificación y de dominación. Esta nueva fuente de productividad estriba en la tecnología de la generación del conocimiento, en el procesamiento de la información y en la comunicación de símbolos. Sin duda, el conocimiento y la información son elementos

decisivos en todos los modos de desarrollo ya que el proceso de producción siempre se basa sobre cierto grado de conocimiento y en el procesamiento de la información. El concepto de "sociedad de la información", nacido bajo los preceptos de la globalización neoliberal, sobreentiende que, en adelante, serán las "revoluciones tecnológicas", las que determinen el rumbo del desarrollo; los conflictos sociales serían cosa del pasado.

El concepto de "sociedad de la información", como construcción política e ideológica, se ha desarrollado de la mano de la globalización neoliberal, cuya principal meta ha sido acelerar la instauración de un mercado mundial abierto y "autoregulado". Política que ha contado con la estrecha colaboración de organismos multilaterales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, para que los países débiles abandonen las regulaciones nacionales o medidas proteccionistas que "desalentarían" la inversión; todo ello con el conocido resultado de la escandalosa profundización de las brechas entre ricos y pobres en el mundo. Por su parte, autores como Mattelart (2001), desde una perspectiva crítica, plantean que la sociedad global de la información se ha convertido en un reto geopolítico y el discurso que la envuelve es una doctrina más política que teórica, sobre las nuevas formas de hegemonía ya que la ideología de origen de la sociedad de la información impulsada desde países capitalistas centrales, no es otra que la del mercado, así como un refinamiento de las estrategias de control y vigilancia hoy identificadas con el pos-colonialismo.

3.3. La bisagra cultural, la calidad de vida y el impacto en las Instituciones Jurídicas

La eclosión de la experiencia informática produce una bisagra cultural con efecto en el mercado, la política, el arte, la guerra entre otros numerosos ejemplos. En las últimas décadas los hábitos, costumbres, formas de socialización, acción política y todo un espectro que comprende el entramado socio-cultural es afectado y transformado merced a la digitalización. Una década atrás los sitios web eran conductores de la actividad social, hoy esos sitios definen la interacción social y el funcionamiento del complejo entramado de relaciones sociales.

La calidad de vida no es fácil de definir, consiste en una apreciación de que una situación, hecho o cosa es mejor que otra; depende de quién hace la apreciación y en las variaciones con el transcurso del tiempo. Implica además encontrar y lograr experiencias provechosas y

beneficiosas –en cooperación- sobre la forma de vida, el logro de metas, la satisfacer intereses y necesidades. Exige una mayor disposición, compromiso e implicación de numerosos sujetos y actores sociales; de todos aquellos que los diseñan, adquieren sus componentes, producen, suministran, están en contacto o interactúan con el ciudadano.

Las personas buscan –en la vida comunitaria y social- una continua superación y satisfacción de sus intereses y necesidades, estas suelen ser sus metas personales y como agrupamiento, donde suelen asumir distintos matices utilizando diferentes medios para lograr dicha superación y satisfacción; esto es observable y cuantificable; es una constante que está presente en la búsqueda personal y en la participación en distintas redes de relaciones. De todos modos los límites al crecimiento continuado originan la controversia entre aspiraciones personales, el desarrollo, los fenómenos sociales, culturales, políticos, económicos y medio ambientales. Queda claro que si bien persisten antiguas necesidades y pretéritas motivaciones, aparecen otros nuevos productos de la misma dinámica social. Nuevas necesidades, nuevos valores y nuevas formas de vida que deberían ser acompañadas por la creación y la reconversión procesos de gestión administrativa y ser priorizadas por las agendas de gobierno.

Es así que calidad de vida pasa a ser una variable para medir el impacto de la aplicación de las TICs. Según Julio Alguacil Gómez (Madrid, 1997) la calidad de vida se transforma en un constructo social relativamente reciente que surge en un marco de rápidos y continuos cambios sociales. Es fruto de los procesos sociales que dirigen la transición de una sociedad industrial a una sociedad postindustrial con resultados por lo general no deseados; es precisamente este elemento lo que lleva a pensar en la importancia de la distopia para repensar derivaciones disfuncionales.

Tras la consecución -relativamente generalizada en occidente y socialmente aceptada- de las necesidades consideradas como básicas (vivienda, educación, salud, cultura), se vislumbran aquellos efectos perversos provocados por la propia opulencia del modelo de desarrollo económico. Pero no se puede dejar de señalar el carácter psico-social derivado de los modelos de organización y de gestión en la relación del hombre con la tecnología y las formas de habitar: la enajenación del individuo de los proceso de decisión, la impersonalidad de los espacios y de los modelos productivos, la homogeneización de los hábitos y de la cultura a través de los *mass-media* que refuerzan estilos de vida

unidimensionales, de individuación, de impersonalidad, producen la pérdida de referentes sociales de pertenencia y de identidad. Mientras que a la vez emergen nuevas posibilidades en relación a la mayor disponibilidad de tiempo libre que haría posible –supuestamente– desarrollos personales y la emergencia de nuevos valores sociales, aparecen ostensibles consecuencias que generan tensiones, riesgos, incertidumbres.

Precisamente el concepto de calidad de vida en su vertiente más cualitativa, subjetiva, emocional o cultural surge como contestación a la vertiente unilateral y simplificadora de los criterios economicistas y cuantitativistas del que se encuentra impregnado el denominado estado del bienestar. El concepto de calidad de vida permite retomar la perspectiva del sujeto, superando y envolviendo al propio concepto de bienestar. Cuando se hace referencia al concepto de calidad de vida se está señalando una diversidad de circunstancias que incluirían, además de la satisfacción de las viejas necesidades, el ámbito de relaciones sociales del individuo, sus posibilidades de acceso a los bienes culturales, su entorno ecológico-ambiental, los riesgos a que se encuentra sometida su salud física y psíquica. Es decir, se está haciendo referencia a un término que es sinónimo de la calidad de las condiciones en que se van desarrollando las diversas actividades del individuo, condiciones objetivas y subjetivas, cuantitativas y cualitativas dependiendo de cada estructura socio-cultural.

4. La sobre-saturación de datos y del consumo

Es de destacar que este tipo de sociedad y fenómeno social que la caracteriza tiene consecuencias no deseadas debido al vértigo de la información, los numerosos canales de comunicación, el exceso de versiones e interpretaciones sobre determinados hechos sociales e inexistencia de jerarquías en cuanto a la información que impide u obstaculiza la comprensión acabada de uno o varios hechos sociales; esto hace que una información atropelle a la anterior y se superponga a otra generando una suerte de amnesia, manipulación y falta de resistencia. Amnesia de los ciudadanos frente a la situación planteada, manipulación de determinados sectores sociales hegemónicos en la selección de lo comunicable y la falta de resistencia por parte del resto de los actores sociales frente al cansancio y al hartazgo por la saturación de la presencia cotidiana de agentes e instrumentos de comunicación e información. Se está en presencia de un hiperconsumo de

tecnología que transforma al sujeto, que prioriza ciudadanos que buscan la apariencia y la inmediatez; sujetos-ciudadanos son dudosamente pragmáticos pero básicamente superficiales y utilitarios procurando la mayor felicidad posible en y desde el consumo, como mandato socio-cultural. Guy Debord (1931-1994) identifica lo expuesto con “el espectáculo” que se presenta como una enorme positividad indiscutible e inaccesible.

En la actual estructura social es imposible evitar el rol el lugar preponderante que ocupan, con un papel protagónico, las redes sociales, los medios de comunicación, la publicidad o el cine como dispositivo de dominación actual de las subjetividades. El proletario -que antes era el sujeto revolucionario debido a las condiciones de opresión en la que vivía- pasa a ser tenido en cuenta cuando el sistema necesita reubicar la abundancia de mercancías que produce; y esto se produce cuando se consolida la clase media, el Estado de Bienestar y el “sueño americano” –como un destacado ejemplo de neo-colonialismo- como horizonte de los deseos individuales. Es la consolidación hasta el paroxismo de la sociedad de consumo. El mundo se reorganiza ya no como un mundo de proletariado y burguesía sino como un mundo de clase media, en la cual todos, o por lo menos la mayoría, tiene una dosis razonable de acceso a los bienes materiales mediante el ejercicio del consumo, del consumo desarrollado de múltiples mercancías promovidas, sobrevaloradas desde las TICs. La mercancía, completa su colonización de la vida social. Es así como se consolida la importancia del ocio como un dispositivo que contenga el cuestionamiento del trabajador; y es el espectáculo la forma de controlar ese ocio. El capitalismo que se potencia en este tipo de sociedad favorece todo tipo de especulaciones; es así que hay una manipulación desde diferentes medios de comunicación para crear necesidades ficticias. Esta manipulación viene del espectáculo y de las formas promovidas de cómo disponer del tiempo de ocio. Existe un aluvión de productos en las góndolas de los hipermercados, shopping, para consumir con avidez y transformarse en un engranaje de un capitalismo feroz que daña al sujeto (vg.: sobrepeso, alcoholismo, entre otros ejemplos). Se debe consumir sin pensar, he ahí la función del espectáculo. El despliegue desmesurado de las industrias del entretenimiento, la omnipresencia de las pantallas en la vida cotidiana, el poder en apariencia absoluto en las redes sociales y la mera existencia del mundo virtual son realidades innegables que se interponen permanentemente en la experiencia del sujeto y lo

mantienen enajenado. El espectáculo es la afirmación de la apariencia y la negación visible de la vida.

Bauman afirmaba en sus últimos textos publicados que ya no se trata de una sociedad caracterizada por el consumo, sino más bien una sociedad consumista, hipertrofiada del mercado, manipulada por el mercado, donde las preferencias se desplazan hacia la adquisición de bienes superfluos, a la fugacidad y al carácter provisorio de las diferentes elecciones; el mismo mercado define y redefine al “nuevo sujeto”. Ya no se promociona los productores, se privilegia al consumidor –comprar, poseer y volver a comprar- y a los derechos y privilegios que estos sujetos tienen en la medida de su consumo.

5. La calidad de las Instituciones Jurídicas

En el contexto de combinar funciones y disfunciones de la Tecnología de la Información y la Comunicación (TICs) resulta importante destacar el alto impacto de las mismas en la calidad institucional. Las posibilidades virales de la cultura digital pueden ampliar los mensajes implícitos, los relatos y, en su defecto, realizar nuevas lecturas sobre la efectividad, la vigencia, la racionalidad, la funcionalidad y la legitimidad de las Instituciones Jurídicas.

Si bien en la introducción teórica del carácter distópico se remarca la notable disminución de la calidad de vida, está bien acompañada de dos notables hechos sociales: a) la disminución de la calidad institucional por “eventos” o “anomalías” no consideradas, y b) el desplazamiento de escepticismo ciudadano respecto a las instituciones jurídicas y política-administrativas por la conciencia de la necesidad de priorizar cambios que promuevan mejoras. La reconsideración de la decadencia y descalabro de las Instituciones Jurídicas, de la sensación de fracaso y desmoronamiento del valor simbólico de la misma viene contextualizado en las anteriores variables mencionadas que conforman el universo distópico.

Tal vez lo más notorio de poder identificar a la Sociología Jurídica con la insumisión pase por esa vía: la de asumir los problemas y la baja calidad institucional para repensar características y cualidades que potencien dicha calidad. Es así que se recurre a recuperar elementos objetivos y subjetivos para medir, modificar y transformar las instituciones jurídicas.

La calidad institucional objetiva implica: la división real de poderes, el cumplimiento y consolidación de las normas jurídicas sancionadas, promulgadas y aplicadas por poderes del Estado, el funcionamiento de la democracia y la rotación en el poder, la responsabilidad política de los funcionarios y la consolidación de las políticas de aplicación de principios y tratados internacionales. Tal vez la más complejo y notable categoría de análisis se refiera al grado de transparencia de las acciones de los agentes u operadores de las instituciones como, también, al nivel de corrupción y evasión de los sujetos en determinados cargos administrativos. Si bien es la última categoría objetiva mencionada no es la menos importante, el nivel de libertad de prensa relacionada con el funcionamiento de la prensa: su entorno legal (las leyes y regulaciones que influyen en los contenidos de la información tanto sea la prensa escrita, radio, TV o Internet); el entorno político (control político sobre los medios) y el entorno económico que evalúa la propiedad de los medios, su financiamiento, el peso de la publicidad estatal y otros aspectos relacionados.

La calidad institucional subjetiva hace referencia a las percepciones del ciudadano sobre lo jurídico y administrativo; es la evaluación que se hace sobre el grado de confianza que tienen los ciudadanos de las prácticas institucionales sobre los beneficios de la normativa jurídica y sobre las decisiones judiciales. Además evalúa las percepciones y la recepción que tienen los mencionados ciudadanos de participar en la selección de gobiernos y de intervenir –de distintas maneras- en la elaboración de la agenda de gobierno. La transparencia, la eficacia y la efectividad en la percepción de los ciudadanos son fundamentales para evaluar la calidad institucional.

6. De la “Tecnología de la Información y la Comunicación” a la “Tecnología de la Información y el Control”

La emergencia de este tipo de sociedad transforma la existencia de los actores; prevalece la existencia electrónica y, como espacio de encuentro, cualquier dispositivo que los permita y facilite; esta situación lleva a modificar patrones de comportamiento ante la producción, circulación, consumo e interpretación de la información; la garantía de la existencia es el

estar conectado a los dispositivos electrónicos que configuran la realidad de cada sujeto y conforman nuevos sentidos a la idea de “comunidad”

Cuando las tecnologías (las TICs) nacieron no se sabía para donde iban a evolucionar, pero lo han hecho hacia el control, donde sería mejor denominarlas como Tecnología de la Información y del Control o las nuevas TICs. Es cierto que con la masificación de internet (y todos los dispositivos digitales) hasta muy entrados los años 90 parecía extenderse la promesa de la ciber-democracia, la horizontalidad; era el momento del que todos podían participar de la ciudadanía real. En cambio, veinte años después el territorio virtual se ha ido transformando en uno cada vez más cerrado y arbitrario; esto es clausurado, arbitrario y aislado, una burbuja. Por lo expuesto se facilitan las comunicaciones solo para ejercer el control de dicha tecnología y de los agentes sociales que la usan como herramienta. El paso de una concepción o forma de considerar esta tecnología a la nueva deja en evidencia la fragilidad de un dispositivo cuya fuerza había residido en la promesa de una comunicación que prometía mayor libertad y pluralismo democrático; ahora dicha tecnología opacó sus funciones. Esta opacidad se encuentra garantizada por los dispositivos que orientan al observador, los límites de dicha examen que condicionan la reflexión, las numerosas orientaciones que condicionan la mirada del ciudadano, situaciones que intimidan y apabullan sujetando todo posible libre abordaje; no se trata de los filtros culturales de cada actor sino de las operaciones que tienden a encubrir situaciones; esto es la opacidad: es impedir ver los datos que se están buscando. Cada día más personas advierten y experimentan la situación de ser vigiladas (y asechadas).

Para tener en cuenta: la comunicación no crea la realidad, sólo la muestra, la oculta o la distorsiona. Como bien se afirma: habrá menos intimidad, menos respeto a la vida privada, pero más seguridad con ciudadanos más dóciles y timoratos. Ahora bien es para destacar que por otra parte –y como se viene exponiendo- una amplia gama de actores sociales no tienen en cuenta la vida privada y la limitan a legislaciones anticuadas; estos actores reclaman mostrarse y exhibirse, demandan mostrarse y exteriorizar su intimidad. Es tal vez una de las principales razones para legitimar la seguridad a partir de la vigilancia y la sumisión.

8. Bibliografía

Arfuch, Leonor (comp.) (2005); Pensar este tiempo: espacios, afectos y pertenencias; Paidós;

Buenos Aires.

Bauman, Zygmunt (2006): Vida líquida; Paidós; Barcelona

(2000); Modernidad Líquida; Fondo de Cultura Económica; México.

Beck, Ulrich (2002): “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”; Paidós; España.

Bourdieu, Pierre (2011); Las estrategias de la reproducción social; Siglo XXI; Buenos Aires.

Castells, Manuel (1996): La era de la información: economía, sociedad y cultura; Siglo XXI;

México.

Díaz, Esther (2010); Las grietas del control: vida, vigilancia y caos; Biblos; Buenos Aires.

Gerlero, Mario (2018); Haciendo Sociología Judicial; Visión Jurídica; Buenos Aires.

Gerlero, Mario (comp/coord.) (2008); Los silencios del derecho; Grinberg Libros Jurídicos;

Buenos Aires

Lipovetsky, Gilles (2000): La era del vacío; Anagrama; Barcelona.

Capítulo 2

Las transformaciones socio-tecnológicas-culturales

Por José María Lezcano y Ernesto Licada

1. Redes sociales y las dificultades de respuestas del marco jurídico

Luego de lo remarcado en el primer capítulo es esencial entender que la orientación del nuevo marco jurídico (una nueva normativa) que guiará ciertas relaciones sociales, en un contexto socio-cultural enmarcado en una profunda transformación, difícilmente puede dar respuestas puntuales a la complejidad que trae aparejada la era digital y su impacto socio-cultural.

El cambio social, como ya se expuso, suele ser complejo de definir, porque, en cierto sentido, todo está en constante transformación. Si bien existen numerosos modelos teóricos ya adelantados estos pueden ser de sinuosa aplicación al momento de realizar precisiones sobre las transformaciones socio-tecnológicas-culturales con alto impacto en el campo jurídico. Es por ello que, identificar cambios significativos supone poner de manifiesto hasta qué punto se han producido alteraciones en la estructura subyacente de un objeto o de una situación durante un período de tiempo. En el caso de la sociedad, para determinar hasta qué punto y de qué manera un sistema está en proceso de cambio se tiene que mostrar en qué medida se han producido modificaciones en las instituciones fundamentales durante dicho período dado y como estas repercuten en diferentes instituciones socio-culturales. En toda explicación de un cambio también hay que exponer lo que permanece estable, como punto de referencia con el que calibrar las alteraciones.

Precisa Giddens, entre otros autores, que la primera gran influencia sobre el cambio social es la de los factores culturales, entre los que influyen, de manera gravitante, los sistemas de comunicación. Entre otras afirmaciones, el autor remarca que mantener la información, transmitir y organizar el conocimiento través de la escritura fue, para la historia de la humanidad, un paso trascendental en la organización de las sociedades humanas. Con el nacimiento de Internet y la consolidación de la era digital –como se planteó en el Capítulo 1- la comunicación se ha hecho mucho más rápida y la distancia cada vez supone un menor obstáculo, lo cual constituye un aspecto importante de la globalización y la transformación

de ciertos patrones culturales, en procesos incrementalmente mediados por las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TICs).

Como se viene afirmando, además de ser un formidable canal de comunicación e información implica, también, una concepción, una forma de abordar las situaciones problemáticas a estudiar; pensar y estudiar las TICs implica concebir redes como comunicación e información de manera conjunta con un modelo teórico que trabaja con la complejidad y puede facilitar repensar transformaciones y cambios en diferentes frentes de estudio y tomando distintos actores, planteos, intereses y necesidades. Gerlero (2018) en relación al impacto de la era digital y las numerosas situaciones de cambio que se pueden observar y analizar remarca que la posición y el valor de las teorías redes sociales se deben a que estas colman, en la actualidad, la sociedad y la vida cotidiana del sujeto. Actualmente el concepto de red es uno de los más poderosos en el análisis de la realidad social y en el estudio de fenómenos sociales identificados con el abordaje del campo jurídico ya que hace referencia a una forma de marcada fluidez en el proceso de interacción social y abre notables debates sobre posibles formas de regulación desde el plano jurídico. De hecho diversas situaciones sociales se pueden comprender de manera más clara y precisa si se parte de reconstituir el entramado de redes sociales que las abarcan; esto es posible porque el complejo concepto de estructura social es como una red de relaciones (ya que cualquier agrupamiento u organización responde a ese entramado de relaciones entre personas).

Antes de que el término “redes sociales” fuera usado por Paul F. Lazarsfeld ya Robert Merton trabajó con los estudiantes de postgrado “círculos sociales” –como antecedente directo de las redes- para reflexionar sobre las elites. Queda claro que las redes sociales son parte esencial de las sociedades humanas desde épocas de cazadores y recolectores; las comunidades, los lazos de parentesco, las relaciones familiares, la vida en pueblos y las actividades sociales y laborales en distintos centros urbanos constituyen las redes sociales. Todo implica relaciones a partir de redes sociales. Incluso está incorporado en el muy utilizado networking o el ‘gestionar o usar de una red de contactos’ para nutrir la agenda de cada uno de los actores sociales incrementando, así, el capital social.

Para remarcar la importancia de la concepción de redes sociales, Gerlero afirma que en definitiva el aporte de los “estudios de redes sociales” busca poder suponer o prever o descifrar el resultado del comportamiento de un agrupamiento de personas definido por las

relaciones entre sus miembros. Esto es: redes sociales es una estructura social compuesta por un conjunto de actores (sujetos o agrupamientos también denominados “nodos” o “vértices”) que están conectados por lazos interpersonales interpretados como diferentes formas de relaciones (vg. amistad, militancia, afecto, autoridad entre otras situaciones).

2. Cambios sociales en el rol y las funciones de las redes sociales

Precisadas ya la concepción de redes sociales, es de importancia abordar la función de las mismas como formas de comunicación e información. En este sentido, los sitios o plataformas de redes sociales constituyen un canal de comunicación e información sin precedentes en la interacción humana mediada por tecnologías. Así, Danah M. Boyd y Nicole Ellison en un artículo del ‘Journal of Computer-Mediated Communication’, los definen como “...los servicios basados en la web que permiten a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articulan una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión, ver y recorrer su lista de conexiones y aquellas hechas por otros dentro del sistema”.

Desde una perspectiva antropológica, Paula Sibilia dice en su obra “La Intimidad como Espectáculo” que existía en un pasado no tan lejano, una interioridad tan rica como densa, misteriosa y oculta, pero a la vez, sumamente fértil, estable, que se cultivaba en el silencio y en la más absoluta soledad de lo privado. Sin embargo, en la actualidad, la intimidad, que antes debía protegerse bajo llave, resguardada de la intromisión por las leyes del recato y otras barreras físicas y morales, invade sin pudores el más público de los espacios y se muestra descaradamente ante quien quiera echar un vistazo”.

A este cambio social la autora lo denomina “extimidad”. También habla de una suerte de “narcicismo exacerbado” u “ombliguismo”, que deriva de sociedades que privilegian las apariencias por sobre las “esencias”, “hay una crisis de la intimidad, la cual, como perteneciente a ámbito privado, ya no se opone al ámbito público porque pasa a exhibirse”. Esta perspectiva ya venía siendo anunciada por grandes pensadores, como Eco, cuando decía a fines del siglo pasado: “El problema se ha tornado urgente porque en la era informática es posible registrar todo movimiento de todo ciudadano, desde cuando compra la ensalada o la revista pornográfica con la tarjeta de crédito hasta cuando sale de la autopista pagando con Bancomat. Y si luego quiere descargar graciosamente sobre Internet

un programa, tiene que aportar a cambio informaciones que no parecen reservadas pero que a fin de cuentas lo exponen a varias formas de presión indebida”. “... En la actualidad, la persona común no desea la privacy. Si es engañado, se apresura a ir a la televisión para litigar con el propio partner infiel delante de millones de espectadores; si padece de una enfermedad terrible, desfila en público con carteles para sostener los derechos de sus compañeros de desventura, usa compulsivamente el micrófono, y posiblemente con el fin de ser escuchado por los presentes, para comunicar a todo el mundo que tiene una amante a la que llama "Chichi", o un pagaré que vence ese mismo día, y hasta el arrepentimiento es una forma explícita de renuncia a custodiar secretos terribles”. Esto es -en el trabajo de Gerlero- afirmar que diferentes autores del área de las ciencias sociales utilizan y han utilizado distintos conceptos para poder analizar y explicar los matices de la compleja realidad, la prevalencia de la disgregación y la complejidad; por lo general abundan características y perfiles con connotaciones negativas sobre las condiciones de vida actual. Las referencias van desde destacar la importancia del “riego”, pasando por la “volatilidad”, lo “efímero”, el “egoísmo y la superficialidad de las personas”, el “consumo” hasta llegar a sintetizar todas estas variantes en la “incertidumbre”.

3. Tecnologías de la Información y la Comunicación

Desde las miradas de Katz y Hilbert, a partir de la perspectiva de complejidad del concepto de “sociedad de la información”, dicen que la comunidad intelectual tendrá que reducir esta complejidad mediante un proceso de abstracción que permita expresar la “realidad” paradigmática en términos de entidades concretas e interrelaciones. Una de las entidades concretas en las que es imperioso centrar en este texto lo constituyen los Derechos Humanos como concepto que se pone en juego numerosas textualidades y matices en la sociedad profundamente atravesada por las TICs.

Desde fines de la Segunda Guerra Mundial, el avance de la informática ha llevado a desarrollar nuevas tecnologías que hoy denominamos genéricamente TICs y que consolidan lo que aquí se viene denominando “Era Digital”. De manera que las TICs pueden definirse, según Katz y Hilbert “como sistemas tecnológicos mediante los que se recibe, manipula y procesa información, y que facilitan la comunicación entre dos o más interlocutores. Por lo tanto, las TIC son algo más que informática y computadoras, puesto que no funcionan

como sistemas aislados, sino en conexión con otras mediante una red. También son algo más que tecnologías de emisión y difusión (como televisión y radio), puesto que no sólo dan cuenta de la divulgación de la información, sino que además permiten una comunicación interactiva". El ritmo de desarrollo, la innovación tecnológica, el diseño y apropiación de estas tecnologías, no obstante novedosas, han sido prontamente incorporadas a las prácticas socio-culturales, la actividad económica y la política.

Desde una perspectiva socio-cultural quizás más integradora, Pierre Levy expresa que con el nombre cibercultura o cultural digital, en general suele aludirse referirse al conjunto de los sistemas culturales surgidos en conjunto con dichas tecnologías digitales. En este sentido se pueden utilizar, asimismo, los términos cultura digital o cultura de la sociedad digital (sociedad digital como expresión que traduce la e-society) para designar la cultura propia de las sociedades en las que las tecnologías digitales configuran decisivamente las formas dominantes tanto de información, comunicación y conocimiento como de investigación, producción, organización y administración.

Las TIC, como elementos esenciales en estos procesos de transformación, inciden en las acciones y prácticas de distintos actores/agentes sociales, muchas de las cuales generan consecuencias jurídicas nuevas, en tanto otras son clásicas aunque bajo otras significaciones y alcances.

Uno de los motores más importantes de la globalización y del contexto social-tecnológico contemporáneo resulta el avance en el desarrollo de tecnología software y hardware. Pero también, desde una perspectiva más amplia, el acelerado progreso de formas, métodos, el entramado de actores, dispositivos, artefactos, significaciones, normas, valores, así como la posibilidad de generar comunicación a nivel global a través de la convergencia en Internet, componen un entramado complejo, aunque no heterogéneo. La convergencia en este medio, ya anunciado por los autores en el 2003, como destino paradigmático de las TICs, se integra no sólo por dispositivos (aparatos y aplicaciones o programas), sino también por distintos sistemas de interacción micro y macro sociales que se desarrollan mediante su uso cotidiano, colocando al medio de Internet en un fenómeno emergente del sistema complejo que resulta la sociedad actual.

En dicho contexto, es de recordar que Manuel Castells plantea que la sociedad de la información es un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera. Dice el mismo autor que, gracias a las nuevas tecnologías, las infraestructuras se modifican, se alteran los procesos y se cambian los valores y las actitudes de las personas. Por supuesto que, el papel de las normas, sus formas de influenciar e incidir en las conductas de las personas, también se transforma. Sobre todo, si el Derecho encuentra límites para la aplicabilidad y vigencia efectiva de sus propias intervenciones, siendo obligación de los efectores y operadores jurídicos, encontrar alternativas y maneras de llegar a los fines y valores de la propia norma.

Esto da lugar a otra forma de organización entre los individuos y los grupos, centrada en la economía y en la sociedad, llevando a un cambio de cultura: “[un] nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales), sino de la aplicación de conocimientos e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos”.

En tal sentido, resulta fundamental reconocer las relaciones que se establecen entre los elementos, los actores sociales y el papel que desempeñan los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) como protagonistas singulares del nuevo contexto socio-cultural, al cual el derecho está llamado a componer las asimetrías, ponderar derechos y valores fundamentales y construir un marco jurídico moralmente justo y equilibrado.

Las TIC, como medio cotidiano interacción informativa y comunicativa, ha llevado al uso y consumo de servicios y bienes en los que proliferan “políticas de privacidad” que se contratan por Internet, mediante diversos dispositivos y artefactos tecnológicos tales como plataformas de redes sociales, buscadores, servicios de correo electrónico, hosting, entre otros tipos de ISP, ya sea a través de computadoras de escritorio, portátiles, tabletas, celulares, etc.

Por su parte, estas cuestiones deben ser pensadas en orden a la relevancia del valor económico de los datos bajo las reglas de una economía de servicios, el marketing,

publicidad, atención social en la web y la personalización de los bienes y servicios ofrecidos.

4. La mirada de la ciencia sobre las TICs y el Derecho Informático

Desde una perspectiva de filosófica y sociológica de la técnica y tecnología, Feenberg (2004), sistematiza y describe tres teorías que plantean posiciones respecto del análisis social de la tecnología: la Teoría Instrumental, la Teoría Sustantiva y la Teoría Crítica de la tecnología. Aunque claramente esto merece un desarrollo mayor, aquí se propone una válida introducción con el objeto de: 1) reconocer la existencia de más de un marco explicativo sobre la tecnología, y 2) admitir que cada uno de estos puntos de vista lleva a proyecciones socioculturales, económicas y jurídicas diferentes, con gran impacto la hora de aplicar e interpretar la relación entre tecnología y sociedad.

Las primeras dos posiciones, han sido dominantes en la consideración político filosófica de la sociedad capitalista, en tanto que la tercera, emerge a partir del cuestionamiento a aquellas y la reflexión sobre algunas categorías y conceptos en los que se fundamentan. Así, plantea una teoría crítica de la Tecnología que permite abordar el análisis poniendo el acento en el proceso de apropiación de la misma.

4.1. Las teorías instrumentales

Las Teorías Instrumentales son las que han tenido una mirada dominante. En ellas se apoyan las políticas científicas de los gobiernos modernos, y de las cuales dependen los valores establecidos en otras esferas (política, cultural, etc.). En estas la tecnología es considerada neutral, sin contenido valorativo propio, en tanto que es pura instrumentalidad, es indiferente de la variedad de fines para los que pueda ser utilizada. Dice Feenberg: “Se basa en la idea del sentido común de que la tecnología son ‘herramientas’ que están listas para servir a los propósitos de los usuarios. La tecnología está considerada ‘neutral’ sin un contenido valorativo propio.”

De manera que el enfoque instrumental es identificado como una manera de ver al hombre y la máquina, en donde el primero es influido por ella en su vida profesional, en su vida privada, en su psiquismo. Pero se trata de una manera de ver que permite tener presente que la técnica es la que engloba a los dos y que la máquina no es más que una expresión de

aquella. Es. Además, una forma de considerar que la tecnología empieza y termina en la máquina. En la idea de la máquina, se privilegia a la utilidad como el principal valor tecnológico descuidando así muchos otros valores que intervienen en la elaboración de la tecnología (económica, políticos, sociales, creativa, recreativos, estética, ideológica entre otras muchas razones) Al considerar únicamente la fase artefactual de la tecnología y asumir su carácter neutral, se corre el peligro de convertir a los expertos, científicos e ingenieros, en aquellos que detentan el derecho a decidir lo que es tecnológicamente "correcto y objetivo", dejando por fuera la participación de la comunidad en toda decisión tecnológica. Por otro lado, la imagen instrumental separa a los objetos tecnológicos de su entramado social de manera que bajo esta perspectiva, se podría considera que las tecnologías son productos neutros que pueden ser utilizados para el bien o para el mal, siendo la sociedad la responsable de su uso, ya que, en principio, la tecnología no respondería más que a los criterios de utilidad y eficacia y nada tendría que ver con los sistemas políticos o sociales de una sociedad.

4.2. Las teorías sustantivas

Por otra parte en las Teorías Sustantivas se le atribuye a la tecnología una fuerza cultural autónoma capaz de imponerse sobre casi todos los otros valores. Bajo ella, según sus teóricos, el mero uso de la tecnología, por parte de cada persona o agrupamiento, trae consecuencias para la humanidad y la naturaleza, que van mucho más allá que el logro de objetivos técnicos. Tanto las personas como agrupamiento potencias sus expectativas y prácticas socio-culturales. La tecnología forma y con-forma cada persona, intereses, necesidades, posibilidades y prácticas.

Feenberg explica que “A pesar del llamado al sentido común de la teoría instrumental, una minoría niega la neutralidad de la tecnología. La teoría sustantiva, mejor conocida por los escritos de Jacques Ellul y Martin Heidegger, sostiene que la tecnología constituye un nuevo tipo de sistema cultural que reestructura el mundo social entero como un objeto de control. Este sistema se caracteriza por una dinámica expansiva que finalmente se apodera de cada enclave pretecnológico y da forma a la totalidad de la vida social. La instrumentalización de la sociedad es entonces un destino del cual no hay otro escape más que la retirada. Sólo un regreso a la tradición o la simplicidad ofrece una alternativa al

atropello del progreso. Algo como esta visión está implícita en la concepción pesimista de Max Weber de una “jaula de hierro” de la racionalización, aunque no conectó específicamente esta proyección con la tecnología. Ellul hace este vínculo explícito, planteando que el “fenómeno técnico” se ha convertido en la característica que define a la indiferencia de todas las sociedades políticas por la ideología política. ‘La técnica’, afirma, ‘se ha vuelto autónoma’. Heidegger está de acuerdo en que la tecnología está inexorablemente apoderándose de nosotros. Estamos enlazados en la transformación del mundo entero, nosotros incluidos, en ‘reservas duraderas’, materiales crudos que serán movilizados en procesos técnicos. Heidegger afirma que la reestructuración técnica de las nuevas sociedades está arraigada en un deseo nihilista del poder, una degradación del hombre y el Ser en el nivel de meros objetos”¹

La teoría sustantiva proclama que lo que el propio empleo de la tecnología hace a la humanidad y a la naturaleza es más consecuencial que sus logros ostensibles”². Como explica Barboza³, la Teoría Sustantiva se caracteriza por el determinismo, lo técnico es una fuerza cultural autónoma capaz de arrasar todos los valores tradicionales con los que compete; ello significa que su mera utilización trae consecuencias para el hombre y la naturaleza que trascienden el logro de objetivos meramente técnicos. Es así que la ética y valores propios que las TICs están plasmando en la sociedad, nacen desde el propio diseño de las tecnologías. Sedimentadas en las prácticas sociales cotidianas, su diseño inspira su uso y consumo, que por momentos parece adquirir carácter de imprescindible para la vida social. Los sitios de redes sociales en los que los “perfiles exitosos” se encuentran en la mayor cantidad de “Me Gusta”, compartir, y mecanismos que permitan aumentar la cantidad de información circulante entre perfiles, así como las preferencias y estilos de los usuarios, pueden mencionarse como ejemplos de este mecanismo.

4.3. Las teorías críticas

Finalmente, las Teorías Críticas, que completa el marco que aquí aborda, se encuentra en la intersección entre la ideología y la técnica, en donde las dos se aprecian para controlar a los

¹Feenberg, A. Teoría Crítica de la Tecnología. Introducción: El parlamento de las cosas. La tecnología y el Fin de la Historia”. Disponible en http://ispel3.edu.ar/paginas/biblioteca/materiales/curso_pmi_2008/Feenberg%20introd.pdf

²Feenberg, A. Teoría Crítica de la Tecnología. Introducción: El parlamento de las cosas. La tecnología y el Fin de la Historia”. Disponible en http://ispel3.edu.ar/paginas/biblioteca/materiales/curso_pmi_2008/Feenberg%20introd.pdf

³ Barboza, Susana Raquel: “Marcuse y Heidegger en Feenberg, una sociología crítica”, VIII Jornadas de Sociología de la UNLP, <http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar/viii-jornadas/viii-jornadas-2014/PONmesa2Barboza.pdf>

seres humanos y a los recursos en conformidad con los llamados “códigos técnicos”. Estos desarrollos teóricos requieren un análisis mayor que el que se logra desarrollar en el marco de este texto⁴, no obstante lo cual, se puede considerar que de manera invisible, estos códigos técnicos, sedimentan valores e intereses en reglas y procedimientos, instrumentos y artefactos que rutinizan la búsqueda de poder y de ventajas por una hegemonía dominante. Por ello, para la teoría crítica, la tecnología no es una cosa sino un proceso ambivalente de desarrollo que se distingue de la neutralidad, debido al rol que le atribuye a los valores sociales en el diseño. Uno de los puntos centrales del esquema de estas teorías, dejan de considerar el vínculo uso/consumo de la tecnología, para explicar esta relación en términos de apropiación/significación de la tecnología por parte de los individuos.

En definitiva, la mirada crítica considera a la tecnología manipulable a partir de la consolidación hegemónica de determinados agrupamientos que, de esa manera, pueden establecer su impronta en una sociedad determinada; por ese motivo se las asocia con el exacerbado capitalismo y dominación, alejado de cualquier apreciación ética y valoración sobre la funcionalidad social.

5. Marco Jurídico: enredos, contradicciones y “parches”

En la producción de normas legales parecen imponerse pautas y contenidos que responden a las tensiones y desequilibrios planteados en la sociedad actual, con una mirada parcial de los fenómenos sociales a regular. Se remarca lo parcial porque suelen centrarse una óptica fragmentada del nuevo contexto socio-cultural, tecnológico, político y económico que se vislumbra. Ello teniendo en cuenta que se parte de una perspectiva que considera que los macro movimientos del mercado –que en el plano tecnológico está liderado por pocos actores sociales (empresas y grandes desarrolladores de tecnología)-, tienen una relación directa y dominante en la producción y diseño de TICs, y en particular en Internet.

El derecho, y puntualmente sus codificaciones y normativas vinculadas a comunicaciones y sus contenidos, aparecen hoy como una madeja llena de enredos y contradicciones vacías. Siguiendo a Zagrebelsky, explica Noemí Olivera que “...un ordenamiento jurídico no es

⁴ Para profundizar, vease: Feenberg, Andrew “Teoría crítica de la tecnología”, Versión original en inglés. Traducción de Claudio Alfaraz (revisión de Diego Lawler), Revista CTS, n° 5, vol. 2, Junio de 2005 (pág. 109-123), así como los análisis que realiza Gustavo Giuliano: “Pensar la tecnología” Revista Consonancias N° 43. Editorial, y “La teoría crítica de la tecnología: una aproximación desde la ingeniería” Revista CTS, n° 24, vol. 8, Septiembre de 2013 (pág. 65-76) disponible en : http://www.revistacts.net/index.php?option=com_content&view=article&id=555:la-teoria-critica-de-la-tecnologia-una-aproximacion-desde-laingenieria&catid=132:articulos&Itemid=98

una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, sino que debe expresar una coherencia intrínseca; es decir debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. Advierte la autora que, sin embargo, ante el avance de la Sociedad de la Información se ha ido incorporando en cada sistema jurídico un progresivo entramado de parches compuesto por nuevos institutos o sucedáneos electrónicos de otros originariamente previstos para su formalización en soporte papel. Todo ello realizado, las más de las veces, sin una previa ponderación de su impacto en el juego de las demás normas con las que esas novedades están llamadas a interactuar. El sistema jurídico está compuesto por muchos institutos (I) que interactúan entre sí, sea de un modo cooperativo (virtuoso) o colisionando e interfiriendo (comportamiento no cooperativo). Esto sucede generalmente cuando nuevos I, adaptados a la Sociedad de la Información son introducidos en marcos jurídicos decimonónicos para ‘emparchar’ algunas situaciones. Entonces, nuevos I y viejos I interactúan como predador-depredado [Adamic–Huberman], llevando al sistema jurídico a un comportamiento caótico (en el sentido de la dinámica no-linear), en palabras de Zagrebelsky, “a una ‘guerra civil’, paso previo a la anarquía en la vida social”.⁵

En línea con lo que expresa Vercelli (2004), entendemos que aunque la ley no deja de ser una de las formas válidas de regulación, está perdiendo la potencialidad material y simbólica que supo tener hasta hace sólo unas décadas. Las prácticas sociales, las conductas comunicacionales, las posibilidades que ofrecen artefactos y aplicaciones tecnológicas, hacen emerger nuevos reguladores que no desplazan completamente al viejo derecho, pero logran dominarlo, asociarse con él, y hasta incluso robarle el histórico protagonismo que caracterizó la creencia en su potencialidad regulativa.

El desarrollo tecnológico no se encuentra sujeto a la construcción histórico política que plantea el derecho. La técnica jurídica clásica solo queda para brindar una suerte de garantía sobre lo que ya está solidificado bajo otros esquemas efectivos, aquellos que penetran silenciosamente en el entramado socio-técnico. En su reemplazo emergen nuevas reglas, codificaciones privadas que son gobernadas por el diseño de la tecnología y que reconocen las arquitecturas (de redes) como sus instancias organización.

6. El surgimiento del Derecho Informático

⁵ Olivera, Noemí “En busca de la Lex Retialis” disponible en http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/en_busca_de_la_lex_retialis.pdf

De esta manera se la puede considerar a la norma jurídica, de acuerdo a Gerlero (2018), como el conjunto de normas vigentes formales en una comunidad que supuestamente se adecuan a las circunstancias históricas de la misma, que intentan regular la vida social e institucional y garantizan la competencias y facultades para hacer, tener o exigir algo en busca del orden social para la satisfacción de expectativas individuales y/o grupales. Claro está que, también, se puede identificar a las normas jurídicas con una herramienta de construcción de un orden social, con el control social que tiende a buscar la "normalización" y la "normativización" con miras a cooptar y a coaccionar a los actores sociales.

Como se expuso ese corpus normativo se encuentra con contradicciones y parches; con un sinnúmero de composturas y arreglos, que complejizan todo tipo de acciones y decisiones –de los operadores del derecho- en el campo jurídico. Es por esta razón que al campo jurídico se lo identifica con la existencia de reglas o normas jurídicas contradictorias; con la sanción, la promulgación y la amplia, variada y contradictoria aplicación; sería, desde este punto de vista, un sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos de los comportamientos humanos en una determinada sociedad, presentándose como una práctica-técnica de organización social, técnica y normativa que contribuye a la implementación de un orden, a la realización de un modelo organizativo social situado en la historia como resultado o producto de la misma. (Díaz, 1984:11).

Es en respuesta a estos fenómenos surge el llamado Derecho Informático que, desde el análisis de los distintos fenómenos socio-tecnológicos, las distintas regulaciones y con un método prospectivo, busca determinar los distintos principios del derecho que actúan en las relaciones intersubjetivas mediadas o con las TICs⁶.

Comprendiendo que dejar las relaciones en la Sociedad de la Información libradas a la voluntad de los participantes es dejar desprotegidos a los más débiles y, que desde un sistema normativo como el continental europeo clásico difícilmente puede el Estado dar respuesta a las problemáticas que aparecen día a día, el Derecho Informático se plantea la necesidad de regular por principios, en base a la naturaleza de las situaciones, y no por normas positivas cerradas que buscan dar respuestas a situaciones para las que no fueron

⁶Sobre el particular, puede ampliarse en Liceda, E. y Olivera N. "Reflexiones sobre el carácter del Derecho Informático", XIII Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales. Mar del Plata, 2009. pág. 307, y Olivera, N.: "Estado de la cuestión en la relación entre derecho e informática". ANALES de la FCJyS Nro. 40., disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/21016>

pensadas y que, la más de las veces, resultan ser meros parches transitorios. A modo de ejemplo, el meta-principio de neutralidad tecnológica del derecho informático establece que el legislador, al momento de sancionar una norma vinculada con la temática, no debe establecer la tecnología que se usa sino analizar la situación que se quiere regular independientemente del medio que se utilice para efectivizarla.

Tener presentes estas perspectivas teóricas resulta importante para interpretar algunas normas legales –o proyectos de tales-, o la resolución de casos que se pueden identificar en el área del Derecho Informático a través de la jurisprudencia. Es que, al momento de generar derecho informático, sea a través de la jurisprudencia, sea a través de una norma positiva, existen al menos dos aristas: generar derecho en función de la tecnología, o generar derecho en función de las prácticas sociales, en particular aquellas de apropiación de la tecnología.

Para emprender este camino, se hace necesario un enfoque que, desde los aportes de la sociología, la antropología y la política permita ir más allá de las concepciones **puramente positivistas del derecho**, que además de ser funcionales al derecho como medio de imposición de una ideología hegemónica, como única y válida instancia, tiene una mirada reduccionista de los fenómenos sociales a la ley. Así, se plantea ir más allá de las categorías uso/consumo, buscando que desde el proceso de apropiación/significación de la tecnología se abran escenarios de análisis que rompan aquellos discursos imperantes.

7. Bibliografía

Bauman, Zygmunt (2006): Vida líquida; Paidós; Barcelona

(2000); Modernidad Líquida; Fondo de Cultura Económica; México.

Beck, U. (2002): “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”. Paidós. España

Feenberg, A. (2008); Teoría Crítica de la Tecnología. Introducción: El parlamento de las cosas. La tecnología y el Fin de la Historia”. Disponible en:

http://ispel3.edu.ar/_paginas/biblioteca/materiales/curso_pmi_2008/Feenberg%20introd.pdf

Gerlero, Mario (2018); Haciendo Sociología Jurídica; Visión Jurídica; Buenos Aires.

Gerlero, Mario (comp/coord.) (2008); Los silencios del derecho; Grinberg Libros Jurídicos;

Buenos Aires.

- Giddens, A. (2010); "Sociología", Alianza Editorial. Madrid. España
- Katz, J. y Hilbert, M. (2003); Los Caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Santiago de Chile.
- Lévy, P. (2007); "Cibercultura. Informe al Consejo de Europa", Anthropo. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Liceda, Ernesto (2010); Límites de la equivalencia funcional (y de la comodidad del Legislador) en el Derecho Penal Actas de las 38^o Jornadas Argentinas de Informática-Simposio de Informática y Derecho.
- Liceda, E. y Olivera N. (2009) "Reflexiones sobre el carácter del Derecho Informático", XIII Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales. Mar del Plata.
- Olivera, Noemí (2016); "Estado de la cuestión en la relación entre derecho e informática". ANALES de la FCJyS Nro. 40.
- Olivera N. y Proto, A. (2009); The Problem of Law in Terms of the 'Legal Complexity' Notion" IADIS International Conference e-Society. Conference, Barcelona, España.
- Sibilia, P.: La Intimidad como Espectáculo (2008); Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. Argentina
- Zagrebelsky, G. (2003); El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta.

Capítulo 3

Aproximación Legal a la Privacidad en Argentina

Por Ernesto Liceda y José María Lezcano

1. Democracia y cambios jurídicos

El pase de la dictadura cívico militar a la apertura democrática generó un cambio de valores sociales acentuados por la necesidad de participación popular, la prioridad de “hacerse oír”, la generación de grupos con intereses comunes y el derecho a agruparse bajo esos intereses, el impulso a intervenir en la generación y consolidación de nuevos valores, que se afianzaron normativamente en la reforma de la Carta Magna, en la República Argentina, en 1994 e incorporaron al nivel de bloque constitucional distintos tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el país. Lentamente, la doctrina y la jurisprudencia local han ido evolucionando y receptando estos derechos y libertades convencionales, pero además, lo han hecho “en las condiciones de su vigencia”, esto es siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación¹.

Es preciso tener en cuenta que, con la incorporación a nuestro código civil y comercial de categorías surgidas de los tratados internacionales de derechos humanos estamos, no solamente en presencia de la denominada constitucionalización del derecho civil, sino que sería posible plantear la directa aplicación de los tratados de derechos humanos -y de la jurisprudencia de tribunales internacionales a las relaciones entre privados. Entre otras cuestiones, esto obligaría a tener en cuenta una lectura, por ejemplo, del capítulo 3 del título 1 del libro 1ro del Código Civil y Comercial -Derechos y actos personalísimos-, a la luz de las interpretaciones que han realizado tribunales internacionales (vg.: la Corte Interamericana de Derechos Humanos), sobre conceptos tales como el de “dignidad de la persona”.

Ello implica un cambio de concepción y paradigma cuando considera como afectaciones a la dignidad de la persona humana las lesiones a su intimidad personal o familiar, honra,

1 Fallos 318:514: Corte Sup., 07/04/1995 Giroldi Horacio David y otro s/ recurso de casación /causa n° 32/93; 319:1840 Corte Sup., 12/09/1996- Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación causa n° 44891; C. 568. XLIV. C. 594. XLIV. Corte Sup. 6/08/1013 Carranza Latrubesse, Gustavo el Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut.

reputación, imagen, identidad, o que de cualquier modo resulten en menoscabo de su dignidad personal²

Las actuales formas de relación intersubjetiva mediadas por TIC (sea a nivel productivo, social, educativo, etc.) fomentadas tanto por el Mercado como por el Estado, con fines a veces manifiestamente disímiles, han dado lugar a distintas expresiones jurídico-normativas, como por ejemplo la ley de protección de datos personales 25.326, en cuyo análisis profundizaremos en este texto. Esta ley, por otra parte, debe ser analizada a la luz del nuevo Código Civil y Comercial para poder determinar su vigencia jurídicas (en aquellos supuestos en que ambas normas se aboquen a tratar situaciones similares), como así también considerar la atención o referencia que tuvo el legislador al momento de dictar esta última.

2. El significado de “intimidad/privacidad”

Es difícil encontrar definiciones jurídicas que se encuentren libres de dificultades generales como la vaguedad, ambigüedad o imprecisión. En el caso de la intimidad y la privacidad se suma que se trata de conceptos rodeados de una importante carga emotiva, relativos, graduales, contingentes y variables (Martínez de Vallejo Fuster, 1993). Además de ello, no existe una nomenclatura uniforme sobre lo referido a este concepto. En francés se refiere a la “intimité” y “vie privée”, italiano a la “vita privata” y la “riservatezza”, en tanto que en alemán se utilizan variados nombres “Privatsphäre” (esfera privada), “Intimsphäre” (esfera íntima), “Geheimsphäre” (esfera secreta) [conf. Eduardo Novoa Monreal, 1997]

Partiendo de definiciones de la Real Academia Española (RAE), se encuentra un dato significativo en las épocas en que incorpora la distinción al Diccionario:

Intimidad: 1. f. Amistad íntima. || 2. Parte personalísima, comúnmente reservada, de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de una familia.

Intimo, ma: (del lat. Intimus) adj. Más interior o interno. || 2. Aplícase también a la amistad muy estrecha y al amigo muy querido y de confianza

Privado; da: 1. Que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna || 2. Particular y personal de cada uno.

²Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, Corte IDH, Neira Alegría y otros Vs. Perú, 1995 (Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, Corte IDH Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. 2010 entre otros

Estas definiciones son las que se pueden encontrar en el Diccionario de la Lengua Española en su Decimoctava Edición (1956). Es importante destacar que la palabra “privacidad” no se incorpora a dicho diccionario sino hasta el 2001, en el que puede verse que se la referencia a un derecho.

Privacidad: f. Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.

Por su parte, dos diccionarios de inglés (Cambridge Dictionary y Merriam Webster Dictionary) dicen sobre la palabra privacy:

Privacy: 1. someone's right to keep their personal matters and relationships secret
2. the quality or state of being apart from company or observation: seclusion
3. freedom from unauthorized intrusion

2.1. Diferencias entre intimidad y privacidad

Algunos de estos elementos son considerados por Santiago Nino, para distinguir la intimidad de la privacidad, entendiéndolos como diferentes. Dice el autor que la privacidad se vincula con las acciones de los individuos que no afectan a terceros, pues son privadas en tanto que “si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moralidad privada, personal o autorreferente” (Nino, 2003), no las exigencias derivadas de la moral pública o intersubjetiva. Es que el liberalismo constitucional que inspira la protección de estos bienes relevantes está comprometido con el principio de autonomía de la persona que valora la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana, pero que a su vez tiene el límite de no causar daño a los demás. En tanto, el autor interpreta la intimidad como una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás (Parent, conf. Nino, 2003). Bajo esta línea, argumenta que Parent –en quien Nino basa su perspectiva sobre el tema- entiende a la intimidad relacionada con la necesidad de que los demás no obtengan un poder indebido sobre nuestra persona, de que nos sometan a burla y ridiculización, debido a la intolerancia que se tiene sobre otros hábitos de vida, rasgos de la personalidad y el respeto a la libertad individual de elegir su forma de vida. Así, Nino explica que la intimidad de una persona, la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intrusión de los demás, se refiere al menos a los aspectos de rasgos del cuerpo, su imagen, pensamientos y

emociones, circunstancias y hechos vividos conectados con su vida o la de su familia, conductas de las personas que no tengan una dimensión intersubjetiva, escritos y creaciones propias, “conversaciones con otros en forma directa o por medios técnicos (como el teléfono), la correspondencia, objetos de uso personal, su domicilio, datos sobre su situación económica, etc.” [Nino, 2003].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho distinción en lo referido a la tenencia de droga para consumo personal, entre ética privada de las personas y ética colectiva. La esfera privada es entendida no como la de las acciones que se realizan en la intimidad - protegidas por el art. 18 de la CN-, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros (Fallo “Bazterrica”, Agosto, 1986).

2.2. Lo publico, la privado y lo intimo

Para referir otro punto de vista, Martínez de Vallejo Fuertes (2001), partiendo de Thomasio y Kant y la doctrina del “fuero interno”, propone la necesidad de establecer la distinción entre tres ámbitos: lo público, lo privado y lo íntimo. Dejando de lado lo público, existe una dialéctica que se produce entre intimidad y privacidad, en donde la primera acota las fronteras interiores del “ser persona” y la vida privada, sus fronteras exteriores.

La intimidad/privacidad emerge como un multifacético derecho que se compone, según la jurisprudencia argentina por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, políticas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo .

En esta temática, no puede dejar de mencionarse la doctrina y principios que surgen del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. (1984) que, entre otras cosas, dice: “en cuanto a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19, C.N. En relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos y datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad,

están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.”

El Dr. Adolfo Roberto Vázquez en el fallo “*Maradona, Diego Armando s/ lesiones leves, agresión, daño y amenazas reiteradas*”. El Dr. Vázquez postula que:

“corresponde reconocer la existencia de tres esferas dentro de las cuales las personas realizan su existencia: pública la primera, privada la segunda, íntima la tercera. La primera y la segunda se interseccionan con un espacio común que puede ser mínimo o máximo, según las circunstancias. En cambio la tercera respecto de la segunda tiene una relación de inclusión. Se encuentra dentro de lo privado y no admite la intromisión ilegítima de la prensa. La intimidad no es simplemente el derecho a la soledad sino un conjunto de aspectos de la vida individual y familiar de las personas que no deben ser conocidos por los demás, pertenecen por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, su identidad y personalidad”. (CSJN, 03-10-2002. *Maradona, Diego Armando s/lesiones leves, agresión, daño y amenazas reiteradas*).

Compartiendo con Vázquez el planteo de que la intimidad es más que el derecho a estar solo, puede entenderse que confunde intimidad con privacidad. Como se ha expresado con anterioridad, existen diferencias entre los conceptos intimidad y privacidad, pero el uso común y legal los ha ido equiparando y por tanto, en este momento, resultaría de un purismo idiomático innecesario (y seguramente inútil) sobreabundar en estas cuestiones. Claro que es necesario tener en cuenta estas diferencias al momento de acceder a textos legales o con contenido jurídico para comprender cuál es el uso que se le está dando en ellos a cada palabra.

2.3. La funcionalidad de ambos conceptos: puntualidades

Es por ello que en este trabajo se utilizará, a efectos técnicos, la expresión “intimidad/privacidad” para hacer referencia al fenómeno que se está analizando, sin perjuicio que en determinados momentos sea necesario precisar a cuál de estos conceptos se hace particular referencia.

Se puede considerar, entonces, que en este derecho se encuentra la protección sobre el propio cuerpo, la imagen, la voz, los datos biométricos, los datos de geolocalización, así como también el honor, reputación, las comunicaciones no destinadas a ser públicas (¿abiertas?), entre otras. La necesidad de ejercer el control sobre la información personal que circula por diferentes registros, ha llevado a desarrollar la doctrina de la autodeterminación informativa, como derecho derivado de la intimidad/privacidad, y cuya expresión procesal se encuentra en el habeas data.

Por su parte, dentro de lo privado, se incluye aquello que se hace en un ámbito público pero que no queremos que sea difundido. Para mencionar algunas situaciones, se hace referencia a los sistemas de monitoreo urbano, cámaras de seguridad en edificios, capturas de imágenes (foto, video) o audio en reuniones sociales, etc.

Ahora bien, cómo lograr el respeto de este derecho de apartar de la observación y proteger de la intromisión de terceros, en los espacios públicos, ante la masificación de uso de cámaras fotográficas digitales, teléfonos celulares, dispositivos que se conectan a Internet, sistemas de geolocalización, sistemas de vigilancia públicos y privados. Cómo proteger estos bienes y valores en contextos digitales en los que permanentemente vamos dejando información que puede ser observada y conservada. El panoptismo de Foucault se presenta en su máxima expresión.

Se debe considerar también que las formas de construir la identidad mediante la hiperconexión que permiten las TICs, por ejemplo sitios de redes sociales (como lo demuestra Paula Sibila en sus estudios sobre la transformación de la intimidad), hacen necesaria la reflexión sobre la extimidad y cómo considerar íntimo y privado aquello que se hace público en los entornos digitales, poniendo al derecho y las ciencias jurídicas en el lugar de reflexionar y repensar cuestiones esenciales sobre los bienes y valores que componen el plexo jurídico en el contexto socio-tecnológico actual.

Siempre teniendo en cuenta las diferencias que pueden existir entre los dos conceptos jurídicos-sociales (identidad y privacidad) que, sin perjuicio del desarrollo realizado en el capítulo 7 del presente libro, se puede adelantar que en los casos donde se genera un daño a través de la información, es común confundir un ataque a la identidad con un ataque a la privacidad o a la intimidad.

Para distinguir cuál es el bien jurídico atacado es necesario tener en cuenta algunos puntos fundamentales:

1- El único que puede afectar la identidad de una persona es el Estado, salvo algunas situaciones muy particulares.

2- El ataque a la identidad implica, necesariamente, un cambio en la construcción de la misma por parte de una persona en particular.

3- El daño a la privacidad o a la intimidad sólo implica la publicación de un dato (información).

4- El dato publicado debe ser cierto, puesto que de ser falso lo que se estaría atacando es la imagen o la reputación del presunto titular de ese dato (tema que se trabaja con precisión en el capítulo correspondiente)

En este último caso, en el considerando 8 del fallo José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros, la Corte establece que “no se daña la reputación de éstas (las personas) mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa”.

3. El marco normativo nacional

Como se viene afirmando en los capítulos precedentes, el desarrollo científico y tecnológico abrió muchas posibilidades para penetrar en la vida de las personas. Tal es así que de manera constante se ponen en juegos principios, valores y derechos establecidos en las normativas formales; derechos que han surgido de las necesidades e intereses de resguardar las personas. Se especifica de diferentes maneras que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; como, además, que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Se suele remarcar que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento

de su dignidad. Es así que la intimidad/privacidad es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta sólo a la propia persona. Se incluye dentro del “ámbito privado” de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. El derecho que poseen las personas de poder excluir a las demás personas del conocimiento de su vida íntima o privada, es decir, de sus sentimientos y comportamientos. Una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida particular. De manera general, la intimidad/privacidad puede ser considerada por muchos como aquel ámbito de la vida personal de un individuo, que (según su voluntad) se desarrolla en un ámbito reservado y debe mantenerse con carácter confidencial.

Ahora bien, estos principios, valores y normas hoy ampliamente reconocidas han vivido un notable desarrollo a lo largo de un siglo y medio de normativización.

3.1. El Constitucionalismo Liberal

Al realizar un somero recorrido por algunas de las constituciones políticas latinoamericanas en los textos del Siglo XIX, bajo la impronta del constitucionalismo liberal, claramente se puede identificar en el tratamiento dado a los papeles privados, la correspondencia epistolar y la inviolabilidad del domicilio, un patrón en la forma de concebir el material jurídico relevante para reconocer la intimidad/privacidad, y en ellos los bienes y valores que le dan esencia (Nino, 2003). Así, la Constitución Nacional de Chile (1833), habla del respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, así como la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia epistolar (Arts. 10, inc. 12º y 13º). La Constitución Colombiana de 1886 también se refiere a la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos, así como la no interceptación ni registros de cartas y papeles privados. La Constitución de Venezuela de 1864 también plantea la inviolabilidad y secreto de la correspondencia y demás papeles, así como del hogar doméstico (art. 14 inc. 3 y 4). La constitución política peruana (1860) se refiere a ello, bajo esa garantía, al secreto de las cartas (art. 22) y del domicilio (art. 31). La Constitución política de Bolivia (1878) garantiza de manera similar la correspondencia epistolar y papeles privados (art. 11).

Siguiendo esta línea, la “inviolabilidad”, es decir, la potestad de rechazar a otro u otros de cualquier profanación, como inmunidad o invulnerabilidad, se constituye en una “garantía” de las personas sobre sus espacios. En este sentido, es una garantía, primero frente al Estado, propia del liberalismo floreciente del nuevo régimen post revolución francesa que define los principios del poder político, pero también, una garantía frente al resto de las personas, dado lo cual, los Estados se constituyen en garantes de la protección de tales bienes y valores.

Este reconocimiento como garantía explícita de las personas, avanza sobre la propia constitución norteamericana en la que, según explica Saldaña (2007), la privacidad se construye a partir de la interpretación de las Enmiendas Primera, al proteger el derecho de reunión y pertenencia, la Enmienda Cuarta que protege a las personas, su domicilio y efectos personales ante requisas irrazonables e intrusiones del gobierno, y en la Enmienda Decimocuarta, en el derecho fundamental de autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia en el desenvolvimiento de la personalidad individual. Sin embargo, su mayor construcción nace a partir de la doctrina, con necesaria mención al célebre ensayo de Warren y Brandeis, *The Right to Privacy*, que en 1890 se considera fundacional de una teoría que busca definir un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a su invasión por modernos mecanismos de interceptación o grabación que amenazan con la difusión indiscriminada de la información privada. Propio del Common Law, fue desde la jurisprudencia, en particular del Tribunal Supremo norteamericano que esta construcción jurídica adquirió su fortaleza.

La forma en que se materializa la defensa de la privacidad/intimidad está en la protección del secreto en las comunicaciones, los papeles privados y el ámbito familiar. Aquí se encuentran un ámbito de reserva propio, que se extiende a sus cosas y a relaciones con otros, pero no más allá. Es decir, hasta cierto punto, cada persona tiene el poder sobre la información que le es propia y que comparte con su grupo, puede incluir o excluir a los otros en el acceso a esa información. En este poder o prerrogativa, se puede encontrar a la libertad como valor fundante, de autorrealización individual y colectiva, sin desconocer que existe un factor que influye en su configuración, que es la moral pública.

3.2. La Constitución Nacional Argentina de 1853/60

En la Constitución Argentina de 1853/60 encontramos a la intimidad y privacidad, en el artículo 18: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...” y en el artículo 19 “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Estos tienen sus antecedentes casi textuales en el Decreto de Seguridad Individual de 1811 (art. 4: la casa de un ciudadano es un [lugar] sagrado, cuya violación es un crimen; art. 3 en referencia a los papeles privados), en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813 (art. 205, 197 y 200, de casi idéntica redacción), en el Estatuto Provisional de 1815, al igual que en el Reglamento Provisorio de 1817 y las constituciones propuestas en 1819 y 1826.

Dice Joaquín V. González, en 1897 que “junto con el domicilio, la Constitución asegura el secreto de la correspondencia y de los papeles privados de cada uno, porque ambos atributos constituyen la esfera inviolable de la vida privada que da mayor sentido a la libertad personal” (González, conf. Ekmekdjian, 1999). Como se puede observar, sigue la orientación de considerar una esfera de reserva de nosotros y exclusión de otros -en particular del Estado- del ámbito de dicha esfera que le es propia y que hace a la libertad. Sólo se permite la injerencia en dicha esfera, cuando se trata de un interés superior colectivo y cumpliendo todos los requisitos legales de un debido proceso.

3.3 El Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield y el Código Penal de 1921

La privacidad y la intimidad no fueron consideradas directa y particularmente por el Código Civil de 1871, sino sólo en lo referido a proteger la honra, la reputación y el honor de las personas. Así, en los artículos 1089 y 1090, encontramos una vinculación directa con las conductas antijurídicas de las figuras penales de “calumnias e injurias”, y ante ellas, el nacimiento de la obligación de reparar la lesión al honor de las personas. Así, entre los hechos y actos jurídicos que generan obligaciones, da derecho a una indemnización a quien haya sufrido un daño por difamación o por acusación falsa y maliciosa. Sin entrar en detalles, se ve que en el Código Penal se tipifican figuras delictivas que buscan proteger la intimidad/privacidad y sanciona delitos contra el honor (Arts. 109 en adelante), contra la

libertad, particularmente en la violación de domicilio (art. 150 y sges), violación de secretos y de la privacidad (Art. 153 y sges).

Esta situación habla de una visión de la intimidad/privacidad no como una esfera de reserva, sino que, apoyándose en la honra y la reputación de las personas, plantea la dimensión de la representación que los otros se pueden hacer de cada uno de los sujetos a través de la información que circula en el medio social.

3.4. La Ley 21.173 y la incorporación del artículo 1071 bis al Código Civil Argentino

Sin perder esta orientación, el Código Civil argentino tuvo un importante avance sobre el tema mediante la ley 21.173, sancionada en 1975, que incorpora al Código Civil Argentino el artículo 1071 bis. Si bien esta norma en algún punto mantiene la protección del honor al dar la facultad de publicar las sentencias que exigen la reparación y el desagravio, busca defender la intimidad/privacidad ante quien se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad.

El texto de esta ley es casi idéntico a la sancionada menos de un año antes, ley 20.889, llamada por Orgaz “Ley sobre Intimidad”, que fue objeto de críticas fundadas en su proceso de formación y sanción. Pero, tal vez, contaba con una redacción más afortunada, pues por un lado dictaba que “toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima”, y por otro lado planteaba la responsabilidad objetiva en los casos de lesión por los mismos medios que luego establece la ley 21.173, derogando la anterior.

El maestro Orgaz (1975), concibe la protección del derecho de intimidad como el derecho de toda persona humana a que sea respetada su vida privada y familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. El texto del artículo 1071 bis que se analiza, resulta casi textual del propuesto por el autor en un artículo de doctrina (El Derecho T. 60 pags. 927-932) en el que ilustra claramente los peligros de la nueva sociedad de aquel entonces y propone la responsabilidad objetiva para estos casos. Este debate, como se sabe,

resulta una cuestión altamente discutida en la doctrina y jurisprudencia de la actualidad en los casos de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet³ (ISP).

El autor habla de la difusión por periódicos sensacionalistas de sucesos penosos de la intimidad de una persona, la reproducción, sin sano interés público, de retratos de hijos o nietos “insanos o deformes en una persona conocida”; el husmeo de lugares privados, “a través de puertas o ventanas o desde terrazas vecinas, con anteojos largavistas”, la interceptación reiterada de comunicaciones telefónicas, la obtención clandestina de la fotografía de una persona, “la participación en el examen médico de una mujer soltera”; el acoso telefónico de una persona por un acreedor; “la intrusión de un hombre en un baño de señoras o en lugar reservado para ellas para su arreglo personal”; la publicación del nombre de una persona en una declaración pública de carácter religioso, político, etc., sin su autorización, “insistentes bromas no injuriosas, pero fastidiosas, por las llamadas telefónicas”; se menciona también “la colocación de un grabador en recintos privados para recoger conversaciones íntimas; y muchos otros casos que, sin ocasionar propiamente dolor o humillación, causan molestia y disgusto y perturban injustificadamente el ambiente de la vida íntima personal o familiar”.

En esta pieza singular de la doctrina jurídica, el civilista citado plantea que se trata de un problema “muy siglo XX”, que no se encuentra con la misma intensidad en siglos anteriores (Orgaz, 1975). Ello se debe, dice, al nacimiento y colosal desarrollo de la gran industria que multiplica enormemente las relaciones humanas, al desmesurado aumento de la población del mundo, que origina lo que se ha llamado gráficamente “sociedad de masas”, el prodigioso avance de las ciencias y técnicas, que ha determinado el invento de la radio y televisión, la proliferación de diarios, periódicos y revistas populares y mucho más, y a la par de conquistas valiosísimas, ha creado, como contrapartida, amenazas graves y a veces sutiles para la seguridad, la paz y la integridad moral de las personas. Resulta importante destacar que estos pensamientos e ideas, fueron expresadas cuando aún no estaban presentes los impactos de la sociedad de la información.

A partir de estas reflexiones, el sentido de la protección se debe al género de ilicitudes que proliferan en las condiciones de las grandes ciudades y “sobre todo, en las relaciones de vecindad, con un visible aumento de la desconsideración y a veces de la grosería, en las

³ Sobre estos casos pueden verse los fallos Da Cunha, V. c/ Yahoo! de Argentina y Ot. S/ Daños y Perjuicios (1° y 2° Instancia), Krum, P. c/ Yahoo! De Argentina y ot. S/ Daños y Perjuicios (1° y 2° Instancia), entre otros.

conductas de unos individuos hacia otros”. Se observa que el autor mantiene la orientación de protección al honor, honra y reputación, pero también se hace cargo de considerar los avances tecnológicos en la comunicación.

3.5. La Reforma Constitucional de 1994

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 planteó dos importantes cuestiones en la materia⁴. Por un lado, incorporó al plexo constitucional (art. 75 inc. 22) los tratados internacionales más trascendentes sobre derechos humanos, en los cuales se reconoce y protege la intimidad/privacidad –la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Artículo 11)-; y por otro, incorpora también un instrumento específico de protección de la intimidad y privacidad, como es el habeas data (art. 43), que al nivel del amparo y el habeas corpus, se establece como una acción de toda persona para tomar conocimiento de los datos y la finalidad de su recolección que, referidos a ella, “consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos”.

Esta reforma pone al día, en muchos sentidos, a la Carta Magna Argentina, en línea con las demandas de una sociedad de fines del Siglo XX. Así, se confirma la consagración positiva de los derechos humanos, los derechos políticos, los derechos de incidencia colectiva, el derecho de los consumidores y las nuevas autoridades de la Nación como el Defensor del Pueblo⁵.

4 Sin dejar de mencionar asimismo que también se debe considerar comprendida a intimidad/privacidad en el artículo 14 bis “la protección integral de la familia”, que incorpora la reforma constitucional de 1956.

5 Para ampliar al respecto, pueden consultarse artículos y publicaciones del autor en: Lezcano, J. M. y Olivera, N. L. “Defensor del Pueblo en la Administración Electrónica. Aproximación al análisis de un Defensor de Pueblo Electrónico” presentado y publicado en el Simposio de Informática y Derecho 2009 - 38 JAIIO, Mar del Plata, Argentina: “The Electronic Ombudsman” Publicado en Proceeding ICEGOV '09 Proceedings of the 3rd international conference on Theory and practice of electronic governance Pages 218-225 ACM New York, NY, USA ©2009; y Lezcano, J.M. “La Atención Del Defensor Del Pueblo En Conflictos De Información En El Gobierno Electrónico” XVII Congreso Iberoamericano de FIADI 2013, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Lezcano, J. M. “Hacia un Defensor de Derechos Humanos en [la] red.” Anales del SID 2013 Simposio Argentino de Informática y Derecho, Pags. 119-133, 42 JAIIO, Cordoba, Argentina. http://42jaiio.sadio.org.ar/proceedings/simposios/SID_Contribuciones.htm

La reforma de 1994 –ocurrida, como se dijo, entre las dos leyes especiales sobre el tema-, marca una mirada sobre la intimidad/privacidad a partir de la dignidad humana, consagrando implícitamente la autodeterminación informativa.

4. Bibliografía

Martínez de Vallejo Fuster, Blanca (1993); “La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13; Alicante.

Montreal, Eduardo Novoa (1997); “Derecho a la Vida Privada y la Libertad de Información. Un conflicto de Derechos”. Editorial Siglo XXI, Mexico.

Nino, Carlos Santiago (2002); “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Análisis Filosófico, Jurídico, y Politológico de la Práctica Constitucional; Astrea; Buenos Aires.

Sibilia, Paula (2008); *La Intimidad como Espectáculo*; Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

Saldaña, María Nieves (2007); *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. Araucaria, Buenos Aires.

Warren, S. y Brandeis, L. (1995); *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, Boston, vol. IV, núm. 5, Trad. Pilar Baselga, Civitas. Madrid.

Ekmekdjian, Miguel Angel (1999); “Tratado de derecho constitucional : Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina”; Deplama; Buenos Aires.

Orgaz, Alfredo (1975); “La Ley sobre Intimidad” Publicado en *El Derecho* T. 60; Buenos Aires.

Capítulo 4

Los Derechos Humanos y las Obligaciones de los Estados sobre “la Privacidad”

Por Roberto Bugallo¹, Ernesto Liceda y José María Lezcano

1. El compromiso de los Estados

La voluntad soberana de los Estados se manifiesta cuando resuelven adherir a un tratado Internacional. Es de suponer que nada obliga al Estado más que la propia evaluación y decisión. Sin embargo cuando lo hace a un instrumento internacional de Derechos Humanos a diferencia de otro tipo de Tratados hay criterios diferenciales.

En tanto que en un tratado bilateral o multilateral, el incumplimiento por parte de un Estado autoriza a que los otros dejen de respetar las obligaciones asumidas en el instrumento suscrito, en el caso de los tratados que se refieren a Derechos Humanos, el quebrantamiento de una parte no faculta a que el Estado signatario a su vez incumpla con sus compromisos. Ello conlleva a una especial categorización de estos instrumentos que generan para los Estados que los incorporan, una serie de exigencias relacionadas con el respeto y la garantía de cumplimiento.

Específicamente algunos tratados incluyen el compromiso de los Estados que adhieren, de revisar las legislaciones internas con la finalidad de adaptarlas al Convenio y de adoptar las medidas necesarias ya sean legislativas o de cualquier otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades enunciadas en el instrumento suscrito –Deber/obligación de adoptar disposiciones de derecho interno- (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 2; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, -Protocolo de San Salvador- Art. 2, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6; Convención Interamericana sobre Desaparición

¹ Roberto Bugallo, autor invitado en esta compilación, es abogado, graduado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Docente e investigador en Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la UBA y de Derecho a la Información en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Centro. Cursó estudios de DDHH en Costa Rica y en La Haya (Holanda) y de Ciencia Política en la Univ. de Salamanca (España). Investigator (GECSI-UNLP). robertobugallo@jursoc.unlp.edu.ar

Forzada de Personas, Art. III; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belem do Para, art, 7 c; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Art. III)².

En tanto que otros sistemas regionales marcan una de las diferencias más relevantes al no contar con disposiciones análogas (ej. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

2. La Convención Interamericana de Derechos Humanos

Ahora bien, concretamente en el sistema interamericano al momento de discutirse los alcances y su interpretación en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, en el transcurso de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, fue el gobierno de Chile quien propuso la inclusión de las obligación prevista en el art. 2, al formular observaciones al proyecto final. Esta obligación no se encontraba en los trabajos previos de elaboración del Proyecto, ya que se consideraba que existía naturalmente por aplicación del Derecho Internacional. La delegación chilena sostenía que el fin de esta norma era crear una obligación clara para los Estados Partes, para que tuvieran en cuenta la necesidad de dictar normas legales cuando ello fuera necesario debido a la falta de especificidad de las disposiciones de la Convención. La delegación de Estados Unidos se opuso al considerar que los primeros treinta y dos artículos de la Convención no son ejecutables por sí mismos (are not self executing)³.

Finalmente se impuso la opinión mayoritaria que siguió a la delegación chilena que sostuvo *“no parece conveniente la eliminación de una disposición análoga a la establecida en el*

2 Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

3 La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (art.1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidas por la Convención (art.2). Mientras que la última disposición indica que las disposiciones substantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación de todas las disposiciones substantivas a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: “Los Estados Unidos declaran que los artículos 1 al 32 de esta Convención no se aplican directamente”

*artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*⁴ y se incluyó la reforma propuesta.

Paradójicamente los Estados Unidos, si bien suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 1ro. de Junio de 1977, nunca ratificó el Pacto, con lo cual quedó en evidencia una conducta muy cuestionada como lo es participar en los trabajos previos, tratar de imponer sus puntos de vista –y en algunos casos efectivamente imponerlos-, y luego no ratificar la Convención.

3. La aplicación de la Convención Americana

De este artículo se desprenden varias reflexiones. La primera es que los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica se encuentran obligados a desarrollar en su normativa interna los derechos enunciados a nivel internacional para que puedan ser aplicados por los organismos del Estado y a adoptar todas las medidas legislativas necesarias para permitir el uso y goce de los derechos enunciados. La segunda es que los Estados deben revisar su legislación vigente al momento de entrada en vigor de la Convención Americana para adecuarla a los compromisos asumidos internacionalmente, y dentro de un plazo razonable⁵ La Corte Interamericana ha entendido que el compromiso enunciado en el art. 2 *“establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”*, señalando *“que esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella”*⁶

4 Actas y Documentos, Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7 a 22 de Noviembre de 1969

5 En relación con el artículo 2, debe recordarse que los Estados Partes asumieron, junto al deber de "respetar los derechos y libertades reconocidos" en la Convención, el de "garantizar su libre y pleno ejercicio" (art.1.1), lo cual debe interpretarse, a la luz de dicho artículo 2, como también el compromiso de "adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". De esta manera, al deber negativo de no irrespetar, se suma el positivo de garantizar y, por ende, de ir garantizando, cada vez mejor y con más eficacia, aquellos derechos y libertades (Corte I.D.H. OC-4 del 19-01-84, voto separado del Juez Piza, parr.4)

6 Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorria vs Argentina. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie C

En cuanto a la determinación de que las disposiciones de derecho interno han de ser efectivas, (*effe r utile*), la Corte entiende que el Estado que adhiere debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención, sea realmente cumplido, en tanto que la obligación de adaptar la legislación interna del Estado, es una obligación de resultado⁷. Es decir que no alcanza con el dictado formal de normas por los Estados Parte para adecuar su legislación interna a la Convención, si dichas normas no garantizan efectivamente los derechos y libertades señalados y protegidos por el Pacto.

Asimismo la Corte Interamericana ha interpretado que este artículo incluye las medidas necesarias para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que signifiquen una violación a los derechos previstos⁸.

Además de los casos citados, este Tribunal internacional ha tenido oportunidad de manifestarse en Opinión Consultiva señalando:

*“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos...”*⁹

La jurisprudencia en este sentido continúa desarrollándose en situaciones concretas que han llegado a su conocimiento y la Corte en cada nueva sentencia va ampliando y precisando el alcance que otorga a este artículo.

En el *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, la Corte dedujo que el Estado argentino incumplió con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 del mismo en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón por no tipificar la venta de niños, niñas y adolescentes¹⁰.

7 Corte I.D.H. Caso Caesar vs Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C, No. 123, párr.93

8 Corte I.D.H. Caso Durand y Ugarte vs Perú, Fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C Nro. 68, párr.137

9 Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. [Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 13, párr. 26]

10 Corte I.D.H. Caso Fornerón e hija vs Argentina, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 27 de Abril de 2012, Serie C, Nro. 242, párr.144

Igualmente este Tribunal ha considerado que la interpretación dada al artículo 2 de la Convención Americana se fundamenta en un principio general del derecho internacional, indicando que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe. Y este principio ha sido ampliamente recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia y expresamente incorporado en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ¹¹

Por último, y relacionado con la obligación de adecuar su normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que: *“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas...”*

Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana en concurrencia con los citados 26 y 27 de la Convención de Viena dan fundamento al control de convencionalidad que opera sobre las legislaciones internas de los Estados, y en esa dirección importa destacar que la defensa y observancia de los derechos humanos en cuanto al cumplimiento de los compromisos internacionales referido a la labor de los operadores de justicia debe efectivizarse a través del llamado *“control de convencionalidad” según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumentos internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*”¹²

En cuanto al compromiso de *“adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derecho o libertades”*, debe entenderse que la obligación recae en todas las autoridades del Estado parte, dentro de sus respectivas

11 Observancia de los tratados. Art. 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado Corte I.D.H. Caso Garrido y Baigorria vs Argentina, Reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, Nro. 39; , parr. 68, Caso Zambrano Velez y otros vs Ecuador, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, Nro. 166, par.55; Caso La Cantuta vs Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C Nro. 162, parr. 170.

12 Corte I.D.H. Caso Almonacid Arellano vs Chile. Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, Nro. 154, parr. 124 y Caso Boyce y otros vs Barbados. Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie Con. 169, parr. 113 Corte I.D.H. Caso Gelman vs Uruguay. Fondo reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C Nro. 221, parr. 239

competencias, y que la expresión “*de otro carácter*” implica cualquier medida que sea eficaz, como puede ser las “*interpretaciones conformes*” que efectúan los tribunales nacionales o las autoridades administrativas, incluso el dejar de aplicar las disposiciones internas cuando sean incompatibles con la CADH.

De allí que la medida para ejercer el control de convencionalidad sea precisamente la Convención Americana y en general los otros tratados sobre Derechos Humanos que conforma el corpus iuris interamericano, comprendiendo también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención.

Esto implica que este tipo de control de convencionalidad sea de carácter difuso al recaer sobre todas las autoridades, la obligación de ejercerlo al constituir una “*función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial*”, generando una interacción entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares comunes para la protección efectiva de los derechos humanos¹³.

4. La Organización de las Naciones Unidas

En el análisis de la privacidad, entonces, es de importancia fundamental revisar antecedentes normativos emanados de la Organización de las Naciones Unidas (creado el 24 de octubre de 1945 en la Ciudad de San Francisco EEUU), como la mayor organización internacional existentes. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos no solo limitados al Derecho Internacional sobre la paz y la seguridad; implica una Organización clave sobre el desarrollo económico, los asuntos sociales, humanitarios y todo tema referido a los derechos humanos; de aquí la importancia de referenciar las principales resoluciones.

4.1. Las resoluciones sobre derechos humanos en Internet

En el año 2012, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Resolución de Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. Este documento, promovido por el Consejo de Derechos Humanos del organismo, resalta el derecho a la libertad de opinión y de expresión y observa que el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión, en Internet es una cuestión que reviste

13 Conf. Ferrer Mac Gregor Eduardo (coord.) El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM

cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Son el acceso a Internet y la libertad de expresión en Internet, las dimensiones de derechos humanos que se resaltan en su parte central. La afirmación que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión se encuentra actualmente controvertida en virtud del llamado “fin de la neutralidad en la red” y la propuesta A8-0245/2018 del Parlamento Europeo sobre Derechos de Autor. Más allá de esto, desde su génesis es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, también el documento reconoce la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas y exhorta a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países¹⁴.

4.2. La Resolución de las Naciones Unidas sobre la Privacidad en la era digital

El 18 de diciembre de 2013, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprueba, con el voto de Argentina como miembro del Consejo de Derechos Humanos, la Resolución titulada **Derecho a la Privacidad en la era digital** (A /RES/68/167), sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/68/456/Add.2). Este documento, promovido de manera conjunta por Brasil y Alemania y apoyado por más de 50 miembros del organismo, sostiene el derecho a la privacidad para todas las personas. El principal motivo de este documento fue el escándalo producto del sistema de vigilancia masiva promovido por el gobierno de los EEUU y del Reino Unido sobre ciudadanos de todo el planeta¹⁵.

En el mismo se apunta que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las TIC y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los

14 Res. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (A/HRC/20/L.13)

15 Conf. Fundación Via Libre, disponible en <http://www.vialibre.org.ar/2013/12/19/contundente-resolucion-de-naciones-unidas-sobre-el-derecho-a-la-privacidad-en-la-era-digital/>

gobiernos, las empresas y de algunas personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podría constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos, en particular del derecho a la privacidad, establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que, por lo tanto, esta cuestión suscita cada vez más preocupación para el organismo y los estados miembros.

En su letra, se entiende y reafirma el derecho humano a la privacidad, como aquel bajo el cual nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias. Se reconoce que el ejercicio del derecho a la privacidad es importante para materializar el derecho a la libertad de expresión y para abrigar opiniones sin interferencias, y es una de las bases de una sociedad democrática. Pone de relieve que la vigilancia y las interceptaciones ilícitas o arbitrarias de las comunicaciones, así como la recopilación ilícita o arbitraria de datos personales, al constituir actos de intrusión grave, violan los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión y pueden ser contrarios a los preceptos de una sociedad democrática.

En esa línea, se afirma que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, incluido el derecho a la privacidad, por lo que la Asamblea General expresa su profunda preocupación por los efectos negativos que pueden tener para el ejercicio y el goce de los derechos humanos, la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones, incluidas la vigilancia y la interceptación extraterritoriales de las comunicaciones, así como la recopilación de datos personales, en particular cuando se llevan a cabo a gran escala.

Exhorta a todos los Estados a que: *“a) Respeten y protejan el derecho a la privacidad, incluso en el contexto de las comunicaciones digitales; b) Adopten medidas para poner fin a las violaciones de esos derechos y creen las condiciones necesarias para impedirlos, como cerciorarse de que la legislación nacional pertinente se ajuste a sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos; c) Examinen sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, incluidas la vigilancia, interceptación y recopilación a gran escala, con miras a afianzar el derecho a la privacidad, velando por que se dé cumplimiento pleno y efectivo de todas sus obligaciones*

en virtud del derecho internacional de los derechos humanos; d) Establezcan o mantengan mecanismos nacionales de supervisión independientes y efectivos capaces de asegurar la transparencia, cuando proceda, y la rendición de cuentas por las actividades de vigilancia de las comunicaciones y la interceptación y recopilación de datos personales que realice el Estado...”¹⁶

5. La Organización de Estados Americanos

La OEA fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Es de destacar la importancia de revisar diferentes precedentes formales de la Organización de los Estados Americanos como el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “sistema interamericano”, el más antiguo sistema institucional internacional.

5.1. La Libertad de Expresión e Internet

En materia de Derechos Humanos e Internet, se debe mencionar también el Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión¹⁷, elaborado por la CIDH en Diciembre de 2013. En este informe se dispone que el entorno digital debe adecuarse a unos principios orientadores que informan la labor del Estado, el desarrollo de políticas públicas y la actuación de los particulares. Tales principios, incluyen el acceso en igualdad de condiciones, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad. Este Informe, señala que *“En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de*

16 Res. aprobada por la Asamblea General en su 71ª Sesión Plenaria, el 20 de diciembre de 2013 . (A/RES/68/235) Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/235>

17 CIDH “Libertad de Expresión e Internet” (Informe 2013). Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación”. Señala, asimismo, que *“los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación -como telefonía o radio y televisión- no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades”*¹⁸ en materia de “Privacidad”, como uno de los principios orientadores. En efecto, conforme este documento, las autoridades deben, por una parte, abstenerse de hacer intromisiones arbitrarias en la órbita del individuo, su información personal y sus comunicaciones y, por la otra, deben garantizar que otros actores se abstengan de realizar tales conductas abusivas. Por ejemplo, se debe promover la existencia de espacios en línea libres de observación o documentación de la actividad e identidad de los ciudadanos. Esto incluye, por ejemplo, la preservación de plataformas anónimas para el intercambio de contenidos y el uso de servicios de autenticación proporcionales. Este punto está estrechamente ligado a la obligación estatal de crear un ambiente protegido para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión toda vez que la vulneración de la privacidad de las comunicaciones tiene un efecto inhibitorio y afecta el pleno ejercicio del derecho a comunicarse¹⁹.

Cabe destacar, en este sentido, la mencionada Resolución aprobada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual los Estados reconocieron que las prácticas de vigilancia y la interceptación y recopilación ilícita o arbitraria de datos personales no sólo afectan el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión sino que también pueden ser contrarios a los preceptos de una sociedad democrática²⁰.

Finalmente, la defensa de la privacidad de las personas debe hacerse -indica el informe- atendiendo a criterios razonables y proporcionados que no terminen restringiendo de manera arbitraria el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, es importante

18 Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). 1 de junio de 2011. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Punto 1 (c).

19 CIDH. Informe No. 82/10. Caso No. 12.524. Fontevecchia y D’Amico. Argentina. 13 de julio de 2010. Párr. 91 y ss.

20 Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013. 68/167. El derecho a la privacidad en la era digital. A/RES/68/167. 21 de enero de 2014. Párr. 4. Disponible para consulta en: http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r68_es.shtml

recordar que, como lo indica el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, “[l]as leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público”.

5.2. Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y Protección de datos personales

En el 86° Período Ordinario de Sesiones de la Organización de Estados Americanos, en marzo de 2015 (Rio de Janeiro, Brasil), se presenta el Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre Privacidad y Protección de Datos Personales (OEA/Ser.Q. CJI/doc. 474/15 rev.2). En su texto, se expresa que la finalidad de los Principios de la OEA sobre la privacidad y la protección de datos personales es *“establecer un marco para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de los datos personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información. Los principios se basan en normas reconocidas a nivel internacional. Su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de datos personales”*. Así, se insta a que cada Estado Miembro debe determinar cuál es la mejor manera de implementar los principios generales de protección de datos personales en su ordenamiento jurídico interno, sea por medio de leyes, normas u otros mecanismos. También dispone que los Estados Miembros deben establecer reglas efectivas para la protección de datos personales que hagan efectivo al derecho de la persona a la privacidad y que respeten sus datos personales, protegiendo al mismo tiempo el derecho de la persona a beneficiarse del libre flujo de información y del acceso a la economía digital.

El documento plantea la necesidad de los Estados de que, al momento de generar instrumentos normativos y técnicos, se busque un equilibrio que proteja el derecho de las personas a beneficiarse de la economía digital y los flujos de información que la sustentan. Dice *“... debe buscar (la normativa nacional) un equilibrio entre el derecho de las personas a controlar la forma en que se recopilan, almacenan y utilizan sus datos personales y su derecho a tener acceso a los datos, así como los intereses de las organizaciones en el uso de datos personales con fines comerciales legítimos y razonables*

en una economía basada en datos.”²¹ Es interesante observar cómo el documento conceptualiza al mismo tiempo a la privacidad y al concepto del libre flujo de información. Es muy probable que esto tenga un sentido político-económico, en tanto desde el mismo documento internacional se los referencia en una relación cuasi dialéctica. Consideramos que, desde una perspectiva de decisiones judiciales, la ponderación de derechos en juego, frente a un conflicto dado, impone la necesidad de atender a los bienes y valores en juego detrás de cada uno de los derechos, privacidad y libre flujo de información.

A la privacidad la consagra a partir del Derecho Internacional, como basada en los conceptos fundamentales del honor personal y la dignidad, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Hay disposiciones relativas a la protección de la privacidad, el honor personal y la dignidad en los principales sistemas de derechos humanos del mundo, en tanto que expresa que las leyes fundamentales de muchos Estados Miembros de la OEA “*garantizan el respeto y la protección de la privacidad, la dignidad personal y el honor familiar, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, los datos personales y conceptos conexos.*” Aunque las disposiciones de casi todos los Estados de la OEA, varían considerablemente en lo que se refiere a su enfoque, ámbito de aplicación y contenido, los Estados han adoptado algún tipo de ley con respecto de la protección de la privacidad y los datos, en consonancia con estos derechos fundamentales, los principios de la OEA reflejan los conceptos de autodeterminación en lo que respecta a la información, la ausencia de restricciones arbitrarias al acceso a los datos propios y la protección de la privacidad, la identidad, la dignidad y la reputación.

Cuando se refiere al concepto de libre flujo de información, en tanto, lo fundamenta en los principios esenciales de la libertad de expresión y de asociación e indica que el libre flujo de información se reconoce en los principales sistemas de derechos humanos del mundo. Indica que estos son cruciales para la promoción de la democracia y las instituciones democráticas y señala que “*en una ‘sociedad de la información’ centrada en la persona y orientada al desarrollo, la protección del derecho de las personas a tener acceso a información y conocimientos, a usarlos y a difundirlos puede ayudar a las personas, a las comunidades y a los pueblos a alcanzar su pleno potencial, promover el desarrollo sostenible y mejorar la calidad de vida en general, de acuerdo con los propósitos y*

21. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-doc_474-15_rev2.pdf Pag. 2

principios de la Carta de la OEA y con nuestros instrumentos regionales de derechos humanos”.

El informe del Comité Jurídico Interamericano propone una definición de “datos personales”²² e indica que, en términos de principios, se use esta expresión en un sentido más amplio que el de “información personal”. También define “controlador de datos”²³, “procesador de datos”²⁴, “autoridad responsable de la protección de datos”²⁵, “titular de datos”²⁶ y “datos sensibles”²⁷.

En la enunciación de los principios de la OEA sobre protección de la privacidad y los datos personales²⁸, el “Principio Uno: Propósitos Legítimos y Justos”, establece que los datos personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales. El “Principio Dos: Claridad y Consentimiento” indica que se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento en que se recopilen; como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran. El “Principio Tres: Pertinencia y Necesidad”, señala que los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación. El “Principio Cuatro: Uso Limitado y Retención”, establece que los datos personales deben ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron; no deberán mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente. El “Principio Cinco: Deber de Confidencialidad”, expresa que los datos personales no deben divulgarse, ponerse a disposición de terceros ni emplearse para otros propósitos que no sean aquellos para los cuales se obtuvieron, excepto

22 Datos personales “abarca la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona en particular de forma directa o indirecta, especialmente por referencia a un número de identificación o a uno o más factores referidos específicamente a su identidad física, fisiológica, mental, económica, cultural o social.

23 Controlador de datos: “la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo u organización que (solo o junto con otros) se encarga del almacenamiento, el procesamiento, el uso, la protección y la difusión de los datos en cuestión.

24 Procesador de datos: “se refiere más específicamente a la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo u organización que (solo o junto con otros) procesa los datos en cuestión”, en tanto que “procesamiento de datos” se usa en un sentido amplio y abarca toda operación o conjunto de operaciones realizado con datos personales, como recopilación, registro, almacenamiento, alteración, recuperación, divulgación o transferencia.

25 Autoridad responsable de la protección de datos: “organismos reguladores nacionales que se encargan de establecer y hacer cumplir leyes, normas y requisitos relativos a la protección de datos personales a fin de mantener la uniformidad en todo el país”.

26 Titular de los datos: Es la persona cuyos datos personales se recopilan, procesan, almacenan, utilizan o difunden.

27 Datos Personales Sensibles: que se refiere a una categoría más estrecha que abarca los datos que afectan a los aspectos más íntimos de las personas físicas. Según el contexto cultural, social o político, esta categoría podría abarcar, por ejemplo, datos relacionados con la salud personal, las preferencias sexuales, las creencias religiosas o el origen racial o étnico.

28 Disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_186_LXXX-O-12.pdf

con el consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley. El “Principio Seis: Protección y Seguridad” indica que los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación. El “Principio Siete: Fidelidad de los Datos”, señala que los datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso; la exactitud y la precisión revisten una importancia vital para la protección de la privacidad. El “Principio Ocho: Acceso y Corrección” aconseja que se debe disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso a dichos datos y puedan solicitar al controlador de datos que los modifique, corrija o elimine; en caso de que fuera necesario restringir dicho acceso o corrección, deberían especificarse las razones concretas de cualquiera de estas restricciones de acuerdo con la legislación nacional. El “Principio Nueve: Datos Personales Sensibles” expresa que algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos; los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información. El “Principio Diez: Responsabilidad” indica que los controladores de datos adoptarán e implementarán las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios. El “Principio Once: Flujo Transfronterizo de Datos y Responsabilidad” dispone que los Estados Miembros cooperarán entre sí en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los controladores de datos que operen en más de una jurisdicción puedan ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos principios. Finalmente, el “Principio Doce: Publicidad de las Excepciones” señala que cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad interna o externa, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, deberían poner en conocimiento del público dichas excepciones.

6. Bibliografía

- Albanese, Susana (1992); Promoción y protección internacional de los Derechos Humanos, La Rocca; Buenos Aires.
- Bidart Campos, Germán J. (1994); La interpretación del sistema de Derechos Humanos; Ediar, Buenos Aires
- Bobbio, Norberto et al. (1985); Crisis de la Democracia; Ariel, Barcelona.
- Fappiano, Oscar (2007); El Derecho de los Derechos Humanos; Ediar, Buenos Aires
- Gordillo, Agustín (2007); Derechos Humanos, de Agustín Gordillo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Manilis, Pablo (2005) El Bloque de constitucionalidad; La Ley, Buenos Aires.
- Medina, Cecilia (2003); Derecho Internacional de los Derechos Humanos, CDH; Buenos Aires.
- Miller, Jonathan, Angélica Gelly y Susana Cayuso (1991); Constitución y Derechos Humanos; Astrea, Buenos Aires.
- Nino, Carlos Santiago (1985); Ética y Derechos Humanos; Paidós, Buenos Aires.
- O'Donnell, Daniel (1989); Protección Internacional de los Derechos Humanos; Comisión Andina de Juristas, Lima.
- Olivera, N. L., Iuale, C. A. (2010): "El Concepto de Internacionalidad en la Sociedad de la Información". Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad De la Información –GECSI-, FCJyS, UNLP.
<http://www.gecsi.unlp.edu.ar/>
- Ordoñez Jaime y Enrique Vázquez (comp.) (1991); Derechos Económicos y desarrollo en América Latina; IIDH, San José de Costa Rica.
- Padilla, Miguel M. (1995); Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías; Abeledo Perrot; Buenos Aires.
- Perez Luño, Antonio E. (1986); Los derechos fundamentales; Tecnos, Madrid.
- Pinto, Mónica (2009); Temas de Derechos Humanos; Del Puerto, Buenos Aires
(1993); La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Del Puerto; Buenos Aires.
- Travieso, Juan (1999); Historia de los Derechos Humanos y Garantías, Heliasta, Buenos Aires.

(1999) Garantías fundamentales de los Derechos Humanos, de Juan A. Travieso, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Vinuesa, Raúl (Comp.) (1986) Derechos Humanos; Zavalía; Buenos Aires.

Capítulo 5

El Código Civil y Comercial Argentino y la protección de los Derechos Humanos

Por José María Lezcano, Ernesto Liceda y Roberto Bugallo

1. La Jurisdicción Nacional: antecedentes

En el caso de la República Argentina la pregunta que surge luego del análisis realizado en los precedentes capítulos es ¿cómo se articulan en el ordenamiento interno del país los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos? Para responderla puede ser válido remontarse a los momentos fundacionales de la Nación. Después de décadas de desencuentros, enfrentamientos internos, constituciones frustradas y pactos interprovinciales, la Confederación Argentina logra darse, en 1853, una forma organizativa que pretendió ser definitiva, adoptando el modelo norteamericano en la forma representativa republicana y federal. Inspirada en los principios del liberalismo clásico, la primera parte estableció una serie derechos individuales y libertades civiles, refiriéndose la segunda parte al derecho constitucional del poder, dividido en legislativo, ejecutivo y judicial. Al margen de esta Constitución quedaba el Estado de Buenos Aires el que, finalmente debe incorporarse al territorio de la Nación. Pese al acuerdo de no modificar la Constitución durante un plazo de diez años, en 1860 y en aras de la unidad nacional se le incorporaron algunas reformas propuestas por Buenos Aires.

Las posteriores reformas no alteraron su estructura hasta que, en 1949, con la idea de incorporar nuevos derechos sociales y nuevas funciones del Estado, una Convención Constituyente la reemplazó por una Constitución de corte social. En abril de 1956 el gobierno de facto que desplazó al gobierno constitucional emitió una proclama dejándola sin efecto y reponiendo la vigencia de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898. Luego, una Convención Constituyente convocada por la misma intervención militar incorporó el artículo 14 bis referido a derechos del trabajo y la seguridad social.

Siguiendo una recurrencia funesta, en junio de 1966, tras un nuevo un golpe de Estado, asumió el poder una junta militar que se autodenominó Revolución Argentina y dictó un Estatuto integrado por 10 artículos que tenían preeminencia sobre la Constitución Nacional. Su vigencia fue dejada sin efecto por el siguiente gobierno democrático.

Posteriormente, el 24 de marzo de 1976, mediante un nuevo golpe de Estado, asumió el poder otra junta militar facciosa que se autodenominó “Proceso de Reorganización Nacional”. I invocando “el ejercicio del poder constituyente” impuso una serie de “principios liminares”, “objetivos básicos”, actas y estatutos “para la Reorganización Nacional”, a los que deberían someterse todas las otras leyes incluida la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972, considerada formalmente vigente, pero subordinada a “los objetivos básicos del Proceso” (art. 14, Estatuto el Proceso de Reorganización Nacional). Paradójicamente, pese al arsenal normativo impuesto, el Proceso llevó a cabo violaciones de derechos masivas y sistemáticas al margen de sus propias normas. Finalmente, la recurrencia trágica se interrumpió con la asunción de un gobierno democráticamente elegido en 1983 y la normalidad institucional ha continuado hasta la fecha.

En 1994 se produjo la última –y más importante- reforma de la Constitución. Una Convención Constituyente elegida sin exclusiones, la modernizó y definió el texto constitucional hoy vigente en nuestro país. Introdujo los llamados derechos de tercera y cuarta generación, normas para defensa de la democracia y la constitucionalidad, definió las características de los órganos de gobierno e incorporó nuevos órganos de control¹. Pero indudablemente la mayor modificación se produjo en el ahora artículo 75, inc. 22, las atribuciones reservadas al Congreso de la Nación, al incorporar al bloque de constitucionalidad federal una serie de instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos²

1 Esta reforma constitucional abarca 44 artículos y tiene 17 disposiciones transitorias, estableciendo entre otras normas: el reconocimiento de los derechos de protección ambientales, del consumidor, a la información, la acción constitucional de amparo simple y colectivo, los delitos contra la constitución y la democracia, la preeminencia de los tratados internacionales, el voto directo y la reelección presidencial por una vez y acortamiento del mandato de 6 a 4 años, la reglamentación de los decretos por razones de necesidad y urgencia, el tercer senador por la minoría, el Consejo de la Magistratura, la posibilidad de traslado de la Capital de la República, la autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, etc. También estableció el sistema de balotaje, una segunda vuelta electoral en la elección presidencial en caso de que ningún candidato obtuviese más del 45 % de los votos válidos emitidos o sacando un mínimo de 40 % superase al segundo por más del 10 %.

2 Art. 75.- Corresponde al Congreso:... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser

Y aquí es cuando, cerrando la presentación del presente capítulo, se vuelve a recurrir a la pregunta formulada al principio: ¿Cómo se articulan en el ordenamiento interno los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos?

2. De la Constitución Nacional, sus interpretaciones y el control de constitucionalidad

El constituyente incorporó en el texto de 1853 un artículo que expresamente consagró la supremacía de la Constitución Nacional y del derecho federal sobre los distintos órdenes jurídicos provinciales, empleando las siguientes palabras “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia estarán obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...*” (Art. 31).

2.1. La supremacía constitucional

No podían haber dudas de que la Constitución estaba por encima de las leyes y los tratados por su carácter de escrita y rígida (art. 30), y además porque el art. 27 decía que el Gobierno Federal debía afianzar relaciones de paz y comercio con los países extranjeros por medio de tratados “*que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución*”. Pero sí podía haberlas respecto de la relación jerárquica entre las leyes y los tratados.

Ahora bien, si el artículo 31 establece la supremacía constitucional, el art. 116 del mismo texto señala: “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*”. La interpretación armónica de ambas normas sustenta, no sólo el control de constitucionalidad de las disposiciones inferiores, sino que es la Corte Suprema el órgano asignado en última instancia para ejercer dicho control. Para mayor abundamiento, en la

denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

reforma constitucional de 1994, el nuevo artículo 43 reconoció expresamente la procedencia del control de constitucionalidad difuso.

Antes de la reforma, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina había sido vacilante y poco clara en el tema. En el año 1963 sostuvo que las leyes y los tratados se hallaban en igualdad jerárquica y, por lo tanto, regía el principio de que la norma posterior derogaba a la anterior, postura que ratificó cinco años después

En el año 1972 Argentina ratificó la Convención Internacional de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 -que entró en vigencia en 1980-, cuyo art. 27 expresamente dice *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Después de la reforma de 1994, el art. 31 debió ser leído en consonancia con el nuevo 75, inc. 22, despejando las dudas interpretativas, al disponer que los tratados están por encima de las leyes. Los convencionales optaron por mantener la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el ordenamiento jurídico interno, conformando con los instrumentos de derechos humanos enumerados en el artículo, un bloque de constitucionalidad federal y la superioridad de los tratados sobre las leyes.

Y aquí podría haber quedado la labor de los convencionales, con la enumeración de los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos (dos Declaraciones y nueve Tratados en ese momento), pero los constituyentes incorporaron un párrafo novedoso. Luego de la mención de los mismos, siguió diciendo: *“tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos.”*

La frase *“...en las condiciones de su vigencia”* incluida en el artículo 75 inc. 22 CN ha dado lugar a dos líneas de interpretaciones que no necesariamente han de ser consideradas contradictorias o excluyentes entre sí. La primera se refiere al modo en que fueron aprobados los instrumentos incorporados y ratificados por la República Argentina, es decir, con sus respectivas reservas y aclaraciones interpretativas³. La otra es que han sido

³ Por ejemplo, fueron aprobados con reservas la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional de derechos Económicos, sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; con una reserva y tres declaraciones la Convención sobre los Derechos del Niño; y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana bajo la condición de reciprocidad

incorporadas con el alcance hermenéutico que los organismos internacionales de Derechos Humanos han dado a las cláusulas de los tratados respectivos.

2.2. Los progresos o avances jurisprudenciales en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

No es intención de este trabajo analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema, en este sentido, pero aún antes de la reforma constitucional, en 1992, el máximo tribunal en “*Ekmedjian Miguel A. c/Sofovich Gerardo y otros*” (Fallos 315:1492) expresó en el Considerando 21 del voto mayoritario: “...21) *Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1). Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (Opinión Consultiva OC-7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, N° 7, pág. 13, par. 14). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1, "reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible" (Ibidem, p. 19, letra A) y que la frase "en las condiciones que establece la ley" se refiere a cuestiones tales como "si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc." (Ibidem, p. 14, par. 27), pero que "el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme al artículo 1.1. ...En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención" (p. 15, par. 28)...”*

Al igual que la doctrina de “*control de constitucionalidad*” que requiere que se controle en las distintas instancias judiciales, la vigencia de la supremacía de la Constitución Nacional en forma real y efectiva, la doctrina del “*control de convencionalidad*”, exige que los distintos estamentos del Estado Parte también controlen la aplicación de los tratados aprobados.

En el ámbito interamericano, este control de convencionalidad ya fue esbozado en el 2003 (“*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”) y 2004 (“*Tibi vs. Ecuador*”) por el Juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, y sostenido luego en 2006 por el pleno de la Corte en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*.

Dijo allí la Corte Interamericana que cuando un Estado había ratificado un tratado internacional como la Convención, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también estaban sometidos al mismo, lo que los obligaba a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vieran mermadas por aplicación de leyes contrarias a ese objeto y fin. “*En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana*”. Y agregó “*En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete final de la Convención Americana*”.⁴

La Corte Suprema argentina, luego de “*Ekmejdjian c/Sofovich*” y de la reforma constitucional se pronunció en numerosos fallos por el seguimiento de los pronunciamientos (recomendaciones, opiniones consultivas y fallos) de los organismos interamericanos (Comisión y Corte Interamericana), inclinándose progresivamente por su acatamiento.⁵

Igualmente en el fallo “*Simón*” dijo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana y las directivas de la Comisión IDH constituían una “*imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención,*” y siguiendo el precedente de

4 Corte I.D.H., Caso *Almonacid Arellano vs Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, parr. 124

5 “*Giroldi*” (Fallos: 318:514) (1995), “*Bramajo*” (Fallos: 310:1840) (1996), “*Arancibia Clavel*” (Fallos: 327:3294), “*Espósito*” (Fallos: 327:5668) (2004), “*Simón*” (Fallos: 328:2056) (2005), “*Mazzeo*” (Fallos: 330:3248) (2007), entre los más importantes. El fallo “*Espósito*” es particularmente importante dado que la Corte dijo que estaba obligada a acatar lo resuelto por la CIDH en el caso “*Bulacio vs. Nación Argentina*” del año anterior (2003) pese a que no estaba de acuerdo y a que no se compadecía con sus propios precedentes.

“Barrios Altos” sostuvo que la traslación de sus conclusiones era “*imperativa*” si es que debían interpretarse de buena fe como pauta jurisprudencial.⁶

En julio de 2007, la Corte Suprema en la causa “*Mazzeo*” avanzó notablemente en la dirección apuntada. Citó el fallo de la Corte Interamericana en “*Almonacid Arellano vs. Chile*” transcribiendo textualmente lo indicado por el Tribunal interamericano en la parte que señalaba que cuando un Estado había ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces debían tener en cuenta no solamente su texto sino “*también la interpretación*” que del mismo había hecho la Corte Interamericana y luego pasó a analizar pormenorizadamente esa jurisprudencia.⁷

En una de sus últimas intervenciones, la Corte Suprema se pronunció acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En agosto de 2013, en la causa “*Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut*”, estableciendo que dichas recomendaciones son vinculantes y de acatamiento obligatorio para el Estado argentino.

Gustavo Carranza Latrubesse, designado Juez Civil y Comercial en Chubut, fue removido por decreto después del golpe de Estado de 1976. Al regreso de la democracia, en 1984 inició un reclamo pidiendo la nulidad de su expulsión del Poder Judicial, solicitando una reparación basada en los salarios no cobrados por haber sido privado de su cargo y en los daños y perjuicios materiales y morales sufridos. Doce años después de su presentación judicial, en 1996, el Superior Tribunal de Chubut sentenció que no era una cuestión que la

6 CSJN “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C. RECURSO DE HECHO” S. 1767. XXXVIII. Consid. 17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

7 CSJN “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad” M. 2333. XLII. Consid. 21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124).

Justicia pudiera resolver, decisión avalada por la Corte Suprema nacional. Agotada la vía interna recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que le otorgó razón al advertir que el sistema judicial había cerrado las puertas a cualquier análisis de su caso (derecho a ser oído, art. 8.1 y a un recurso efectivo, art. 25 de la Convención Americana). Recomendó al Estado argentino indemnizarlo adecuadamente por haberle negado, en esencia, el derecho a un proceso judicial. Reclamando por el cumplimiento de esta recomendación, Carranza Latrubesse inició una acción declarativa para que el Estado Nacional reconozca su responsabilidad internacional, pero la Corte Suprema argentina, consideró que el tema era ajeno a su competencia y finalmente la Cámara Federal de Chubut fijó un monto indemnizatorio con fundamento en la obligatoriedad de las recomendaciones de aquel organismo. Apelado el fallo por ambas partes, la Corte Suprema se pronunció por mayoría acerca del valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en el derecho y la jurisprudencia argentinos. En un cuidadoso análisis el máximo Tribunal concluye que: “...18) *Que, en conclusión, corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y reconocer el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe N° 30/97 de la Comisión, so riesgo de incurrir en una interpretación opuesta a todas las pautas y criterios de hermenéutica reiteradamente recordados. Es evidente, a juicio de este Tribunal, que dicho resultado es el que impone el “sentido” que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el “contexto” específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al “objeto y fin” del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de “buena fe” y al “efecto útil” de dicho régimen, evitando así el “debilitamiento” del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual “abriga [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional” (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 22)....”⁸*

⁸ CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa 'Carranza Latrubesse, Gustavo el Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut' y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV 'Carranza Latrubesse, Gustavo el Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut'", 6/08/2013, Cita Online: AR/JUR/38982/2013

2.3. La consolidación y la precisión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema argentina, en diversas etapas y con distintas integraciones ha ido perfilando con mayor precisión su jurisprudencia. Desde el precedente “*Ekmekdjian*” (1992), antes de la reforma constitucional, hasta los casos que involucraban graves violaciones a los derechos humanos (“*Espósito*” (2004)⁹, “*Simón*” (2005), pasando por los precedentes “*Giroldi*” (1995) y “*Bramajo*” (1996), la Corte Suprema, pese a algunas vacilaciones iniciales, ha ido consolidando su línea jurisprudencial, sin la ambigüedad de sus términos.

Nótese el cambio de lenguaje de la CSJN que en “*Simon*” señala: “...*la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” no habla de guía sino de imprescindible pauta de interpretación.

Como conclusión, la Corte Nacional, ha ido avanzando en el carácter de vinculante -no ya de las sentencias de la Corte Interamericana, cuyo acatamiento está previsto en el art. 68 de la Convención Americana-, sino en las interpretaciones que el tribunal regional hace de la Convención y que extiende a las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Para la Corte, la frase “*en las condiciones de su vigencia*” significa que hace suyas la jurisprudencia que los organismos interamericanos de protección de Derechos Humanos hacen de la Convención o de otros tratados, ya sea que asuman la forma de sentencias, de opiniones consultivas o de recomendaciones, encolumnándose en la doctrina monista para responder a la pregunta que abre este acápite.

3. Importancia del nuevo Código Civil y Comercial

En el precedente capítulo se han expuesto las obligaciones que adquieren los Estados Parte al momento de suscribir un tratado internacional de Derechos Humanos y, más precisamente, al adherir a la Convención Interamericana. Entre ellas la de adoptar, en el derecho interno, las disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades

⁹ CSJN E. 224. XXXIX. - “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” - 23/12/2004.”...la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”

contenidos en la Convención (art. 2 CADH- *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*).

Pero no es sólo el cumplimiento de lo que expresa la norma de la Convención, sino la interpretación que de la misma han hecho los organismos internacionales judiciales y cuasi-judiciales de Derechos Humanos encargados de su aplicación. Ello encuentra su justificación en la jurisprudencia que estos mismos organismos han desarrollado y que entienden vinculante para los Estados Parte. A partir de la incorporación de un Estado a instrumentos internacionales de protección de DDHH, los jueces nacionales, además del control de constitucionalidad –concentrado o difuso de acuerdo al Estado de que se trate-, deben ejercer el llamado control de convencionalidad.

Pero no es sólo la jurisprudencia internacional la que indica que este control de convencionalidad ha de incluir a la interpretación que hacen de los tratados los organismos de protección sino, como hemos desarrollado anteriormente, en el caso de la República Argentina, ha sido la propia Corte Suprema de la Nación la que ha entendido como imprescindibles las pautas de interpretación emanadas tanto de la Comisión como de la Corte.

Establecido este marco interpretativo, ningún tribunal argentino podría sostener válidamente criterios que en el pasado permitieron establecer diferencias odiosas entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales o el no otorgamiento de derechos políticos a las mujeres o las limitaciones de derechos que pesaron sobre las mujeres casadas o cualquiera de los infinitos cercenamientos de derechos y libertades que afectaron el principio de igualdad y que fueron sostenidos por décadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La ratificación de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, -y más desde su incorporación al Bloque de Constitucionalidad Federal-, con más el efecto vinculante de “*las condiciones de su vigencia*” entendido por nuestra Corte Suprema actual como la interpretación que hacen los organismos judiciales y cuasi judiciales del sistema de protección de derechos humanos sumado al control de convencionalidad difuso en cabeza de todos los organismos del Estado (no solo los judiciales, sino también los legislativos y los administrativos) ha producido un cambio total y absoluto en el ordenamiento interno.

En ese marco era casi imprescindible reformular los antiguos Códigos de Comercio (vigente desde 1862) y Civil (vigente desde 1871), ambos sancionados en correspondencia con los criterios imperantes al tiempo de su redacción y concebidos como un corpus iuris central del sistema jurídico de derecho privado que regularía las relaciones entre los particulares, adecuado a la matriz del Estado de derecho del siglo XIX y concordante con la Constitución Nacional diseñada por el poder constituyente originario. Ambos Códigos sufrieron numerosísimas modificaciones en el transcurso de las décadas siguientes, tales que terminaron alterando su estructura y ordenación interna, al punto que es sorprendente que hayan mantenido vigencia. Ello, sumado al cambio de paradigma que ha tenido nuestra sociedad en el casi siglo y medio transcurrido, había obligado en muchas situaciones a los jueces y tribunales a forzar su interpretación, incorporando elementos del constitucionalismo social y derechos de segunda y tercera generación para responder a las exigencias actuales.

Cuando se sancionaron el Código Civil y el Comercial la República Argentina contaba con aproximadamente un millón ochocientas mil personas (Censo Nacional de 1869), un número importante de inmigrantes (que se incrementaría notablemente en las décadas siguientes), una fuerte población rural y un predominio de la religión católica.

Hoy la población del país es de algo más de cuarenta millones, con algún predominio de mujeres, con un número importante de adultos mayores, población fuertemente urbana y un notable desequilibrio en la distribución, situación habitacional en niveles preocupantes, crecimiento de hogares monoparentales, conformación de nuevos núcleos familiares, exigencias diferentes para el nivel de vida apropiado, incorporación de nuevas tecnologías de información y comunicación, entre otros factores. Para esta sociedad se ha sancionado un nuevo Código, que afronta nuevos problemas y ofrece soluciones distintas, así como la aparición de nuevos derechos y ciertos paradigmas diferentes son el marco que han acompañado a su sanción.

Entre las innovaciones más importantes con relación a las personas que menciona la literatura jurídica, se cuentan:

- Se incorpora un Título Preliminar estableciendo las fuentes, el método de interpretación y el deber de resolver fundadamente para los jueces de la jurisdicción

- Se explicitan los principios generales que van a regir en las relaciones jurídicas (buena fe, inexcusabilidad, abuso de derecho, abuso de posición dominante, fraude a la ley, etc.)
- En materia de capacidad de ejercicio de los derechos, se adecua el derecho vigente a la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, incorporada a la Constitución Nacional por Ley 27.044.
- Se recogen de los conceptos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución al agregar el Capítulo 3 (Derechos y actos personalísimos) al Libro Primero, Título I.
- Reformula el concepto de matrimonio adecuándolo a la ley 26.618 (ley de Matrimonio igualitario).
- Se incorpora la figura de “unión convivencial”, sin distinción de sexo, otorgando nuevos derechos a los convivientes.
- Se legisla sobre las técnicas de reproducción y fertilización humana asistida.
- Se equipara la filiación de los hijos resultantes de la aplicación de dichas técnicas, con la natural y la adopción plena.
- Se incorporan derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Interamericana de DDHH, especialmente el derecho a ser oído y a que la opinión de ellos sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.
- Se resguarda el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, a conocer sus orígenes, a la preservación de los vínculos fraternos y a intervenir en su propio proceso de adopción.
- Se simplifica el régimen jurídico de la adopción, y se prioriza el interés del niño, niña y adolescente por sobre el de los adultos comprometidos. Se reducen los plazos para la adopción y se simplifica su tramitación y el dictado de resoluciones.

- Se incorpora el régimen de la adopción por integración en relación al hijo del cónyuge o del conviviente.
- Se reemplaza el instituto de “patria potestad”, que pasa a llamarse de “responsabilidad parental”.
- Se establece el derecho a percibir alimentos provisorios para los hijos extramatrimoniales no reconocidos.

Sin duda, estos aspectos novedosos del nuevo Código impactarán en numerosos aspectos de la vida cotidiana de personas e instituciones.

4. Fuentes e interpretaciones en el Código Civil y Comercial

La tarea del Título Preliminar es determinar las reglas que han de aplicarse a todo el corpus para que el sistema adquiera una coherencia interpretativa que pueda superar las lagunas y que sirva de marco de comprensión ¹⁰

ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTÍCULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.....

Como expresa la doctrina iusprivatista, estos dos artículos ya anticipan la mirada que ha de extenderse a todas las instituciones del nuevo Código Civil y Comercial tanto en lo relativo a sus fuentes como a su aplicación que se encuentra interpelado de manera constante y continua por la obligada perspectiva constitucional-convencional.

10 Conf. Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en LL 2012-C, p. 581.

Ello es expresado en los Fundamentos dados por la Comisión redactora: *“Todos los tratados internacionales suscritos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”*.

El Código recoge aquí lo que ha intentado reseñar este trabajo en los capítulos anteriores: la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los mandatos de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de los que el Estado es parte y la postura de la Corte Suprema nacional que determina incorporar a la jurisprudencia doméstica la interpretación que de dichos tratados hacen los organismos internacionales.

Es decir, al momento en que jueces y Tribunales deban aplicar este nuevo Código unificado, han de tener en cuenta qué dicen o qué han dicho sobre los derechos convencionales, la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana. Los jueces han de ejercer el control de convencionalidad, examinando los artículos del nuevo CCyC en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto y con la interpretación que se ha hecho de los instrumentos sobre derechos humanos. De este modo deberán determinar si guardan o no conformidad con los mismos, absteniéndose de aplicarlos si los encuentran en oposición.

Un factor que no puede ser soslayado en forma alguna en el presente análisis es el poder que detentan algunos actores de la sociedad civil. Especialmente aquellos que, de iure o de facto, intervienen en el reconocimiento y el ejercicio de los derechos.

Ocurrida la profunda reforma civil y comercial, en un Derecho Privado que debe resolver y equilibrar derechos individuales y colectivos con base en los Derechos Humanos, las TIC (incluyendo a los creadores y gestores de las mismas) juegan un papel preponderante, no sólo en la eficiencia, sino también en la posibilidad de aplicación y apropiación de ellas por

parte de sus usuarios o consumidores¹¹. Porque además, enfrentados al mundo de las redes sociales, lo real y lo virtual se mezclan con cuestiones de soberanía, control, entre otros.

Analizando organismos como la ICANN se advierte que, desde su nacimiento, han jugado un papel preponderante en el control del Derecho en la red a partir de la tecnología, en un mundo donde el Derecho decimonónico ha perdido poder relativo en el manejo y efectividad para la resolución del conflicto.

Un ejemplo de esto es la llamada “ubicuidad”, vinculada en su surgimiento al correo electrónico. Este principio tecnológico deriva de la posibilidad que tiene un usuario de la tecnología de enviar y recibir mensajes desde cualquier punto del planeta en forma sincrónica y asincrónica. Esto resulta plenamente aplicable, aunque en un marco de mayor dificultad, a las comunicaciones digitales en general. Particularmente en el caso de las comunicaciones establecidas por medio de plataformas o sitios de redes sociales. En este último caso se suman actores con la posibilidad de facilitar o dificultar el ejercicio de los derechos, a modo de ejemplo podemos ver el poder que tienen algunos ISP al momento del momento de brindar información para la producción de prueba en un proceso judicial.

Entonces, teniendo en cuenta lo planteado sobre la ubicuidad, ¿qué jurisdicción –y que marco normativo- resultará aplicable a cada caso? ¿La del emisor, la del receptor, la de los efectos jurídicos, la del ISP? Existen algunos trabajos que nos han acercado posibles respuestas teóricas, tal como el de la Lex Retialis¹², reconocida como fuente del Derecho en las XXII Jornadas de Derecho Civil por la Comisión nº 8, Derecho Internacional Privado: Conflicto de fuentes. La Comisión expone en sus conclusiones que *“En la Sociedad de la Información, “la ley de la red” es una de las fuentes del derecho transnacional cuya fortaleza irá en amplio crecimiento y generará espinosos conflictos de fuentes, que deberán ser resueltos con el debido respeto del orden público internacional.”*¹³

6. Bibliografía

Beck, U. (2002): “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”. Paidós. España

Ekmekdjian, Miguel Angel (1999); “Tratado de derecho constitucional : Constitución de la

¹¹ Conforme al Libro Tercero Título III “Contratos de Consumo” del CCyC.

¹² Olivera, N. op. Cit.

¹³ Vease <http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/XXII-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-2009.pdf>

Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina”; Deplama; Buenos Aires.

Feenberg, A. (2008); Teoría Crítica de la Tecnología. Introducción: El parlamento de las cosas. La tecnología y el Fin de la Historia”. Disponible en: http://ispel3.edu.ar/_paginas/biblioteca/materiales/curso_pmi_2008/Feenberg%20introd.pdf

Gerlero, Mario (2018); Haciendo Sociología Jurídica; Visión Jurídica; Buenos Aires.

Lévy, P. (2007); “Cibercultura. Informe al Consejo de Europa”, Anthrope. Universidad Autónoma Metropolitana.

Liceda, Ernesto (2010); Límites de la equivalencia funcional (y de la comodidad del Legislador) en el Derecho Penal Actas de las 38° Jornadas Argentinas de Informática-Simposio de Informática y Derecho.

Liceda, E. y Olivera N.(2009) “Reflexiones sobre el carácter del Derecho Informático”, XIII Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales. Mar del Plata.

Martínez de Vallejo Fuster, Blanca (1993); “La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger” Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 13; Alicante.

Montreal, Eduardo Novoa (1997); “Derecho a la Vida Privada y la Libertad de Información. Un conflicto de Derechos”. Editorial Siglo XXI, Mexico.

Nino, Carlos Santiago (2002); “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Análisis Filosófico, Jurídico, y Politológico de la Práctica Constitucional; Astrea; Buenos Aires.

Olivera, Noemí (2016); “Estado de la cuestión en la relación entre derecho e informática”. ANALES de la FCJyS Nro. 40.

Olivera N. y Proto, A. (2009); The Problem of Law in Terms of the 'Legal Complexity' Notion" IADIS International Conference e-Society. Conference, Barcelona, España.

Olivera, N. L., Iuale, C. A. (2010): “El Concepto de Internacionalidad en la Sociedad de la Información”. Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad De la Información –GECSE-, FCJyS, UNLP.
<http://www.gecsi.unlp.edu.ar/>

Ordoñez Jaime y Enrique Vázquez (comp.) (1991); Derechos Económicos y desarrollo en América Latina; IIDH, San José de Costa Rica.

Sibilia, Paula (2008); La Intimidad como Espectáculo; Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

Saldaña, María Nieves (2007); La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos. Araucaria, Buenos Aires.

Warren, S. y Brandeis, L. (1995); The Right to Privacy. Harvard Law Review, Boston, vol. IV, núm. 5, Trad. Pilar Baselga, Civitas. Madrid.

Zagrebelsky, G. (2003); El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta.

Capítulo 6

Intimidad y Privacidad en el Código Civil y Comercial Argentino

Por José María Lezcano, Ernesto Liceda y Mario S. Gelero

1. La persona y sus acciones: consideraciones previas a la intimidad y privacidad

Al realizar un análisis jurídico partiendo de consideraciones sociológicas: la persona y la acción o conducta humana que es social; esto es la acción en donde se tiene en cuenta el comportamiento o proceder del otro o de los otros. Esto implica la producción y la reproducción de la conducta del actor en la vida cotidiana, situando y circunscribiéndose a una estructura (en la red, entre amigos, compañeros de trabajo, en un barrio, entre otras posibilidades) de expectativas esperadas y deseadas por los otros en un contexto de interacción entre personas o conocido como “interacción social”.

El proceder de la persona no se da aislado, se da en un contexto de interacción. Los actores (sujetos), son personas que sienten, piensan o actúan a partir de intereses y necesidades y debido a la influencia de múltiples factores: el proceso de socialización y/o educación, el entorno físico, el hábitat y hasta elementos genéticos. La persona social es, en definitiva, la protagonista de la vida en sociedad en tanto y en cuanto actúe teniendo en cuenta la conducta de los otros en un marco de referencia normativo (expectativas sociales, deseos e intereses de los otros que conforman la vida de cada persona) informal y formal. En este contexto de pautas de comportamientos que el actor tiene en cuenta en la acción y en el proceso de interacción es la sutil (a veces no tanto) relación entre normas informales y normas formales pero, siempre, a partir de la construcción o reconstrucción que efectúa el actor en una sociedad. Lo que se trata de rescatar aquí es hasta qué punto la persona en el obrar cotidiano utiliza y aplica la normas y qué relevancia le da a las prácticas que ha incorporado, las que se encuentran institucionalizadas en el entorno en donde dicha persona desarrolla su acción y/o interacción y cómo la misma se ha naturalizado como situación cotidiana, recurrente y normal.

En el proceso de interacción social de los sujetos, forma y conforma una red de relaciones sociales; cada sujeto espera una conducta del otro actor y éste, a su vez, espera ciertos comportamientos del primero; asimismo cada persona confirma, al actuar, la validez de las propias expectativas. Las acciones sociales (para corroborar o contrastar las expectativas)

existen previamente a la verbalización al observarse al interlocutor, su postura, su vestimenta, sus gestos, permitiendo establecer las expectativas del actor que realiza la observación debido a que se lo ubica en una determinada posición social, en un estrato. Esta conducta, que tiene que ver con “estereotipar” al otro, permite establecer las expectativas, las posibilidades o perspectivas respecto al comportamiento o proceder de las demás personas. Se pueden generar otras nuevas expectativas, redefinir las anteriores, cuando, en la interacción social, se comienza a hablar o se profundiza la relación teniendo más información uno del otro.

Para definir y redefinir las expectativas se parte de la experiencia que cada uno de los sujetos o actores tiene, producto de la vida social, del proceso de socialización y del de educación donde se internalizan irracional o racionalmente prácticas, hábitos, tradiciones, estilos de vida, informal o formalmente, reglas sociales. Las expectativas sociales, entonces, tienen que ver con “pautas de comportamiento social” que los actores esperan que se cumplan, en una determinada situación social, para satisfacer intereses y necesidades. Esas pautas son institucionalizadas al ser consideradas y reconocidas como valiosas para la sociedad; se encuentran legitimadas. El ser humano es esencialmente un ser social pero, sin embargo, esa naturaleza es producto de un proceso que se denomina socialización y se da desde el nacimiento hasta la muerte. Este opera como un proceso de aprendizaje para poder interactuar frente a las distintas circunstancias que le tocan vivir. Es un proceso por el cual se aprende, como se expuso, a ser miembro de la sociedad y de cada agrupamiento en el que el actor desarrolle su acción y/o interacción. Además, la socialización hace de este sujeto un miembro reconocido, percibido como tal e incorporando una cultura común.

Por lo planteado hasta aquí, la socialización tiene como resultado asegurar el conformismo a partir de internalizar normas, creencias y valores que le permiten al sujeto relacionarse con los demás. Desde la sociedad, este proceso se desarrolla a partir de la participación activa del sujeto en una red de relaciones sociales que le permiten desempeñar roles y le da acceso a determinadas posiciones (status o cargo) en los agrupamientos. En este proceso de aprender roles es cuando el sujeto se socializa. Es por esto que en cualquier análisis socio-jurídico tienen fundamental importancia los agentes que se encargan de la socialización porque no se limitan a los familiares o maestros del sujeto, va mucho más allá, importan los habitantes de su barrio, los compañeros y amigos en un agrupamiento (vg.: escuela, trabajo,

grupo militante), medios de comunicación de masas (vg.: programas de televisión, publicidad, entre otros), redes como internet (vg.: Facebook, salas de chat), entre otros agentes.

2. Persona e identidad

El sujeto o persona es una singularidad a partir de la cual se abre un mundo y no una simple mirada sobre el mundo, entendida esta singularidad como registro de lo que es. La mirada del otro no es simplemente otra máquina para percibir las imágenes, es otro mundo, otra fuente de fenomenalidad, otro punto cero del parecer. Esto es, cada una y cada uno tiene su singular manera de mirar la vida en sociedad, su perspectiva del mundo pero éste, entonces, se da en el interior de un punto de vista singular. Todas ellas tienen la misma importancia, ninguna es más cierta o más real que otra, sólo puede haber confrontaciones de diferentes visiones o narraciones, ninguna puede ser reducida a una forma. Una de las motivaciones posibles para asumir el subjetivismo o el relativismo es el deseo de evitar la intolerancia y los prejuicios en relación con los demás actores y sus propias perspectivas y esto se puede lograr sólo desde la diversidad. Es así que el sentido que se le asigna a las acciones y a los valores está en cada actor que intenta interpretarlas; esto es la estructura de significados nunca es segura, depende siempre de cada práctica interpretativa ya no hay un solo sentido en la acción, en los valores, en los mensajes. El actor vive, de alguna manera, una suerte de condicionamientos, de hechos de la existencia previos. Que se combina con las posibilidades a partir del “aquí y ahora” de cada sujeto, de sus decisiones, de las contingencias de trascendencia. El individuo queda cada vez más atravesado por presiones sociales donde existe una mayor incertidumbre frente a la pérdida de referentes; los sujetos y de los pequeños colectivos se encuentran solos, con todo para construir pero inmersos en un mar de anomia que origina irresoluciones en su autonomía e inseguridad por su fragilidad. Frente a lo expuesto, el Estado se transforma en un mero gestor de la incertidumbre de los individuos. Ahora bien, esta situación puede ser provechosa para los agentes, ese contexto les puede permitir cambios y transformaciones no pensadas en diferentes momentos del siglo XX. Si el sujeto se aferra a las viejas instituciones, lo único que conseguirá es erigir monumentos a las propias limitaciones, porque eso es lo que las instituciones representan: la noción de los límites factibles. Tal vez sea el momento de

promover diferentes alternativas e innovaciones en las instituciones (tanto normativas como organizacionales).

Por otro lado, y en lo que respecta al agente, la fragilidad y la condición por siempre provisional de la identidad –en un sentido sociológico- ya no se puede ocultar cuando se produce una crisis del vínculo social con el cambio de normas, de modelos y de terminología; esto provoca una desestabilización de los referentes, de las denominaciones y de los sistemas simbólicos anteriores. La dimensión identitaria –desde una perspectiva sociológica- aunque sea compleja y oculta, atañe a un problema crucial: el de la subjetividad y el funcionamiento de las formas de individualidad.

Queda claro que en un contexto de globalización se producen transformaciones en: a) la subjetividad colectiva, b) la producción cultural, c) la vida cotidiana, d) el proyecto de vida, e) las relaciones entre el ser y el otro, f) las condiciones laborales, g) las estructuras estatales h) las relaciones interestatales, y i) el sistema democrático.

Es entonces cuando se habla de identidad. Esto es debido al desmoronamiento de las instituciones que constituyeron durante muchos años las premisas sobre las que se construyó la sociedad moderna. En este sentido, la identidad (en tanto objeto de análisis sociológico) se presenta como algo que hay que inventar o construir a partir de piezas que se van descubriendo con la crisis de las instituciones. Se trata del “blanco” de un esfuerzo, un objetivo, como algo que hay que cimentar o elegir entre ofertas de alternativas y luego luchar por ellas para protegerlas después con una disputa aún más encarnizada. Hablar de identidad debería considerarse un proceso continuo de redefinición de los sujetos y los colectivos de invención y de reinención de las historias. Es ahí donde se encuentra la ambivalencia de la identidad: nostalgia por el pasado junto a conformidad absoluta con las estructuras sociales modernas (Según Bauman, la modernidad líquida).

Es así que desde la mirada sociológica y antropológica, la identidad (la pertenencia) no está tallada en la roca, no está protegida por garantías de por vida que son eminentemente negociables y revocables. La propia decisión de los agentes, los pasos que se dan, la forma en que tienen que actuar (y la determinación de mantenerse fiel a todo ello) depende de elecciones. La idea de identidad nació de la crisis de pertenencia y del esfuerzo que desencadenó para salvar el abismo existente entre el debería y él es. La identidad es una tarea no completa, todavía no culminada. Una identidad nacida como una suerte de ficción

requirió de mucha coerción y convencimiento para fortalecer y cuajar en una realidad, que es la del agente.

De lo expuesto queda claro que la persona vive, de alguna manera, una suerte de condicionamientos, de hechos de la existencia previos. Ello se combina con las posibilidades a partir del “aquí y ahora” de cada sujeto, de sus decisiones, de las contingencias de trascendencia. El individuo queda cada vez más atravesado por decisiones personales y presiones sociales donde existe una mayor incertidumbre frente a la pérdida de referentes; los sujetos se encuentran solos, con todo para construir, pero inmersos en un mar de anomia que, por su fragilidad, origina irresoluciones en su autonomía e inseguridad. En este sentido la identidad se presenta como algo que hay que inventar o construir a partir de piezas que se van descubriendo con la crisis de las instituciones.

Identificarse significa entregar rehenes a un destino desconocido sobre el que no se puede ejercer influencia ni, mucho menos, controlar. Por tanto, parece ser más acertado (para parte de la sociedad y para algunos sectores poco comprometidos con distintos colectivos) vestirse con una pluralidad de identidades. Si los compromisos (y, por tanto, también los compromisos con una identidad concreta) no tienen sentido, uno se siente inclinado a cambiar su identidad, elegida una vez y/o todas las veces por una “red de conexiones”. Sin embargo, una vez cumplido, meterse en un compromiso y hacer que sea sólido parece incluso más difícil (y, por lo tanto, más desalentados, incluso aterrador) que antes.

Las guerras de reconocimiento, individual o colectivo, se libran por norma en dos frentes, aunque se intercambien tropas y armas, dependiendo de las posiciones que se consigan o le toquen a uno en suerte en la jerarquía de poder. En un frente se fomenta la identidad preferida y elegida en detrimento de las viejas identidades abandonadas y molestas, elegidas o impuestas en el pasado. En el otro, se contraataca contra las presiones por las demás “identidades” artificiosas y forzadas (estereotipos, estigmas, etiquetas), artificiales y asumidas que las fuerzas enemigas promueven y se rechazan en caso de que se gane la batalla.

De todos modos, el sujeto tiene que demostrar que pertenece a una identidad. Iniciar, buscar y, en lo posible, fijar una identidad es un trabajo de toda la vida, implica un acto de

liberación de las inercias de los modos tradicionales, de las autoridades inmutables, de los hábitos predeterminados y de las verdades incuestionables.

3. Algunas construcciones teóricas sobre la Intimidad/Privacidad

Como indicábamos en el capítulo 3, al referirse al concepto de intimidad, hace 40 años, el maestro Orgaz decía: «Es que la vida de los hombres en el siglo actual se desenvuelve en condiciones muy diferentes a las de los siglos anteriores, como es indudable: el nacimiento y colosal desarrollo de la gran industria, que ha multiplicado enormemente las relaciones humanas; el desmesurado aumento de la población del mundo, que se acumula sobre todo en las ciudades y origina lo que se ha llamado gráficamente “sociedad de masas”; el prodigioso avance de las ciencias y las técnicas, que ha determinado (...) el invento del cinematógrafo, el automóvil y el avión, de la radio y la televisión; la proliferación de diarios, periódicos y revistas populares, y mucho más, a la par de conquistas valiosísimas, ha creado, como contrapartida, amenazas graves y a veces sutiles para la seguridad, la paz y la integridad moral de las personas. El hombre actual está expuesto, ya no solamente a violaciones de su integridad física, de su libertad externa y de su propiedad sobre bienes materiales, sino a intromisiones en un ámbito mucho más suyo y recatado: su intimidad» (Orgaz, A.: La ley sobre la intimidad. El Derecho, T. 69, pág. 928).

Las tecnologías de la información y comunicaciones (TICs), caracterizadas por un entramado en redes, un acelerado desarrollo tecnológico, variados niveles de accesibilidad y expansión, enormes capacidades de recabar, almacenar, gestionar y transferir información, entre otras características, le presentan al Derecho la situación de regular **combinaciones posibles de la información de las personas¹**:

- 1) de interés público y no privada,**
- 2) de interés público y privada,**
- 3) de no interés público y no privada, y**
- 4) no de interés público y privada.**

¹ En esta enunciación de situaciones, tomamos la clasificación propuesta por Laje, Alejandro. “Derecho a la Intimidad: Su protección en la sociedad del espectáculo”, por considerar que a los efectos del análisis que proponemos, nos resulta ilustrativa.

En tanto que en 1) y 3) prevalece la libertad de información y en 4) el respeto a la privacidad, el conflicto se presenta en 2), maximizado por el contexto de difusión voluntaria e involuntaria de información personal, cada vez que navegamos por Internet, subimos información en sitios de redes sociales o contratamos servicios, entre otras prácticas. Las prácticas sociales y los desarrollos tecnológicos, en especial Internet, han dado nuevas dinámicas a las acciones y formas de comunicación de distintos actores/agentes sociales, llevando estas formas de interacción, no contempladas en el esquema público/privado tradicional, a un contexto socio-tecnológico en un profundo proceso de cambio.

Algunas de las problemáticas más destacadas de la SI son aquellas referidas a la protección de la intimidad y privacidad, que no sólo hacen a la dignidad de la persona, sino que se encuentran en la base constitucional de la propia libertad. Así, en un contexto donde las variadas formas de comunicación y acceso a la información van marcando prácticas en las relaciones interpersonales (por ejemplo, de consumo), se evidencia una tensión entre estas formas de comunicación, principalmente digitales e informáticas, con aquellas construcciones jurídicas donde «lo privado» y «lo íntimo», fueron pensados para espacios de interacciones diferentes, fundamentalmente analógicas y materiales.

El nuevo Código Civil y Comercial trae una innovación fundamental en relación al concepto de «persona humana» y la enunciación expresa de «derechos personalísimos», al incorporar la noción de dignidad como inescindible de la idea de persona y la intimidad y privacidad como constitutiva de la dignidad. Esto aparece resaltado a partir de los artículos 51², 52³ y 53⁴, entre otros. Así se evidencia un reflejo directo, y receptividad en el Derecho Privado, de valores fundamentales y mandas constitucionales y convencionales sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22. Este nuevo concepto de persona se diferencia del Código de Vélez Sarsfield, en la medida que aquel, al referirse a personas, las define como entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, sin la referencia a los valores que luce en la nueva redacción.

² Referido a la inviolabilidad de la persona humana.

³ Sobre las afectaciones a la dignidad, donde específicamente considera como lesiones a la dignidad los menoscabos a la intimidad personal o familiar, la honra o reputación, imagen o identidad.

⁴ En relación al derecho a la imagen.

Ahora bien, entendiendo la dignidad de la persona como un concepto en constante expansión, se hace necesario focalizar en el estudio, dentro del concepto de dignidad, de las nociones de intimidad y privacidad individual y familiar, identidad, honra, reputación e imagen, en el sentido de su interpretación a la luz del plexo jurídico en su conjunto y de las nuevas prácticas sociales de comunicación.

De este modo, se puede analizar en qué orientaciones y teorías jurídicas se ha inspirado el legislador para receptar en la nueva normativa los conceptos de intimidad y privacidad, cuál ha sido la política legislativa que le diera forma y cuáles podrán ser las situaciones y casos que, a la luz de las prácticas sociales, le darán contenido.

Asimismo, es necesario determinar cómo se vincula el nuevo código con otras normas (tales como ley de protección de datos personales, defensa del consumidor, ley de delitos informáticos, decretos de acceso a la información pública, entre otros), así como orientaciones jurisprudenciales, que vienen emergiendo en razón del avance tecnológico.

Regresando a lo expresado por Orgaz al observar algunas de estas problemáticas, «se trata, por tanto, de un problema “muy siglo XX”, que no conocieron, al menos con parecida intensidad, los siglos anteriores. El Derecho, que tiene por objetivo esencial regular la convivencia pacífica y justa, en la medida posible, de los hombres en sociedad, debe organizar sin demora los medios necesarios para hacer que aquellos progresos de la técnica no lesionen los valores fundamentales de la vida individual y familiar» (Orgaz, op.cit.)

Ante la sanción del nuevo Código Civil y Comercial surgen una serie de nuevos interrogantes. ¿Existen diferencias conceptuales en lo referido al tema de la dignidad de la persona, desde el punto de vista de la intimidad y privacidad? Si es así, ¿cuáles son? Si no es así, ¿hubiera sido prudente incluirlos en el contexto de la sociedad actual? ¿Podrían nacer de creación pretoriana? ¿Cómo se relacionan los distintos institutos jurídicos incorporados en el nuevo Código Civil y Comercial con el resto de la normativa referida al tema? ¿Cómo, desde el principio de razonabilidad, pueden ser interpretadas? ¿Dan respuesta a la protección de la dignidad de las personas según se comprende desde la óptica de los Derechos Humanos?

4. “Privacy” o el derecho a “ser dejado solo”

La famosa frase del juez Cooley citada por el trabajo de Warren y Brandeis, dio lugar a la construcción de la teoría que sostiene que la esencia del derecho a la vida privada reside en ese "ser dejado solo" o "ser dejado en paz" o "no ser molestado" según las distintas versiones en español ("the right to be let alone"). Es que la tutela de la esfera de la persona surgió en Estados Unidos, frente al potencial invasivo de la tecnología en el sistema jurídico norteamericano de finales del siglo XIX, cuando Warren y Brandeis dieron forma al célebre ensayo de definir la "privacidad" (privacy).

Louis Brandeis, uno de los autores del famoso ensayo, en el alegato de su opinión disidente en el caso *Olmstead v. U.S.*, en el que la Corte norteamericana, por mayoría determinó que no podía aplicarse la cuarta enmienda de la Constitución estadounidense a una intervención telefónica por no implicar una violación física de la propiedad, exponía: *"Los padres de nuestra Constitución quisieron asegurar las condiciones favorables para conseguir la felicidad. Ellos reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Ellos supieron que sólo una parte del dolor, placer y satisfacciones de la vida pueden encontrarse en las cosas materiales. Ellos pretendieron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones. Ellos confirieron, también contra el Gobierno, el derecho a ser dejado solo, el más comprensivo de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados. Para proteger ese derecho, toda intrusión injustificada del Gobierno sobre la privacidad de los individuos, cualesquiera sean los medios empleados, debe ser juzgada una violación a la cuarta enmienda"*⁵.

Esta mirada, si bien avanzada en su contexto socio-tecnológico, no ha dejado de tener ciertas críticas, pues uno puede sufrir interferencias que le impiden ser dejado solo o no ser molestado de diversas maneras, de las cuales no todas tienen que ver con lo que comúnmente se relaciona con la idea de privacidad. Es decir, para autores como Corral Talciani, la conceptualización del derecho a la vida privada falla por su tremenda amplitud, que puede llevar a una inflación de los supuestos de hechos protegidos por la intimidad.

Así, aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus Enmiendas reconocen expresamente un derecho a la privacidad (right to privacy), fue una construcción

⁵ Conf. Hernán Corral Talciani, "Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación".Revista Chilena de Derecho. Vol 27 Nro. 2, pp. 331-355 (2000), Sección Estudios.

jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos la que lo consideró implícito en la garantía del derecho de asociación reconocido en la Primera Enmienda, que protege frente a cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización; en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas irrazonables, limitando la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material (physical trespass) sino también los supuestos de vigilancia electrónica; y en la dimensión sustantiva de la libertad personal que ampara la garantía del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, esto es, el derecho fundamental a la autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual, lo que le ha otorgado una “posición preferente” que impone a toda legislación estatal que pretenda su restricción demostrar una extraordinaria justificación, un interés estatal relevante (compelling state interest), y que ha sido reconocido en varios pronunciamientos de la historia jurisprudencial de Estados Unidos⁶.

Explica Saldaña⁷, en sus profundos estudios sobre la construcción de la noción de privacidad en Estados Unidos, que la noción de privacidad con la que se designa la protección de la esfera privada de la persona en aquel país no puede equipararse a la concepción de la intimidad imperante en el ámbito español e incluso europeo, de carácter más restringido. Compartimos este concepto y así lo hemos expuesto aquí tanto en trabajos anteriores como en éste⁸.

La autora explica que “de ahí que sea preferible recurrir al término de 'privacidad', que se aproxima en su acepción al significado y contenido más extenso del homólogo inglés, al

⁶ Entre otros, en casos de *Griswold v. Connecticut* (derecho a la autonomía reproductiva) 381 U.S. 479 (1965); y también *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S.438, 455 (1972); *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 687 (1977). *Roe v. Wade* (derecho al aborto) 410 U.S. 113 (1973), también *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey*, 505 U.S. 833, (1992); y *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000). Así como la polémica decisión de *Lawrence v. Texas* (prácticas homosexuales en el ámbito privado) 539 U.S. 558 (2003). En *Lawrence et al. v. Texas* revoca la opinion mayoritaria del Tribunal Supremo expresada previamente en *Bowers v. Hardwick*, en la que el Tribunal negó protección a la conducta sexual privada, admitiéndose la constitucionalidad de previsiones legislativas del estado de Georgia que criminalizaban la práctica de la sodomía en el propio domicilio al no estar protegida por el sustantivo proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, vid. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). , y el muy difícil asunto del caso *Cruzan v. Director, Missouri Dep't. of Health* (derecho a la retirada del tratamiento médico y a una muerte digna)

⁷ Saldaña, María Nieves. “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 9, núm. 18, 2007, pp. 85-115

⁸ Lezcano, J.M. “La Intimidad Y Privacidad En La Sociedad Actual. Una Visión A Través De Una Perspectiva Socio-Jurídica” Chile. Santiago. 2013. Congreso. XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. ALAS Asociación Latinoamericana de Sociología. Disponible en http://www.gecsi.unlp.edu.ar/documentos/La-intimidad-y-privacidad-en-la-sociedad-actual_lezcano_final.pdf

identificarse con el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Ámbito en el que se sitúa el aspecto de la esfera privada que aquí especialmente nos ocupa, la protección constitucional de la información personal frente a su almacenamiento y utilización en la sociedad telemática, esto es, el derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a otros, en definitiva, el control sobre dicha información. Sin embargo, el derecho constitucional a la privacidad de la información personal, a la llamada ‘informational privacy’, que precisamente emerge en la década de los setenta como ámbito subjetivo digno de protección en la cultura jurídica norteamericana, carece todavía a principios del siglo XXI’ (Op. Cit. Pág. 88-89).

5. La reserva de las relaciones o la “Teoría de las Esferas”

Una teoría ampliamente conocida es aquella que ha formulado la doctrina alemana llamada teoría de las esferas (*Sphärentheorie*). Esta nace ante la constatación de que toda persona resguarda con mayor precaución la reserva de ciertas relaciones más próximas y con una precaución atenuada la reserva de relaciones de mayor alcance o extensión⁹. Según esta tesis existirían tres tipos de esferas: la esfera íntima o del secreto (*Geheimsphäre*), la esfera privada (*Vertrauensphäre*) y la esfera social (*Privatsphäre*). La esfera íntima gozaría del grado de protección más alto, la esfera confidencial tendría protección en cuanto el sujeto participa de sus asuntos a personas de confianza, y finalmente estaría la esfera de la vida privada que comprende los comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto no desea que se conozcan públicamente.

La protección de la esfera íntima es la más fuerte, en tanto que incluye el mundo interior, tanto de los sentimientos como de los pensamientos, con sus manifestaciones exteriores (cartas confidenciales, estado de salud, etc).

La esfera privada, según concibió la Corte Constitucional Federal, aunque sometida a los límites del orden constitucional, ley moral y derechos de los demás, puede ser intervenida considerando el principio de proporcionalidad. En ella se abarca la vida familiar y la vida en el ámbito de la casa, la vida particular en general, incluso, según las circunstancias, hasta en ámbitos exteriores. En consecuencia, si no existe una razón o motivo especial, no hay

⁹ Hernán Corral Talciani, "Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación "Revista Chilena de Derecho. Vol 27 Nro. 2, pp. 331-355 (2000), Sección Estudios.

derecho a informar sobre ella. Explica Corral Tarciani que, no obstante, la protección de la esfera íntima y privada depende también de la actitud de la persona hacia los medios de comunicación.

Finalmente se encuentra la esfera externa, llamada esfera social sobre la cual se puede intervenir bajo requisitos menos rígidos. "Ella protege el derecho a la autodeterminación y resguarda la particularidad personal del hombre en sus relaciones con el medio ambiente, con su actuación pública, económica y profesional. También en esta esfera a cada persona le debe estar reservado el derecho a decidir a cuál público quiere revelar algo personal. Pertenecen también a la esfera social los procedimientos de investigaciones penales (sumarios penales). La publicación de un sumario no corresponde necesaria o automáticamente a la salvaguardia legítima de los intereses a la información."

Un gran problema de esta teoría ha sido la delimitación exacta de estas esferas, desde la intangible esfera íntima hasta la débil esfera social puesto que, además, para distintas personas pueden tener diferente contenido. A través del procesamiento de información y datos, sus relaciones y conexiones a partir de las posibilidades de la tecnología y su vertiginoso desarrollo, un dato en sí insignificante puede alcanzar una entidad nueva e importante, haciendo que la diferenciación de las esferas separadas ya no ofrezca una protección suficiente.

6. Las acciones vulnerables o la "Taxonomía de Solove"

Hacia el 2006, a raíz de la contextualidad de las nuevas tecnologías informáticas, Daniel Solove¹⁰ propuso una detallada taxonomía que hace foco en los impactos a la privacidad, a partir de la cual trata de definir determinadas acciones que la vulneran. La taxonomía de Solove se articula alrededor de 4 grupos de tareas potencialmente dañinas para la privacidad: Recopilación de la información, Procesamiento de los datos, Diseminación de la información y Actos Invasivos. Esto así ya que el propio proceso de recopilación de los datos personales, dependiendo del modo en que se lleve a cabo, puede tener un impacto

10 Solove, Daniel J. "A taxonomy of Privacy". University of Pennsylvania Law Review. Vol. 154, Junio 2006.

También puede consultarse Solove, D.: "La autogestión de la privacidad y el dilema del consentimiento" en Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile. Vol 2, Nro. 2 pág. 11-47.

negativo en el individuo. En el caso de la obtención mediante sistemas de vigilancia (ej: mediante grabaciones de vídeo, audio, registros de uso de sistemas, etc.) puede influir haciendo que la persona condicione o inhiba su comportamiento, limitando así su libertad y hacerla sentir incómoda y vigilada.

Según esta taxonomía, en el Procesamiento de los datos las tareas incluyen el almacenamiento, uso y transformación de la información una vez recopilada. El autor identifica en esta categoría cinco tipos distintos de tareas: la agregación, la identificación, la inseguridad, el uso secundario y la exclusión.

La agregación implica procesar la información ya recabada para generar nueva información acerca del individuo. Esta agregación de datos puede llevar a que se revele información que va mucho más allá de lo que el individuo podía suponer cuando brindó inicialmente la información, provocando consecuencias negativas o no esperadas por el individuo. La identificación implica asociar con la persona una o varias etiquetas identificativas; siendo que es una práctica básica para el procesamiento de la información, puede llegar a tener un impacto en las personas si no se tiene la suficiente sensibilidad¹¹. La inseguridad de la información, sobre todo como consecuencia de la pérdida de confidencialidad y/o integridad, puede tener efectos negativos directos sobre la persona, especialmente en los casos en los que se produce un atentado contra los medios de identificación del individuo.

Los errores de procesamiento resultan en la pérdida de integridad, pudiendo llevar a lo que la teoría propone como distorsión, es decir información errónea acerca del individuo que puede tener también efectos negativos directos sobre la persona. Finalmente, el uso secundario de la información tiene lugar cuando los datos son usados para propósitos distintos a aquellos para los cuales fueron recabados. Tiene para los individuos, además un efecto de generación de desconfianza hacia las organizaciones que recaban datos, la posibilidad de la inhibición de uso de sus servicios. La exclusión tiene lugar cuando al individuo se le impide la posibilidad de tener conocimiento sobre los datos que sobre él tiene una organización y eventualmente de poder rectificarlos.

En el grupo de la diseminación de la información se presentan todos los daños a la privacidad que se relacionan con la difusión y revelación de los datos de carácter personal:

¹¹ Por ejemplo, cuando en el documento de identificación de una persona hay un campo para identificar el sexo del individuo, este detalle puede tener consecuencias negativas para personas transexuales ya que este atributo revelará aspectos íntimos de su persona en contextos en los que no haya necesidad de revelarlo.

la brecha en la confidencialidad de la información, la revelación, la exposición, la accesibilidad incrementada, el chantaje, la apropiación y la distorsión. La primera, brecha en la confidencialidad, se produce cuando se lleva a cabo la revelación no autorizada de información confidencial del individuo implicando una rotura de la confianza entre la persona afectada y la organización o la persona que revela la información. En el caso de la revelación se constituye con la difusión de información verdadera acerca de una persona, sin que esto implique el quebrantamiento de la confianza o acuerdo de confidencialidad entre dos partes¹². El problema de la revelación se presenta cuando la información que se publica en Internet puede perseguir a una persona de por vida viéndose afectado por los comentarios negativos en Internet, por ejemplo. El caso de la exposición consiste en la publicación de información (ej: imágenes) de la persona en situaciones que aunque normales a la condición humana forman parte de nuestra intimidad; a diferencia de lo que ocurre con la revelación, en la exposición no se difunde información que pueda propiciar el juicio de los demás. Cuando el autor habla de accesibilidad incrementada se refiere al hecho de facilitar el acceso a información que ya es públicamente accesible. Esto puede aumentar la probabilidad de que se materialicen los riesgos relacionados con la revelación. Refiriéndose al chantaje, la solicitud por parte del chantajista a su víctima de un pago (que puede o no ser económico) a cambio de no revelar información. La apropiación se da cuando una persona se hace pasar por otra para obtener un beneficio propio. Finalmente, la distorsión se produce, cuando el individuo sufre algún tipo de agravio, humillación, etc. como consecuencia de la revelación de información incorrecta sobre él.

Por último, en la categoría de actos invasivos, se mencionan la intrusión, que hace referencia a la interferencia de las propias actividades personales por la presencia o actividad de otra persona; y la interferencia en la toma de decisiones que, siendo similar a la intrusión, está asociada a un proceso de toma de decisiones por parte del individuo¹³.

7. La Persona en el Código Civil y Comercial

¹² Por ejemplo, es legítimo que las personas prefieran que los datos de los colegios de los hijos, o la dirección de domicilios no se revelen públicamente para evitar posibles problemas de seguridad. También es legítimo que se quiera proteger la reputación frente a la revelación, por ejemplo, de imágenes en un determinado acto o manifestación, etc.

¹³ <https://ssa-asesores.es/wordpress/blog/2016/12/09/impactos-en-la-privacidad-la-taxonomia-del-profesor-solove/>

Ya referido a los Derechos y actos personalísimos del Capítulo 3, agregado al Libro Primero, Título I, el Código recoge un concepto totalmente distinto del contenido en el antiguo Código Civil.

ARTÍCULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

El concepto de persona (o de persona humana) proviene concretamente de los Tratados sobre Derechos Humanos. Su fuente son los instrumentos a los que ha adherido nuestro país. Por primera vez, aparece la palabra dignidad en un Código. Se parte de que la persona merece que se le reconozca, respete y se tutele su dignidad. En consecuencia, precisamente por ser tal, el derecho debe garantizarle esta dignidad. El respeto por la dignidad de la persona comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad como fuente de todos los derechos. Esto implica un cambio en la concepción de la persona, atento a que ya no se habla de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que contemplan esta dignidad de la persona humana. De allí que el artículo la considere inviolable siendo una garantía que posibilita a todos, incluso a los interesados, el establecimiento de restricciones a su significado y alcance. La libertad y la dignidad pertenecen a la esfera de lo no negociable, de lo que está fuera del mercado. Este concepto de dignidad inescindiblemente unido al de persona y al de inviolabilidad de la persona y aparece reiteradamente en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos (Declaración Universal, Declaración Americana de Der. y Deb. Del Hombre, Convención Americana sobre DDHH)

Pero la definición se completa entendiendo que forman parte de la dignidad de la persona, su intimidad, ya sea personal o familiar, su honra, su reputación, su imagen y su identidad, no siendo ésta una enumeración taxativa y que, de acuerdo a todo lo expresado precedentemente, puede ser ampliada con las constantes incorporaciones que del concepto de dignidad hacen los organismos internos e internacionales

Seguidamente, el ARTÍCULO 52 señala; *“Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o*

que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.”

La tutela de la dignidad se extiende en los derechos personalísimos a la integridad espiritual, denominación utilizada en doctrina para distinguirlos de aquellos que están relacionados con la integridad física, la vida y la libertad de las personas comprendiendo todo menoscabo a la dignidad que es, entonces, objeto de prevención y reparación, entre los que figuran la intimidad y la privacidad.

El artículo contempla el derecho a la intimidad personal o familiar extendiéndolo, no sólo a los aspectos de la propia vida, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como lo es el ámbito familiar. El interés jurídico tutelado es el derecho que tiene toda persona de poder gozar de un sector privado ajeno al conocimiento del Estado o de terceros.

En ese sentido, como ha expresado la doctrina iusprivatista, el actual art. 1770 del CCyC mejora notablemente la redacción del anterior 1071 bis *“El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”*.

El artículo contempla la posibilidad de fijar mecanismos judiciales de prevención o de tutela inhibitoria del daño futuro y previsible en relación a derechos personalísimos. Esto es importante porque en este ámbito el resarcimiento o la indemnización difícilmente logran reparar el perjuicio y no existe la reparación en especie.¹⁴

Resta relacionar estos conceptos con las eventuales afectaciones que pueden producirse por el uso y la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación. Y

¹⁴ Medina, G. y Rivera, J. Directores. Nuevo Código Civil y Comercial Comentado. Ed. La Ley, 2015

entendemos que las futuras sentencias habrán de considerar las nuevas definiciones que rodean a la persona humana.

El nuevo Código Civil y Comercial ha incorporado en sus artículos diversos conceptos surgidos de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tal vez el más importante sea el de la dignidad. Por otra parte, el término dignidad, incorporado en el art. 52, funciona en este caso como una especie de receptáculo de distintos conceptos con igual jerarquía constitucional y convencional. Ello es así porque en el art. 52 se establece que la afectación a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad constituyen afectaciones a la dignidad de la persona. Hasta ahí no pareciera haber demasiados problemas salvo porque nos deja un concepto lleno de conceptos que no son demasiado definidos. Tal como reconoce Rivera en su Código Civil y Comercial Comentado, el Código no trae definiciones sobre la Intimidad (pág. 184 y sigs), ni a la Honra y la Reputación (pág. 185) o de la Identidad (pág. 185 y sigs.) siendo la única excepción el caso de la Imagen que encuentra soporte en el art. 53 del CCyC. La falta de definición de estos conceptos no sólo no es criticable, sino que es totalmente válida y tiene bien clara su razón de ser. Los conceptos de intimidad, honra, reputación, etc. han ido variando, y continuarán haciéndolo sustancialmente por lo que, un régimen legal con voluntad de perdurar en el tiempo mal puede fijarlos en piedra. Pero, obviamente, esto nos pone algunas dificultades cuando queremos aplicarlos en un momento determinado y quedará librado a la interpretación que realicen los jueces en cada caso en particular.

Esto propone el saludable desafío de realizar diferentes interrogantes ¿Qué se entiende por identidad, por imagen, por intimidad? ¿Son lo mismo la honra y la reputación? ¿Sirven las respuestas a estas preguntas para construir una definición (o concepto) de dignidad? Por la forma de redacción del artículo (es decir por pares separados por comas) ¿se debería entender que la imagen es lo mismo que la identidad o se trata sólo de un estilo de redacción?

Otro punto a tener en cuenta es que, si la voluntad del legislador al dejar estos conceptos abiertos era facilitar la adecuación legal a distintos momentos socio-históricos, es evidente que no puede, en forma alguna, interpretarse que la enumeración es taxativa.

A fin de ir encontrando y definiendo el contenido del símbolo jurídico “dignidad” entendemos necesario adentrarnos un poco en las posibles definiciones de los conceptos que el legislador decidió integrar en dicho vocablo.

8. Bibliografía

- Bauman, Zygmunt (2006): Vida líquida; Paidós; Barcelona
(2000); Modernidad Líquida; Fondo de Cultura Económica; México.
- Corral Talciani, Hernán (2000); "Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación "Revista Chilena de Derecho. Vol 27 Nro. 2, pp. 331-355 Sección Estudios.
- Gerlero, Mario (2018); Haciendo Sociología Jurídica; Visión Jurídica; Buenos Aires.
(2016); Lecciones de Sociología Jurídica; Lecca Ediciones; Buenos Aires.
- Gerlero, Mario (comp/coord.) (2008); Los silencios del derecho; Grinberg Libros Jurídicos; Buenos Aires
- Medina, G. y Rivera, J. (directores) (2015); Nuevo Código Civil y Comercial Comentad; Ed. La Ley.
- Laje, Alejandro (2014); “Derecho a la Intimidad. Su protección en la sociedad del espectáculo” Ed. Astrea. Bs. As.
- Lezcano, J.M. (2013) “La Intimidad Y Privacidad En La Sociedad Actual. Una Visión A Través De Una Perspectiva Socio-Jurídica”. Congreso. XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. ALAS Asociación Latinoamericana de Sociología. Santiago de Chile.
- Saldaña, María Nieves (2007); “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 9, núm. 18, 2007, pp. 85-115. Sevilla.
- Solove, Daniel J. (2006); “A taxonomy of Privacy”. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 154, USA.
- Solove, D. (2013); “La autogestión de la privacidad y el dilema del consentimiento” en Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile.

Capítulo 7

Los datos sobre la persona y su dignidad: la importancia de la identidad digital

Por Ernesto Liceda y José María Lezcano

1. La importancia de los datos personales

La idea de identidad se ha trabajado desde distintas áreas del conocimiento científico, así encontramos una multiplicidad de definiciones desde el campo de la psicología, de la antropología, de la sociología, etc. y en forma transversal, desde el análisis de las cuestiones de género, el derecho, entre muchas otras. Se puede afirmar que las teorías sobre la identidad van desde su entronización como hecho fundamental de la vida humana hasta la negación de existencia. (Hurtado, n.d.). Como dice claramente Stuart Hall:

“En los últimos años ha habido una auténtica explosión discursiva alrededor del concepto de ‘identidad’, al tiempo que era sometido a una penetrante crítica. ¿Cómo se explica este desarrollo paradójico? ¿Y cómo nos ubica con respecto al concepto? La deconstrucción ha sido conducida dentro de una variedad de áreas disciplinarias, todas ellas de algún modo críticas a la noción de una identidad integral, originaria y unificada. La crítica al sujeto autosostenido en el centro de las metafísicas occidentales poscartesianas ha sido comprensiblemente avanzada en filosofía. La cuestión de la subjetividad y sus procesos inconscientes de formación ha sido desarrollada dentro del discurso de una crítica cultural y feminista, influida por el psicoanálisis. El yo infinito y performativo ha sido propuesto en variantes celebratorias del posmodernismo. En medio de la crítica anti-esencialista de las concepciones étnicas, raciales y nacionales de la identidad cultural y de las ‘políticas de locación’, algunas aventuradas concepciones teóricas han esbozado sus formas más territorializadas. ¿Cuál, entonces, es la necesidad de un mayor debate acerca de la ‘identidad’? ¿Quién la necesita?” (Hall y du Gay, 1996).

Sí bien el análisis de las distintas teorías desarrolladas en cada campo del conocimiento excede, y por mucho, el marco del presente trabajo, proponemos, partiendo de las definiciones dadas por la Real Academia Española, entender a la identidad como el conjunto (universalidad) de datos personales de un sujeto en un tiempo determinado. A esta definición podríamos agregarle que la persona debe aceptar esos datos como propios, pero esto no sería válido para todos los casos como veremos más adelante. En otras palabras, la

identidad sería la conciencia de una persona de esa universalidad de datos que la hace única.

Partiendo del concepto dado a la identidad debemos, entonces, proceder al análisis de su naturaleza jurídica. La pregunta que se impone por tanto es ¿qué es la identidad para el derecho? O bien, ¿qué significa la identidad como símbolo jurídico? Para ello deberemos ver las normas que a ella se refieren. En este punto difícilmente encontremos una norma que se refiera a la identidad como tal exceptuando el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en sus artículos 8 y 29.1.c. Sí encontraremos la protección de algunos de los conceptos que la conforman, como la protección al **nombre** -a modo de ejemplo podemos tomar el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 24.2; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 18; la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, artículo 8; y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7 y 8.-, **la protección de la familia** -Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 9- y la **protección de la identidad cultural** -tales los artículos 41, y 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional- entre otros y que también encuentran protección en el nuevo Código Civil y Comercial pero no vinculados directamente con el Art. 52. De las normas analizadas surgen algunos caracteres comunes en lo que respecta a la identidad:

- Es algo que debe ser protegido.
- Es algo que debe ser respetado.
- Es algo intrínseco a la persona o a una colectividad.

Hasta aquí podemos decir que la identidad es un algo que hace a una persona única entre sus iguales, por lo que configura un Derecho Humano. Por tanto, el bien jurídico tutelado sería la persona.

2. La identidad en el Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial no tiene demasiadas referencias a la identidad en tanto concepto autónomo. Es un concepto que aparece mayormente vinculado a la identificación de la persona más que como derecho personalísimo. En este sentido pueden verse los arts. 195, 305, 306, 416, 420, 564, 565, 583, 588 que se refieren al documento de identidad o a la constatación de la identidad por parte de testigos o del escribano, etc. Para un

acercamiento alternativo se requiere tener presente lo reglado en los artículos 69, 168, 595 y 596.

En el caso del artículo 69 del CCyC se hace referencia a la identidad en dos aspectos distintos. Por un lado, al habilitar el cambio del nombre por razón de identidad de género, en este caso vemos la utilización del vocablo refiriéndose a un aspecto de la identidad de la persona que, aunque sumamente importante, no deja de ser sólo una faceta. Por otro lado, se refiere a los casos de aquellas personas que, por haber sido víctimas de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad, solicitan el cambio de apellido y prenombre; en estos casos el cambio de nombre, aunque de vital importancia como el caso anterior, no es lo más grave en lo que respecta a la afectación de la identidad de la persona que ha sufrido estos delitos. Pensemos, por ejemplo, que se han desarrollado como personas en el marco de una mentira que ha rodeado toda su vida hasta el momento en el que conocen la verdad.

En lo que respecta al art. 168, referido a las asociaciones civiles, podemos ver cómo el legislador utiliza el vocablo identidad en otra de sus facetas. En este caso referida a la identidad cultural, social, etc. es decir como la identidad de un conjunto de personas y no como la identidad de cada individuo (sobre este punto volveremos al momento de ver distintas categorías de datos y su correlato con la normativa).

Por último, nos resta considerar el caso de la adopción, regulado en los arts. 595 y 596. En el caso de estos artículos podemos ver que en el 595 se hace una referencia genérica al Derecho a la Identidad del Niño, lo que refiere directamente a la Convención de Derechos del Niño nombrada anteriormente. Lo más interesante de este artículo, y que entendemos correcto, es que separa el Derecho a la Identidad del Derecho a conocer sus orígenes, por lo que válidamente podemos interpretar que, si bien los orígenes biológicos de la persona son muy importantes al momento de conformar su identidad, no es el único contenido de dicho derecho. Por ello no se entiende demasiado por qué en el art. siguiente volvemos a ver a la identidad atada a los orígenes biológicos, cuando en realidad podría haberse hecho referencia sólo al Derecho a conocer sus orígenes y no al Derecho a la Identidad. Excepto, claro está, que interpretemos que, cuando el código nos habla de que el expediente debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño no se refiere sólo a los biológicos sino que se debe incluir un informe pormenorizado de los datos concernientes a

cuestiones sociales, económicas, culturales, lugar de nacimiento, etc. del niño y de su familia biológica. Quizás el tratamiento de estas cuestiones por normativas específicas, que exceden el marco de este trabajo, pueda echar luz sobre estas interpretaciones.

El Estado es, en principio, el único que puede afectar la identidad de una persona. Para que la identidad de alguien pueda ser atacada por un particular se debe dar la circunstancia de que el mismo se encuentre en una situación tal que le permita conocer alguno de los datos troncales de la persona y tenga la capacidad de cambiarlo (tal vez, incluso, en un instrumento público), de modo que la persona afectada no pueda conocer su situación anterior. Es fundamental que la situación anterior no sea conocida por el afectado (caso de los hijos de desaparecidos), puesto que de otro modo se estaría atacando la imagen o la reputación (como veremos más adelante). Esto es así puesto que no es comprensible un ataque a la identidad en el que el sujeto no se identifique con ella.

Ahora bien, nos falta analizar una norma que complica un poco las cuestiones que venimos trabajando, se trata de la ley 25.326 (o de protección de los datos personales) puesto que permite el comercio de algunos de los datos personales que conforman la identidad de las personas. Y, por tanto, al permitir que sean objeto de actos con contenido económico, esos datos personales pueden ser considerados bienes conforme al art. 16 del CCyC.

Entonces tenemos que la identidad puede ser entendida como una universalidad de datos personales en la que algunos tendrían el carácter de bienes y otros no.

En tanto bienes susceptibles de valor económico se ha señalado alguna característica propia de los datos personales que los diferencian de otras categorías jurídicas. Entre ellas se menciona que:

1. Los datos personales son información.
2. Esa información pierde su valor si no es veraz, o sea, si es falsa u obsoleta (siempre hablando en el marco de negocios lícitos).
3. La falta de información veraz o auténtica aumenta los costos de transacción en la economía.

Ahora bien, siguiendo a Puente de la Mora, se deduce que:

- a. Los datos personales por sí mismos u obtenidos a través del entrecruzamiento de datos, generan información. Y esa información tiene un valor.
- b. Ese valor está relacionado con la veracidad de la información.

c. La economía en su conjunto requiere información veraz.

Este sintético análisis lleva a considerar algunas aristas de la real importancia y valor económico que poseen los datos personales que entregamos cotidiana y voluntariamente en los servicios que “contratamos” por Internet. Ha de tenerse en cuenta que uno de los motores más importantes de la globalización ha sido el avance tecnológico y la posibilidad de generar comunicación a nivel global, a través de la convergencia en Internet. Entendida la Sociedad de la Información (SI) como un sistema complejo integrado por sub-sistemas Estado, Mercado y Sociedad Civil, el gran desarrollador de este avance, con totales proyecciones económicas lo encontramos en el Mercado.

Las TIC, como medio de información y comunicación, han llevado al uso y consumo de servicios en los que, como se dijo, proliferan “políticas de privacidad” de los servicios que se contratan por Internet, redes sociales, buscadores, casillas de correo electrónico, aplicaciones móviles, entre otros. Más aún, estas cuestiones deben ser pensadas también en orden a la relevancia del valor económico de los datos bajo las reglas de los que algunos llaman “nueva economía” (Kelly, 1999), el marketing, la publicidad y la personalización de los servicios ofrecidos, entre otros.

3. Los datos personales

La Ley 25.326 se sancionó ante la necesidad de regular la transferencia internacional de datos, brindar seguridad al sector financiero (en razón a los informes crediticios) y contemplar distintas situaciones de importancia para del Mercado. La norma tiende a brindar un marco legal para el tratamiento de los datos personales para el sector público y privado. Es que, desde un punto de vista técnico jurídico, político y tecnológico, la atención sobre los datos y bases de datos se ha establecido como un instrumento técnico-legal por excelencia proteger la intimidad/privacidad de las personas. En esta línea, se han sancionado legislaciones similares en distintas latitudes con el objetivo de homogeneizar la protección de esta información personal dado el contexto globalizado y tecnológico actual. La ley hace referencia a la intimidad al establecer, en el artículo primero, que el objetivo es la protección integral de los datos personales situados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados

destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre. Esta ley, además de brindar definiciones sobre datos personales que resultan sensibles de los que no, consagra derechos de los titulares de datos, identificando y determinando obligaciones de los responsables del tratamiento de datos, haciendo una aproximación a la doctrina de la autodeterminación informativa que se orienta desde la reforma constitucional de 1994. Establece, además, una autoridad nacional encargada de controlar la aplicación de la ley, es decir, plantea una doble vía de protección (Habeas Data y Dirección Nacional de Protección de Datos Personales¹).

En el artículo 2°, la ley 25.326 establece cómo deberemos entender algunos de los términos que se utilizarán en ella. La definición de “dato personal” es sumamente amplia, comprende cualquier tipo de información personal (sobre persona física o jurídica), sea relativa al estado civil, a la familia, económicas, de contacto, etc. No ocurre lo mismo con el concepto de “dato sensible”. En este caso el legislador realiza un listado de tipos de datos que van a contar con una protección especial. Puede entenderse que este listado es taxativo y por tanto sólo los “Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (Ley 25.326, Art. 7) serían “sensibles”. Si bien puede plantearse válidamente que esta definición sólo es obligatoria en el marco de la Ley de Protección de Datos Personales, difícilmente podamos separarnos de ella toda vez que no existe otra definición de este concepto en nuestro marco legal.

No analizaremos en el presente las cuestiones relativas a la identidad ni a los datos personales de las personas jurídicas dado que para dar una respuesta deberíamos entrar en un vasto análisis sobre los datos referidos a los entes de existencia ideal reconocidos como sujetos por el derecho más allá del Código Civil y Comercial (Ley 11683 art. 5, por ejemplo). Hecha esta salvedad, veamos en qué se diferencian los datos personales de la identidad, partiendo de los conceptos antes definidos.

3.1. Clasificación de los datos

¹ Actualmente, por medio del muy cuestionado DNU 746/2017, dependen de la Agencia de Acceso a la Información Pública, un organismo descentralizado en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

La diferencia entre datos personales e identidad surge de forma clara y desde el sentido común. La identidad es una universalidad compuesta por datos personales. Pero, para poder analizar la identidad, vamos a realizar otra clasificación un poco distinta a la de la ley 25.326, que sólo distingue datos personales de datos sensibles (art. 2), puesto que es demasiado incompleta para ayudarnos en tal tarea. Por tanto, para un análisis de los datos partiendo de la perspectiva de la identidad, proponemos la siguiente clasificación.

- a- Datos atribuidos por el Estado
- b- Datos biológicos
- c- Datos históricos
- d- Datos generados por la persona

i. Datos atribuidos por el Estado

En este primer grupo se encuentran los datos que el Estado (sea nacional, provincial o municipal) atribuye a las personas. Una característica de los datos personales que se localizan en esta categoría es que tienen su origen en una norma (ley, decreto, o acto administrativo) o una sentencia judicial. Como claros ejemplos podemos citar el número de DNI o el CUIL, pero existen algunos casos que requieren un análisis de mayor profundidad para comprender su integración en esta categoría. Tales son los casos de la adopción, los antecedentes penales y el matrimonio.

El caso de la adopción se toma como un dato atribuido por el Estado, puesto que la misma no se perfecciona si no media reconocimiento por parte del Estado de ese cambio en las relaciones familiares del niño.

En cuanto a los antecedentes penales, ellos sólo pueden provenir de una sentencia judicial, y su anotación en el registro de antecedentes penales surge de una decisión en lo relativo a la política criminal que tomó el Estado en un momento dado. Distinto sería el caso de una persona sobre la que pesa una condena moral por parte de la sociedad por un determinado comportamiento, puesto que en ese caso el dato surgiría sólo de la propia acción de la persona.

En cuanto al matrimonio y la unión civil, lo que se toma como dato es el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de una pareja que decidió formalizar, legalmente, su

situación. Como expresaran la Procuración General de la Nación y la CSJN en distintos considerandos, al fallar en la causa Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio:

“.....debe tenerse en cuenta que las normas que rigen el estado de familia y la disolución del vínculo conyugal han sido dictadas más en vista del orden público que en miras al interés particular de las personas....” o “....estableciendo el legislador de 1888, a través de la ley 2393, un sistema de forma matrimonial exclusivamente civil, común a católicos y no católicos, y único al cual el Estado reconoce efectos jurídicos....”. (CSJN, 05-02-1998. Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio)

ii. Datos biológicos

En el grupo de los datos biológicos se identifican todos los datos que se desprenden de la condición del ser humano como ser vivo. Es decir, la cuestión relativa al ADN, a los familiares de sangre y las cuestiones relativas a las enfermedades, sean hereditarias o no.

En esta categoría se encuentran también al sexo, el que presenta no pocas dificultades para su interpretación. Para salvar dicha dificultad, aclaramos que, al hablar de sexo en este trabajo nos referimos únicamente al sexo según el ADN (XX o XY) y no a la llamada identidad sexual que presenta un abanico mucho más amplio de posibilidades (Izquierdo, 1998; Izquierdo, 2008: 61-91; Haraway, 1995), que serán tratadas en el punto 3.2.5 del presente trabajo. La diferencia antes nombrada nos permite plantear el problema que surge de la identificación sexual en el DNI, puesto que, por un lado, escapa al Estado determinar el sexo de una persona (dato que sólo puede constatar y fijar en los distintos documentos tal como se reconoce indirectamente en el art. 69 CCyC al determinar en qué casos no se requiere la intervención judicial para el cambio de prenombre) y por el otro, que el hecho de publicar el sexo de una persona sin tener en cuenta la identidad sexual de la misma puede ser visto como un caso de discriminación o de publicación indebida de datos personales relativos a la sexualidad. Por tanto, entendemos que lo ideal sería la eliminación del sexo como dato en los instrumentos públicos del Estado a partir del DNI que debe sacarse a los 16 años. La elección de ese momento se debe a que, según las teorías preponderantes, a esa altura del desarrollo de una persona ya se ha fijado su sexualidad (Money y Ehrhardt, 1982; Sánchez Medina, 2006). Entonces, una vez determinada la

identidad sexual, el dato relativo al sexo queda circunscripto a la historia clínica y ya no a la vida en sociedad.

Si se limita el estudio a rescatar la “variable biológica”, sólo se identifica a la persona por pertenecer al género masculino (si hay un pene) o al femenino (si se carece de éste y en su lugar hay una vagina). Sólo mediante los sexos y sobre esa identidad sexual asignada, suelen desarrollarse dispositivos culturales, económicos y políticos que tienden a reforzar la presencia de dicha sexualidad. De modo tal que el cuerpo es anatómicamente diferenciado, orgánicamente dividido y enunciado e interpelado de un modo único: como “hombre” y “mujer”. Así, esta concepción binaria se inscribe en las biografías de cada uno, desde mucho antes de nacer y hasta después de ocurrido el suceso de la muerte. Si se mira alrededor pareciera que el sistema se instituye únicamente sobre esta relación sexo-género, en la cual la norma formal resulta ser la heterosexualidad de las personas, es decir, el único vínculo lógico, razonable y posible de atracción erótica, es entre una “mujer” y un “hombre”. Lo único viable, permitido, aceptado; se trata de la única posibilidad: seres humanos reducidos a condicionamientos biologistas donde cualquier discrepancia con el parámetro de anormalidad trae aparejadas situaciones y condiciones anormales y/o desviadas. Es así como diversos y eficaces mecanismos discursivos jurídicos acompañados de lo médico-religioso tienden a reforzar y reproducir este esquema heteronormativo.

En este ámbito todas las demás identidades genéricas y sexuales, que no se adecuen al mandato socio-sexual, son ubicadas por fuera del círculo de reconocimiento, indicadas y estigmatizadas como “abyectas”, “anormales”, o “desviadas”. Los sexos son sólo dos: masculino y femenino; las relaciones sexuales tienen como fin la procreación; la familia es una unidad natural... Cuando se habla de dos sexos, masculino y femenino, se está abarcando en esta dicotomía un disciplinamiento de aspectos muy complejos de la sexualidad humana. Por supuesto el sexo anatómico, con el que a primera vista y al nacer se clasifica a casi todos los seres humanos. Tan fuerte es el dogma sobre la dicotomía anatómica, que cuando no se la encuentra se la produce. Cuando los genitales son ambiguos, no se revisa la idea de la naturaleza dual de los genitales sino que se disciplinan para que se ajusten al dogma. Pero además del sexo anatómico, se supone que el sexo cromosómico también es dicotómico (XX o XY), ajustándose a la genitalidad.

Nuevamente, cuando eso no ocurre, el dogma no se revisa. Las hormonas completan este menú biológico.

iii. Datos históricos y socio-culturales

Los datos históricos se refieren a todos aquellos que exceden al control de la persona o sólo tangencialmente incluyen su voluntad, son tanto los que hacen referencia a determinadas tradiciones y prácticas habituales que tienen un origen en la socialización de la persona como los referidos al contexto de interacción de dicha persona (contexto social y cultural). Tal es el caso del lugar de nacimiento, nombre, la comunidad a la que pertenece, las instituciones de educación primaria a las que asistió, a la tradición de utilizar el doble apellido, entre otros.

El nombre, como dato personal, presenta distintas particularidades. Por un lado, tenemos su configuración, como bien explica Rivera, el nombre “[E]stá compuesto por el prenombre o nombre de pila y por el apellido. El primero es la forma de designación de un individuo y se adquiere por su inscripción en el Registro Civil; el segundo es una designación común a todas las personas pertenecientes a una familia” (Rivera, 2004: 593). Por el otro, debe ser escogido por los padres (tutores o quien ejerza la patria potestad), debe ser reconocido por el Estado y debe ser mantenido por la persona por lo que, según cómo se lo analice, puede ser parte de este grupo o de las categorías Datos atribuidos por el Estado y Datos generados por la persona. Nosotros preferimos mantenerlo en esta categoría puesto que los cambios al nombre puede realizarlos la persona sólo a partir de la mayoría de edad y que el Estado sólo se limita a reconocer la voluntad de los padres o la decisión judicial recaída ante la pretensión de la persona, luego de alcanzada la edad necesaria.

iv. Datos generados por la persona

Los datos generados por la persona son aquellos en los que la voluntad de la persona participa en forma activa. Es decir, aquellos datos que se van conformando a partir de determinadas elecciones de una persona a lo largo de su vida. Es preciso aclarar que en este trabajo no se tendrá en cuenta cómo se genera la voluntad de la persona al realizar la elección sino el hecho de que lo haga, como sujeto independiente dentro del contexto social

(es decir que no se tendrán en cuenta las cuestiones relativas al condicionamiento social o familiar, puesto que de seguir ese lineamiento podríamos llegar a interpretar que nadie es libre de elegir nada) (Montagut, 1997, 185).

En esta categoría encontraremos datos como las uniones de hecho no registradas (que sólo dependen de la voluntad de dos personas de formar una pareja, sin que medie reconocimiento por parte del Estado), los gustos en general (tanto en lo referente a la ropa, la educación superior, comida, etc.) y la manifestación de la elección sexual. A fin de no entrar en conflictos con las múltiples teorías sobre la conformación de la elección sexual (entre otros, los citados Izquierdo, Haraway y Money), en esta categoría se toma como dato la manifestación pública que hace una persona sobre dicha opción. Obviamente que no nos referimos a que la grite por la calle sino a que viva conforme a ella.

Esta clasificación permite realizar otra distinción, esto es que, mientras los datos de las tres primeras categorías pueden considerarse rígidos o de muy compleja modificación, los del último grupo pueden cambiar, en general, muy fácilmente puesto que sólo dependen, en principio, de la voluntad de la persona. Nada le impide a una persona, salvo su propia determinación, cambiar sus hábitos de consumo, su lugar de residencia, sus gustos, etc. Es más, claramente una persona cambia muchos de estos datos a lo largo de su vida y no por ello van a tener menor validez que los otros datos puesto que participan, y en un grado muy importante, en la conformación de la identidad de la persona. Pensemos que una persona puede no identificarse con un dato atribuido por el Estado o incluso no conocer su existencia, pero difícilmente pueda desconocer que prefiere vestir un cierto tipo de ropa o tomar alguna bebida en particular.

4. La Dignidad: diferentes situaciones

Al momento de ser afectada la dignidad (entendida como se dijo antes como un receptáculo de distintos conceptos como “uso de datos personales”, “indiscreción sobre la intimidad”, “afectación del honor y la reputación” entre otras situaciones) se ven las dificultades de desentrañar cuál será el régimen legal que aplicaremos para prevenir o reparar dicha afectación.

De la redacción del art. 52 del CCyC surge que las formas de afectación de la dignidad están fuertemente vinculadas al uso de datos personales reales o a la atribución de datos falsos a una persona en particular. Es decir que el daño a la dignidad se vería reflejado en la intromisión en la intimidad por parte de un tercero (dando a conocer cierta información), en su honra o reputación (sea en el mismo sentido que la anterior o en forma de injurias, por ejemplo) o en su imagen (la publicación o utilización de fotografías videos, voz, etc. que se analizará más adelante) o en su identidad (que, en tanto universalidad de datos personales no requiere demasiadas explicaciones).

Para poder determinar cuál será el régimen legal aplicable a cada situación en particular, partiendo de la base de que lo que en el fondo se busca es la protección de los datos personales en cada caso en particular, se encuentra necesario generar una clasificación compuesta de tres categorías excluyentes según, los siguientes referentes o indicadores, como son el tipo de dato de que se trate, su titular y el acto por el cual él se ve perjudicado. Entonces, las categorías que se proponen, para abordar el régimen legal sobre la dignidad, son: “general”, “común” e “individual”.

4.1. Categoría “general”

La categoría “general” va a estar integrada por aquellos datos personales que estén tutelados por la generalidad de las legislaciones (nacionales e internacionales) y que, en nuestro país, sean objeto de tratamiento según lo dispuesto en la ley 25.326. Ello así puesto que la ley 25.326 trae sus propios mecanismos de tutela diferentes a los establecidos en el CCyC (si bien en lo que respecta a la reparación del daño causado nada impide que se aplique lo dispuesto en el CCyC).

En tal sentido pueden verse como diferencias los extremos solicitados en la ley 25.326 como requisitos previos al inicio de la acción judicial, la determinación del sujeto activo (que será bastante limitado en comparación con la siguiente categoría), el tipo de acción y el hecho de contar con un procedimiento propio en lo que respecta al trámite del juicio. Existe otra diferencia sustancial, pero la analizaremos en el marco de la siguiente categoría. Esta categoría va a contener dos tipos de datos concretos y determinados por la ley 25.326, por un lado, los datos sensibles y, por el otro, los datos personales que se encuentren registrados en una base de datos. También podemos encontrar aquí dos tipos de titulares de

datos, las personas físicas y las personas jurídicas. Las cuestiones relativas a los datos de esta categoría se encontraban bajo la órbita de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (o de los distintos organismos provinciales que se han ido ocupando de la temática desde la sanción de la ley 25.326, la adhesión de las provincias o el dictado de su propia normativa, a modo de ejemplo podemos citar la ley 1.845 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establece como organismo de control a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires). Actualmente, por medio del muy cuestionado DNU 746/2017, dependen de la Agencia de Acceso a la Información Pública, un organismo descentralizado en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

4.2. Categoría “común”

En la categoría “común” encontramos aquellos datos personales que, según los usos y costumbres de una determinada comunidad (entendida ella en sentido amplio), deban ser tutelados. En este caso los datos van a encontrar protección en el Código Civil y Comercial, en el Código Penal y, obviamente, en la Constitución Nacional (bloque de constitucionalidad) y en las provinciales. Es importante resaltar que los datos de esta categoría no son objeto de tratamiento, según lo dispuesto por la ley 25.326, pero sí pueden formar parte de una base de datos siempre que ésta no sea de las tipificadas por aquélla (pública o privada destinada a dar informes).

Una de las diferencias más importantes que surge del régimen legal aplicable a esta categoría (y a la siguiente) y que, incluso, marca una diferencia sustancial con el Código Civil derogado es la función de prevención establecida en el art. 52 (que nos remite al Libro Tercero, Título V, Capítulo 1). En este sentido es importante recalcar que, tanto para el caso de la ley 25.326 como para el Código Penal, es requisito que se haya generado un daño efectivo (aunque sea derivado del incumplimiento de los extremos legales requeridos para que un dato incluido en una base de datos, sea considerado válido o lícito). La recepción de la “tutela inhibitoria” en nuestro CCyC viene a dar cumplimiento a un reclamo de mucho tiempo realizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Dicha tutela autoriza a la persona a requerir judicialmente, no sólo el cese de la agresión sino también a que dicha agresión no llegue a perfeccionarse.

El CCyC nos marca, desde el artículo 1710, el deber de prevenir el daño que tenemos todos los habitantes del territorio de la República (art. 4 CCyC). Sí bien el deber de no dañar a otro no se diferencia del clásico *alterum non laedere* del derecho romano, lo cierto es que el viejo CC no poseía ninguna referencia explícita a dicho principio, por lo que la jurisprudencia y la doctrina lo derivaban del art. 19 de la Constitución Nacional. Lo mismo ocurre con el deber de “evitación” que la doctrina hacía derivar del principio de buena fe. Independientemente de ello lo fundamental es la incorporación del deber jurídico de actuar positivamente para prevenir que ocurra un daño.

En lo que respecta a la temática del presente es un deber que cobra una enorme importancia puesto que, en la Sociedad de la Información, cuando los daños a la dignidad, particularmente a la intimidad, derivan de la transmisión de datos entre las personas por medio de las TIC, resulta manifiesta la potencial disminución de los daños generados por medio de la autolimitación al momento de trasladar dichos datos a terceros. En otras palabras, si cada uno de nosotros, al momento de contar con información (en sentido amplio) de otras personas no la reenviamos a terceros, el daño no llegaría a producirse o, en el peor de los casos, no alcanzaría las magnitudes que actualmente tiene. Pensemos en los casos de un video grabado en la intimidad de una pareja que luego, con un fin dañino, son enviados por una de las partes a terceros que luego lo reenvían a otros y así hasta volver virtualmente imposible la desaparición de dicho video.

ART. 1710 CCyC. Sí bien en general es muy interesante lo planteado en el inc. B del art. 1710, cobra un interés mucho mayor si se lo piensa desde la perspectiva de los llamados “casos de los buscadores de internet”. El inc. B dice lo siguiente:

Art. 1710 inc. B “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa”

Bajo esta norma, ¿podrá un buscador de internet (u otros ISP) reclamar el reembolso de las medidas que le sean solicitadas, judicial o extrajudicialmente, por parte de las víctimas de publicaciones de datos personales? Es decir, ante el requerimiento del bloqueo o

eliminación de una página creada por un tercero para la publicación de imágenes u otros datos personales, ¿Google podrá reclamarle al generador del daño los gastos en los que incurra para llevar a cabo dicha medida? ¿Será distinta la situación si el reclamo es judicial a si es extrajudicial? O será que el presente inciso sólo podrá ser invocado cuando se lleven medidas sin requerimiento previo. Estas preguntas sólo podrán ser contestadas por la casuística aunque, nada nos impide plantear que tal vez sería saludable que se aplique con o sin requerimiento previo. De esta forma se estaría “premiando” a aquellos ISP que colaboren con la prevención de daños. Es preciso poner el acento en que, en los casos de los ISP, el art. 1725 cobra un valor inmenso puesto que determina un mayor nivel de diligencia y de valoración de la previsibilidad de las consecuencias cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

Otra cuestión muy importante es determinar contra quien tendría derecho de accionar este hipotético ISP. Entendemos que en el caso de que sea contra el causante del daño se aplicarían las reglas del enriquecimiento sin causa pero, en el caso de que vaya contra la víctima (puesto que, en definitiva, con su accionar limita el daño sufrido) las reglas serían las del gestor de negocios².

En lo que respecta particularmente a la llamada acción preventiva establecida en el art. 1711 es interesante resaltar que:

1.- será necesario que exista una acción/omisión antijurídica. Ello así puesto que, si se hiciera lugar a una acción preventiva en un caso donde no exista antijuridicidad y donde aún no se ha causado un daño, se estaría limitando en forma arbitraria la libertad de actuación de una persona.

2.- será necesario que exista un cierto grado de previsibilidad. Además está decir que no alcanza con la mera suposición de la “potencial víctima” del futuro daño. Debe poder probarse el posible nexo de causalidad entre el accionar antijurídico y el futuro daño que se desea evitar.

² Rivera, J. Medina, G. op. Cit.

No está demás aclarar que esta acción no se limita sólo a evitar un futuro daño sino a evitar que un daño efectivo se siga agravando o se pida el cese de un accionar gravoso. Por otra parte, no se requiere la concurrencia de un factor de atribución. Quedará por resolver, en lo que respecta a la legitimación activa, como jugará el interés legítimo con los derechos de incidencia colectiva.

ART. 1713 En lo que respecta al art. 1713 es muy interesante la amplitud de facultades que otorga al juez para determinar, incluso de oficio, obligaciones para las partes, siempre ponderando la menor restricción posible (entendemos en los casos en los que el daño aún no se ha producido y no en los casos donde lo que se solicita es el cese del mismo) y el medio más idóneo para lograr la finalidad pretendida, incluso sino fue uno de los remedios solicitado por el demandante. El art. habla de medidas provisionales o definitivas, ello obviamente dependerá de cada caso y del tipo de daño frente al que nos encontremos. A modo de ejemplo, si se trata de prevenir un daño que aún no se ha causado y pueden subsanarse las causas que lo podrían ocasionar la medida será provisoria hasta tanto se tomen los recaudos para evitarlos. En cambio, si estamos frente a un pedido de cese de un daño, la medida será, en general, definitiva.

Por último, y como diferencia sustancial propia de esta categoría, existe la posibilidad de llevar a cabo acciones colectivas o de clase, es decir, existe una multiplicidad de sujetos que podrían ser legitimados activos para iniciar las acciones pertinentes.

En lo que respecta a este punto es muy importante resaltar la discusión existente entre la clasificación realizada en el fallo “Halabi” y la dual que realiza el Código Civil y Comercial en su art. 14. Mientras que en el primero se establecen las categorías Derechos Individuales, Derechos Individuales Homogéneos y Derechos de Incidencia Colectiva, en el art. 14 se reconocen sólo los Derechos Individuales y los Derechos de Incidencia Colectiva. Esto ha llevado a algunos autores a plantear que la imposibilidad de actuar del sujeto legitimado más allá de la defensa del daño que efectivamente ha sufrido y sólo en representación propia. Y a otros autores a plantear que los Derechos de Incidencia Colectiva incluyen a los Derechos Individuales Homogéneos (ver Julio C. Rivera y Graciela Medina pág 47 y sigs. y Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso pág. 44 y sigs.). Independientemente de ello, en el supuesto que nos ocupa en el presente,

será fundamental el análisis de cada uno en particular para poder determinar en qué casos de la afectación a la Dignidad podrá un sujeto llevar adelante una acción colectiva y no una acción particular. A modo de ejemplo puede verse el fallo “*Gil Domínguez Andrés Favio c. Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA s/ amparo*” del 10/10/2014 donde, si bien se parte de una óptica vinculada a los derechos de los usuarios y consumidores, lo cierto es que lo que se está tutelando es el derecho a la dignidad de las personas, específicamente la autonomía informativa de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En general, en lo que respecta a esta categoría, es preciso poner particularmente la atención en los artículos 51 y 52 y no tanto en el 1770 puesto que, por una parte, no presenta mayores diferencias con el antiguo 1071 bis por lo que la complicación en su análisis sólo sería al momento de compatibilizarlo (conjuntamente con el resto de los artículos del Libro tercero, título V, capítulo 1) con los artículos antes nombrados y, por la otra, porque se encuentra más claramente vinculado con la categoría siguiente.

4.3. Categoría “individual”

Por último, en la categoría “individual” vamos a encontrar aquellos datos que sean entendidos como personales según cada individuo en particular. Estos datos van a estar protegidos tanto por la legislación civil y penal, como por las Constituciones Nacional (bloque de constitucionalidad) y provinciales. A diferencia de los “comunes”, en éstos no existe otra persona legitimada para iniciar las acciones que aquella que sufre efectivamente el perjuicio.

Sí bien es cierto que este derecho puede ser válidamente tutelado por los art. 51 y 52, es mayor su vinculación con el art. 1770 puesto que deberá probarse acabadamente el daño que le ocasiona a una persona determinada el accionar de otra persona. Es decir, en muchos de los casos donde la afectación a la dignidad esté relacionada a un dato “individual”, será difícil plantear la previsibilidad de que determinada conducta pueda generar un daño efectivo. Esta particularidad genera que el daño, en la mayoría de los casos, deba producirse para poder luego solicitar la reparación o el cese de la conducta dañosa.

En cuanto a su tratamiento e inclusión en una base de datos el caso es similar a los datos de la categoría “comunes”.

5. La identidad digital

Como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías, principalmente Internet, muchos de los datos de una persona se han convertido, prácticamente, en datos de acceso público. Este fenómeno se ha incrementado con el uso de las redes sociales en la web (Lezcano, 2010). Cuando un conjunto de datos personales se asocia a una persona en un marco digital, algunos lo llaman “identidad digital” (Sullivan, 2011). Entendemos que el concepto de identidad digital es erróneo por las razones que a continuación daremos.

En primer lugar, la identidad digital sólo puede ser creada por una persona, con lo que rápidamente se comprende que sólo encontraría correspondencia, en el marco de la clasificación aquí propuesta, con los datos generados por la persona. Claro está que ello será así siempre y cuando exista correspondencia entre el conjunto de datos en la red y los de una persona real.

En segundo lugar, una persona sólo puede tener una identidad real; pero puede crear varias identidades digitales, dependiendo de la forma en que conforme el conjunto de datos en los diferentes ámbitos que habilitan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones –TICs- (distintas redes sociales, foros, servicios de mail, etc.).

En tercer lugar, mientras que la universalidad de datos que conforman la identidad real siempre encuentra correlato con una persona, existe la posibilidad de encontrar identidades digitales “vacías” es decir, que no existe una persona física que se vincule realmente con esa universalidad.

Pero es cierto que existen casos donde los esos datos “digitales” encuentran plena identificación con una persona real. ¿Sería correcto hablar en esos casos de identidad digital? Entendemos que en esos casos no estamos frente a una identidad digital sino ante una imagen de la persona. Es decir que sería la proyección de una persona en entornos digitales y no la identidad en sí de la persona.

En general, aquellos que nos hablan de identidad digital lo hacen teniendo en vista la protección de la persona (cuando no para vender servicios de seguridad informática), pero en realidad pierden de vista que, al querer darle un nombre “marketinero” a algo que ya cuenta con ciertas protecciones, corren el riesgo de que aquellas normas destinadas a protegerlo pierdan contenido y, por tanto, devengan inútiles. En otras palabras, sí en lugar

de hablar de imagen o reputación digital hablamos de identidad, los mecanismos legales previstos para proteger los primeros quedarían al margen y, por tanto, serían sólo aplicables los vinculados a la identidad la que, como vimos más arriba, sólo puede ser afectada, en principio, por el Estado. Por ello es fundamental distinguir entre las afectaciones a la identidad y la utilización de identificaciones apócrifas.

En forma alguna podemos aceptar que exista una “identidad digital” puesto que, al menos en estos momentos, no existe la posibilidad de plasmar la universalidad de datos y la conciencia de ella en Internet. Entendemos que uno de los factores que han llevado a plantear la existencia de una identidad digital es la confusión entre los conceptos de identidad y de identificación. Esto es, confundir a la persona en su individualidad con el reconocimiento de ella, por parte de terceros, a partir de una serie de datos.

5.1. La imagen

En general, sobre todo en los temas relativos al mundo digital, se suele asociar a la imagen con la fotografía o el video de una persona, es decir, con su proyección visual. En el marco del presente entenderemos el concepto imagen en sentido amplio y no como la proyección meramente visual de una persona. De este modo, la imagen estará conformada tanto por lo visual como por la percepción que de ella tienen los terceros, a partir del accionar y la historia de vida de ese individuo. Tal es una de las definiciones que nos da el diccionario de la Real Academia al caracterizar la imagen pública como el “Conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad”. Desde este concepto es claro que una persona puede tener tantas imágenes como distintos sean los ámbitos en los que participa, sin desconocer que tendrá tantas imágenes como personas lo perciban. Se incluye, sobre todo, la apariencia del rostro de una persona, su fisonomía, su aspecto personal. Todo lo que rodea a la persona tiene una apariencia y, por lo tanto, una fisonomía. En otras palabras, todo tiene una forma y un fondo. Se incluye en la imagen, entonces, la fisonomía del rostro humano, su forma comunica información sobre la personalidad y el carácter, es decir, el fondo de alguien; de manera que son numerosos los aspectos que hablan sobre una persona: el tono de piel, la dirección de las cejas, la mirada, la nariz, los labios o la boca.

4.2. La reputación

La reputación es la valoración que hacen terceros de la imagen que proyecta una persona. Por esto, la reputación de una persona deviene de las acciones que lleva a cabo a lo largo de su vida en determinados ámbitos y puede ser positiva o negativa. Al poderse valorar algunos aspectos de la vida de una persona en forma autónoma (o cuasi-autónoma), cada uno de ellos puede comprender una reputación distinta. Por dar algunos ejemplos, una persona puede tener una buena reputación en las cuestiones de negocios, pero una mala reputación frente a sus relaciones personales; un excelente médico puede ser reconocidamente violento, etcétera.

Otra particularidad de la reputación es su vinculación con cuestiones económicas. Tal es el caso de la llamada reputación de la empresa, donde la valoración realizada por terceros, sobre su accionar en el mercado, puede afectar la cantidad de personas dispuestas a tratar con ella (dejando a salvo el lenguaje que parece personalizar un ente que en nuestro derecho no es sujeto de derecho, salvo en el ámbito tributario). Un ejemplo claro de este contenido económico de la reputación en entornos digitales lo podemos ver en el portal www.mercadolibre.com donde los usuarios y consumidores califican públicamente a la contraparte (positiva o negativamente). Esto puede generar beneficios o perjuicios para el calificado puesto que una buena calificación es, muchas veces, determinante al momento de concretar un negocio.

4.3. Los perfiles

El perfil es el conjunto de datos que se vinculan con un usuario de un determinado servicio (Lofeudo y Olivera, 2009). Muchas veces se plantea que se generan daños a través de la creación de perfiles falsos en, por ejemplo, las redes sociales. Analizaremos dos posibles situaciones relativas a este caso:

- que el perfil no encuentre vinculación alguna con una persona real o
- que sí se de ese vínculo.

En el primer caso no vemos daño alguno a la identidad de nadie. Sí puede darse el caso de que el perfil se haya creado para realizar algún tipo de delito, pero poco y nada tiene que ver eso con la identidad.

El segundo caso tampoco tiene que ver con la identidad, porque la misma no puede ser afectada por ese medio. En cambio, sí puede afectarse la imagen (al realizar una proyección falsa de determinados datos), el honor o la reputación (si es que se dan datos falsos o se realizan acciones negativas por medio de ese perfil), la intimidad o la privacidad (si se brindan datos ciertos que el perjudicado no quería que se dieran a conocer a terceros).

4.4. El uso de los datos

Otro de los casos que se suele nombrar como vinculado a la identidad digital es el del uso de datos de una persona para llevar a cabo negocios en Internet, como puede ser el de los datos correspondientes a las tarjetas de crédito. Claro es que, en estos casos, el bien jurídico tutelado no será la identidad, ni tan siquiera la imagen, sino la propiedad, como bien señala Sullivan -2011-. Este tipo de delitos se cometían desde antes de que existiera Internet y, en general, se los conocía (en su mayoría) como fraude o estafa. De ello se sigue que quedan comprendidos en el Título VI (Delitos contra la propiedad), Capítulo IV (Estafas y otras defraudaciones) del Código Penal. Y, en principio, no parece ser necesaria una reforma para sancionar conductas dañosas ya tipificadas.

5. La Identidad Apócrifa

Una persona puede elegir participar en forma activa en Internet o no, lo cierto es que muchos de sus datos personales van a estar “colgados” en la red. Esos datos van a configurar su imagen digital, es decir la proyección de esa persona en los entornos digitales. En el caso de que la persona participe en forma activa en internet, va a tener la posibilidad de generar varias imágenes digitales según los datos que aporte en cada servicio. Tanto los datos que brinde la persona como aquellos que aporten terceros (sean ciertos o no) van a afectar su reputación (dado que modificarían o generarían su imagen y por tanto la valoración que de ella hagan los terceros). Pero como se dijo anteriormente, sí bien estas acciones podrían dar lugar a diversos daños sobre la persona, entre ellos no aparecen daños a la identidad.

No obstante lo dicho, es evidente que existen actualmente muchas situaciones disvaliosas generadas a través de “hacerse pasar por otro” pero, como se dijera, ello no supone un daño a la identidad sino a su reputación, patrimonio, imagen, etc. (es decir afectaciones a alguno

o varios de los conceptos que integran la dignidad) y por tanto es preciso dar una respuesta desde el derecho a esas situaciones.

En este sentido proponemos trabajar bajo el concepto de identificación apócrifa en los casos donde una persona lleva adelante acciones utilizando mecanismos de identificación para generar en el resto de la población la idea de que el que se presenta en realidad es el damnificado.

Debemos entender como mecanismos de identificación a todos aquellos medios por los cuales se intenta individualizar una persona dentro de un colectivo. Algunos ejemplos de estos medios son el DNI, fotografías, nombres, apodos, seudónimos, diversos números de identificación fiscales o bancarios (por ejemplo, el número de tarjeta de crédito), direcciones de mail, perfiles y muchos otros.

6. Bibliografía

Hall, Stuart y du Gay, Paul (eds.). (1996): Questions of cultural identity. Sage Publications, Londres.

Haraway, Donna (1995); Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza; Cátedra; Madrid.

Izquierdo, María Jesús (2008); “Los órdenes de la violencia: especie, sexo y género”, en: Viceng Fisas (ed.). El sexo de la violencia. Icaria, Barcelona. (1998); El malestar de la desigualdad, Cátedra, Madrid.

Lezcano, José María (2010); “Las redes sociales en Internet. Herramientas para la comprensión de un fenómeno en progreso”, en XI Congreso Nacional y I Latinoamericano de Sociología Jurídica: Buenos Aires: Argentina.

Lofeudo, Ismael y Olivera, Noemí (2009); “Redes sociales y derecho. Vista desde la perspectiva de los principios jurídicos y del derecho argentino”, En: Simposio de Informática y Derecho, 38° JAIIO, Mar del Plata,

Montagut, T. (1997); Servicios sociales y educación social, en: Petrus, Antonio (coord.), Pedagogía Social. Ariel, Barcelona.

Oyarzabal, Mario J. A. (2004); “El nombre y la protección de la identidad. Cuestiones de derecho internacional público y privado”, en: Prudentia Juris, Buenos Aires.

Rivera, Julio César (2004); Instituciones de derecho civil; Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Sanchez Molina, G. (2006); Identidad sexual. Una perspectiva biopsicosocial. Academia Nacional de Medicina, Bogotá.

Capítulo 8

La prueba y la dignidad en entornos digitales

Por Ernesto Liceda

1. La Prueba Digital

La prueba es uno de los mayores problemas a los que se enfrentan al momento de iniciar un proceso judicial. El qué, el cómo, el cuándo, y el donde de los argumentos que se intenta demostrar a través de las diferentes pruebas que se ofrecen. En tanto el derecho (para los jueces) existe en tanto se pueda probar, es preciso detenerse a analizar la cuestión de la prueba en entornos digitales en cuanto a la dignidad.

Es cada vez más extraño encontrar un conflicto donde no exista la necesidad de producir prueba informática¹. Esta prueba presenta diversas dificultades, sobre todo al momento de producirla por fuera de los estrados judiciales. Ello porque incluye análisis sobre software, hardware y múltiples profesionales que podrían intervenir (ingenieros en sistemas, licenciados en informática, entre otros, junto con las distintas especialidades de cada profesión).

También es cierto, como acertadamente describe Sebastián Gómez, que existe cierta tendencia (inspirada por distintas series y películas) a creer que la evidencia digital siempre es perfecta y fácil de localizar. Cuando, en realidad *“[L]a evidencia física y la evidencia digital comparten los mismos fundamentos del modelo de la criminalística en lo que refiere a minimizar la contaminación en el lugar del hecho, documentar todo lo que se haga, utilizar los principios y estándares establecidos y tener presente que el objetivo primario es la admisibilidad de la evidencia”*².

Existen algunos paralelismos y muchas diferencias entre las evidencias tradicionales y las evidencias digitales. Centrando la atención en las diferencias podemos establecer tres ejes trascendentales: la ubicuidad (la posibilidad de que las pruebas se encuentren en cualquier

¹ Ejemplo: puede considerarse como regla que en diversas cuestiones que involucran empresas, como juicios laborales, una de las partes requiera una pericial contable en “los libros de la empresa” para dar cuenta y demostrar algunos extremos necesarios para el juicio. Pocas veces son las que, en ese requerimiento probatorio, se solicita también la pericial informática (o la que sea), para determinar si existen o no posibles alteraciones o cuestiones importantes en los casos en que las empresas llevan hoy los aspectos contables a través de registros informáticos.

² Evidencia digital en la investigación penal, GOMEZ, L., En: Cibercrimen, Editorial BdF, 2016, ISBN 978-9974-745-06-3, 2016.

lugar del mundo, incluso al mismo momento), el tiempo (es decir, la prueba puede estar en un dispositivo por un breve lapso o estar almacenada durante años) y el volumen (mientras que las pruebas en papel ocupan forzosamente un lugar en el espacio que se corresponde con su volumen, las pruebas digitales no cuentan con tal limitación, es decir, ocupa el mismo espacio físico un disco rígido con 1 MB de información que uno con un TB). Además, es claro que la información en formato digital es mucho más ‘volátil’ y modificable, de forma tal que, sin un análisis especializado, pueden pasarse por alto los cambios que se efectuaran de forma subrepticia.

2. ¿Cómo obtener evidencias digitales y trabajar sobre ellas?

Teniendo en vista las diferencias existentes entre las pruebas ‘tradicionales’ y las pruebas digitales, distintos organismos internacionales han ido sancionando distintas guías y protocolos de buenas prácticas al momento de obtener evidencias digitales y trabajar sobre ellas. A modo de ejemplo, pueden citarse la ACPO (2004, 2012) del Reino Unido, las guías de buenas prácticas del Departamento de Justicia y del Servicio de Inteligencia de EEUU (2008) y la ISO/IEC 27037:2012 de la Organización Internacional para la Estandarización. A nivel local podemos encontrar también distintas guías y protocolos que trabajan sobre los mismos ejes que las citadas anteriormente, tales como el “Protocolo General de Actuación para las Fuerzas Policiales y de Seguridad en la Investigación y Proceso de Recolección de Pruebas en Cibercriminología”, res. 234/2016 del Ministerio de Seguridad de la Nación, el “Protocolo de Cadena de Custodia” establecido por la resolución 889/15 del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires y el “Protocolo de Actuación para Pericias Informáticas” del Poder Judicial de Neuquén, entre otros.

Como se dijera, una de las características de las pruebas digitales es su volatilidad, es decir la posibilidad de que la prueba sea alterada, en algunos casos sin posibilidad de establecer cuál fue el cambio que se efectuó sobre ella. Es por ello que, tanto desde el derecho como desde la informática, se pone especial énfasis en lo que respecta al momento de la recolección y preservación de la evidencia. Toda la prueba que se produzca puede quedar totalmente invalidada si no se respeta la cadena de custodia desde el momento de la recopilación hasta su presentación en juicio. En este sentido distintos ministerios de seguridad, de justicia y ministerios públicos tanto de la Nación como de algunas provincias

han sancionado protocolos de cadena de custodia de la evidencia digital. Si bien es cierto que la referencia a la cadena de custodia suele darse más en el fuero penal que en el civil, también lo es que el cuidado de la prueba en su recolección y análisis es fácilmente trasladable, si no en forma obligatoria, en forma de buenas prácticas que podrían incidir en la inteligencia del juez al momento de valorar la prueba presentada.

En la XVII Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur realizada en Buenos Aires en el año 2014, donde fuera aprobada la “GUÍA DE OBTENCIÓN, PRESERVACIÓN Y TRATAMIENTO DE EVIDENCIA DIGITAL” que diera cuerpo a la resolución 756/16, se dice sobre la evidencia digital que “[U]na de las características de la evidencia digital es su volatilidad. Esto conlleva a que la misma, por su propia naturaleza, sea frágil, fácil de alterar y dañar o directamente de destruir. Especialistas en informática forense la asimilan a la evidencia de ADN o a las huellas dactilares por ser un tipo de prueba latente. Con esto nos estamos refiriendo a que dicha evidencia, en su estado natural, no nos deja entrever qué información es la que contiene en su interior, sino que resulta ineludible para ello, examinarla a través de instrumentos y procesos forenses específicos”³.

A modo de ejemplo se analizarán aquí, brevemente, algunos puntos de protocolos vigentes para la Nación, la provincia de Neuquén y la provincia de Buenos Aires.

A nivel nacional, la resolución 234/2016 del Ministerio de Seguridad de la Nación establece el “PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN PARA LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD EN LA INVESTIGACIÓN Y PROCESO DE RECOLECCIÓN DE PRUEBAS EN CIBERDELITOS” (en adelante PGA). Este protocolo es **obligatorio** para las fuerzas de seguridad dependientes de la Nación (Gendarmería Nacional Argentina, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal Argentina y Policía de Seguridad Aeroportuaria). Es de tener en cuenta que este protocolo focaliza particularmente en el llamado delito de grooming (se dejarán de lado en el presente las discusiones sobre la inclusión de anglicismos innecesarios en los cuerpos legales de un país de habla hispana). El anexo de la resolución bajo análisis comienza definiendo distintos términos que aparecerán en el cuerpo del protocolo. Dejando de lado la incorrección de establecer definiciones sobre ciberdelito y grooming, puesto que escapa a la competencia

³ <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2016/PGN-0756-2016-001.pdf>

de un ministerio de seguridad definir qué es y qué no es un delito, más aún en lo que respecta a la descripción de un delito tipificado en el art. 131 del Código Penal de la Nación.

El inciso 3.3 define, siempre en el marco del PGA, lo que se conoce como copia forense:

“3.3 Copia Forense: réplica en forma completa (por sector, bit a bit) de la estructura y contenido de un dispositivo de almacenamiento. Se conecta un dispositivo externo al dispositivo y se hace la copia idéntica. Puede realizarse por medio de un copiador de hardware o un software.”

Es sustancial en este caso que la copia, tal como se establece en la sección IV “Pautas de Actuación” punto 3 inc. A del mismo protocolo, se realice con la utilización de un bloqueador de disco⁴ puesto que de otra forma al momento de acceder de cualquier manera al dispositivo secuestrado se modifica el objeto de la prueba poniendo en cuestión la validez de los resultados que la misma arroje⁵. En el mismo sentido puede entenderse el “Protocolo de Cadena de Custodia” establecido por la resolución 889/15 del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires en el capítulo “Guía de actuación para el registro de la cadena de custodia en elementos informáticos y telefonía celular” donde plantea que:

“Para que la prueba documental informática sea tenida por válida y adquiera fuerza probatoria, es necesario que la misma sea garantizada respecto de su confiabilidad, evitando suplantaciones, modificaciones, alteraciones, adulteraciones o simplemente, su destrucción (algo muy común en la evidencia digital).”

Para evitar estos problemas el protocolo provincial en el punto 1 de la sección relativa a la recolección de evidencias establece que *“Siempre que sea posible, un perito informático debe ser consultado con anterioridad al allanamiento y/o cualquier medida procesal dispuesta”*.

⁴PGA IV.3.A. Utilizar un bloqueador de escritura al momento de realizar la copia forense ya que este dispositivo permite operar la computadora asegurando que no se modifique absolutamente la más mínima información, por ejemplo, nos restringirá la mera lectura y copiado de los archivos.

⁵ Causa n° 46.744 “Fiscal s/ apela declaración de nulidad de informe pericial”.

En el protocolo de Actuación para Pericias Informáticas del Poder Judicial de Neuquén se establece en el capítulo 3 “Guía operativa para el secuestro de tecnología informática”, inciso f:

f) Impedir que nadie realice búsquedas sobre directorios o intente ver la información almacenada en los dispositivos ya que es posible que se altere y destruya evidencia digital (esto incluye intentar hacer una “copia” sin tener software forense específico y sin que quede documentado en el expediente judicial el procedimiento realizado).”

Como puede verse, en lo que respecta a la prueba informática, es fundamental que al momento de producirla no se altere en forma alguna su contenido ni quede margen alguno de duda sobre este aspecto.

3. Distintas pruebas digitales

Sería inútil conocer el cómo preservar las pruebas si no se sabe qué pruebas pueden existir en distintas circunstancias. Evidentemente es imposible, e inútil, realizar un listado completo de las distintas pruebas digitales que se podrían solicitar y producir en cada proceso. Pero, a modo de guía, puede utilizarse el Catálogo de servicios que ofrece el Laboratorio Pericial Informático de la Provincia del Neuquén. Si bien el listado es meramente informativo, da ciertas pautas sobre las distintas posibilidades probatorias que pueden solicitarse en un proceso judicial.

Catálogo de servicios⁶

- Pericia sobre infracción a la ley de propiedad intelectual del software.
- Pericia sobre control, actualización y adquisición de licencias de software.
- Pericia sobre robo, hurto, borrado intencional o accesos no autorizados a la información de una determinada empresa o institución, procesada y/o generada por los sistemas de informáticos.
- Pericia sobre duplicación no autorizada de datos procesados y/o generados por los sistemas informáticos.
- Pericia sobre métodos y normas a seguir en cuestión de seguridad y privacidad de la información procesada y/o generada por los sistemas informáticos.

⁶ Protocolo de Actuación para Pericias Informáticas. Poder judicial de la provincia del Neuquén.

- Pericia sobre la realización de auditorías de áreas de sistemas y centros de cómputo, así como de los sistemas informáticos utilizados.
- Pericia sobre recupero de datos borrados y rastreo de información en los distintos medios informáticos (magnéticos – ópticos).
- Pericia sobre métodos y normas a seguir en cuestión de salvaguarda y control de los recursos físicos y lógicos de un sistema informático.
- Pericia sobre desarrollo, manejo e implementación de proyectos informáticos.
- Pericia sobre contratos en los que la informática se encuentre involucrada (contratación de servicios, adquisición de equipamiento informático y de sistemas, tercerización de servicios).
- Pericia sobre aspectos laborales vinculados con la informática. Uso de Internet en el trabajo, uso indebido de las facilidades de la organización otorgadas a los empleados (servicio de correo electrónico, acceso a la navegación por Internet, uso de computadoras, entre otros elementos).
- Pericia sobre robos o determinación de identidad a través de correos electrónicos.
- Pericia sobre aspectos vinculados al comercio electrónico y operaciones realizadas a través de Internet.
- Pericia sobre dispositivos de telefonía celular.

En el mismo sentido pueden verse en el “Protocolo Unificado de los Ministerios Públicos de la República Argentina. Guía para el Levantamiento y Conservación de la Evidencia”⁷ publicado por el “Programa Nacional de Criminalística” las tablas que a continuación se transcriben.

⁷ Protocolo unificado de los ministerios públicos de la República Argentina: guía para el levantamiento y conservación de la evidencia / Anónimo. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2017.

2.5.3. Registros activos y volátiles de las PC, netbooks y notebooks

TIPO DE MUESTRA	RECOLECCIÓN	PREPARACIÓN	EMBALAJE
Estado de la memoria RAM	Capacidad de los programas cargados. Bloqueos. Porcentaje de uso		
Procesos activos	Uso de CPU. Dependencias de procesos y componentes		
Conexiones de red	Conexiones actuales con otras PC y servidores	Identificación de elementos con respaldo de impresiones, fotografías y actas	No instalar programas en las PC. Realizar las operaciones con los equipos encendidos y cables conectados
Impresiones activas	Cola de impresión local. Documentos sin imprimir. Estado y descripción de los documentos que se están imprimiendo		
Fecha y hora del sistema operativo	Fecha y hora del sistema operativo. Zona horaria. Sincronizaciones con servidores de hora en Internet		
Red de la empresa u organización	Características. Tráfico. Congestión. Bloqueos. Snifers activos. Virus de red		
Papeles impresos	Recolección de papeles impresos en el lugar	Identificación de elementos con respaldo de fotografías y actas	
Conexiones físicas de red	Cableados existentes. Hubs. Switchs	Identificación de elementos con respaldo de fotografías y actas	No desconectar hasta tanto se recolecte y documente la evidencia

2.5.4. Medios de almacenamiento

TIPO DE MUESTRA	RECOLECCIÓN	PREPARACIÓN	EMBALAJE
Discos duros de PC	Descripción del gabinete en el cual está contenido (marca, color, número de serie). Marca y número de serie. Capacidad		
Discos duros externos	Marca y número de serie. Capacidad	Rotulado. Embalaje en bolsas especiales tipo Faraday o en sobres de papel madera.	Capturar datos volátiles antes de apagar
Pendrives, CD, DVD, disquetes, otros dispositivos similares		Precinto de seguridad. Identificación de elementos con respaldo de impresiones, fotografías y actas	
Netbooks, notebooks, tablets	Marca. Capacidad. Color		
Cámaras fotográficas, celulares, mp3, mp4, ipods			

4. La prueba digital en el proceso penal y en el civil y comercial

A esta altura del desarrollo es preciso detenerse un momento a establecer algunas diferencias entre el proceso Penal y el proceso Civil y Comercial. Ello, puesto que mientras que en el proceso Penal la producción de la prueba queda (en términos generales) en manos del Estado, no ocurre lo mismo en el fuero Civil y Comercial donde cada parte correrá con

el deber de proponer y producir las distintas pruebas (con los costos que ello implique dependiendo de cada situación). Por otra parte, resulta muy interesante analizar una etapa del proceso Civil y Comercial fundamental en todo proceso donde la prueba digital pudiera llegar a ser determinante.

Como se planteara anteriormente, una de las características de la evidencia digital es su ubicuidad o, dicho con otras palabras, su no lugar. A ello es preciso agregar las complicaciones derivadas del derecho al anonimato en la red (temática por demás discutida internacionalmente, en la que las soluciones planteadas desde distintos Estados nacionales han ido desde su desconocimiento hasta su entronización como derivado del derecho a la libertad de expresión). A nadie escapa que si existe algo fundamental en todo proceso es saber a quién se va a demandar. No es posible llevar adelante un proceso Civil y Comercial sin que exista una contraparte a la que se demanda. Ahora bien, qué ocurre cuando una persona sufre un daño que no dé lugar a una investigación penal, por medio de plataformas de redes sociales (Facebook, twitter, y un gran etcétera) donde no es posible determinar en un primer momento al artífice de dicho trastorno. Allí es donde aparecen las llamadas diligencias preliminares y la prueba anticipada, pero es esencial saber qué pedir y cómo encuadrar dicho pedido.

Una de las posibilidades que se presentan al momento de analizar distintas formas de actuación frente, por ejemplo, a un daño moral por medio de distintos prestadores de servicios en o de Internet, es promover una medida cautelar con el fin que el prestador de servicios ‘baje’ el contenido disvalioso. En ese momento es posible requerir que también brinde información sobre el perfil de la red social desde el cual se llevó a cabo la acción (a modo de ejemplo). Pero es cierto que no siempre es posible promover una medida cautelar si no se dan los extremos fácticos requeridos para que se habilite esa vía. En ese caso sólo queda ir por la vía de las diligencias preliminares.

Dadas las similitudes que existen entre muchos de los códigos procesales Civiles y Comerciales y el de Nación en este tema, el análisis seguirá al último, debiendo el lector adecuar su contenido según el Código Procesal que corresponda a su provincia. Es claro que no existe en el CPCyCN una referencia directa a la prueba digital. Por ello es preciso detenerse y analizar las posibilidades que brindan los distintos artículos pertinentes.

El art. 323 CPCyCN se enumera once posibles diligencias preliminares que pueden llevarse adelante:

- 1) Que la persona contra quien se proponga dirigir la demanda preste declaración jurada, por escrito y dentro del plazo que fije el juez, sobre algún hecho relativo a su personalidad, sin cuya comprobación no pueda entrarse en juicio.
- 2) Que se exhiba la cosa mueble que haya de pedirse por acción real, sin perjuicio de su depósito o de la medida precautoria que corresponda.
- 3) Que se exhiba un testamento cuando el solicitante se crea heredero, coheredero o legatario, si no puede obtenerlo sin recurrir a la justicia.
- 4) Que, en caso de evicción, el enajenante o adquirente exhiba los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida.
- 5) Que el socio o comunero o quien tenga en su poder los documentos de la sociedad o comunidad, los presente o exhiba.
- 6) Que la persona que haya de ser demandada por reivindicación u otra acción que exija conocer el carácter en cuya virtud ocupa la cosa objeto del juicio a promover, exprese a qué título la tiene.
- 7) Que se nombre tutor o curador para el juicio de que se trate.
- 8) Que, si el eventual demandado tuviere que ausentarse del país, constituya domicilio dentro de los CINCO (5) días de notificado, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 41.
- 9) Que se practique una mensura judicial.
- 10) Que se cite para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas.
- 11) Que se practique reconocimiento de mercaderías, en los términos del artículo 782.

De estas once posibilidades que brinda el CPCyCN sólo sería posible solicitar la del inc. 1 con el fin de que determinada persona realice una declaración jurada sobre, por ejemplo, su titularidad o posibilidad de acceso a determinado mail, perfil de red social, página Web, etc., que declare sobre las características de los dispositivos que utiliza, el servicio de conexión a internet y número de IP que utiliza, etc. Todos estos datos pueden ser

determinantes al momento de determinar al futuro demandado. Como es obvio, este reclamo sólo será posible toda vez que el afectado tenga indicios sobre quién ha podido ser la persona que llevó adelante la acción disvaliosa. La mayor utilidad de esta diligencia preliminar se destaca, sobre todo, en los efectos que produce en el caso del art. 324 CPCyCN.

Art. 324. - En el caso del inciso 1) del artículo anterior, la providencia se notificará por cédula o acta notarial, con entrega del interrogatorio. Si el requerido no respondiere dentro del plazo, se tendrán por ciertos los hechos consignados en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez iniciado el juicio.

En el caso de que la contraparte no responda, recaerá sobre ella probar que no le cabe la titularidad de, por ejemplo, el perfil de la red social desde la que se llevó a cabo el accionar dañoso. Esta inversión de la carga probatoria en el proceso Civil y Comercial resulta fundamental puesto que, como se ha visto anteriormente, la producción de la prueba digital puede no ser simple y puede conllevar bastante tiempo y dinero.

El art. 325 CPCyCN no ofrece demasiadas posibilidades que no puedan ser satisfechas con otras de las medidas preliminares.

ARTÍCULO 325°: Trámite de la exhibición de cosas e instrumentos. La exhibición o presentación de cosas o instrumentos se hará en el tiempo, modo y lugar que determine el juez, atendiendo a las circunstancias. Cuando el requerido no lo tuviere en su poder deberá indicar, si lo conoce, el lugar en que se encuentre o quién los tiene.

Puede pensarse en solicitar, a modo de ejemplo, la exhibición de contratos de prestación de servicios de Internet o en Internet.

Mayores posibilidades, aunque con menor cantidad de incisos, ofrece el artículo relativo a las pruebas anticipadas. El art. 326 CPCyCN establece que:

Art. 326. - Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes:

- 1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.
- 2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares.
- 3) Pedido de informes.
- 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325.

La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado.

5. ¿Cómo agregar una prueba al expediente?

Por último, y en virtud de las reiteradas consultas realizadas por distintos colegas, es preciso detenerse en los modos por los cuales es posible acompañar al expediente, como prueba, distintas publicaciones realizadas en redes sociales sin que las mismas pierdan valor probatorio. Como anteriormente se planteara, uno de los problemas de la prueba digital se encuentra en su volatilidad. Esto es, cómo ‘congelar’ y conservar dichas publicaciones para presentarlas particularmente en el fuero civil.

Existen dos vías posibles. La primera, a través del poder judicial, utilizando los mecanismos antes explicados (producción de prueba anticipada, solicitud de informes, etc.), pero esta vía puede presentar como contra, precisamente, el tiempo que insume. La segunda es la vía extrajudicial. En este último caso lo mejor es generarla con la intervención de un escribano. Para ello hay que tener en cuenta siempre que el escribano dará fé de lo que vea, así que salvo que exista un escribano que, a la vez, sea un profesional de la informática, sólo podrá constatar lo que aparezca en la pantalla y ningún otro extremo. Por estos motivos es importante que:

- El proceso se realice en la computadora del escribano y no en la del damnificado ni la de su abogado. De esta forma se limita la posibilidad de que se ataque la prueba en virtud de posibles manipulaciones por parte de las personas que solicitaron las pruebas.
- Que el escribano haga una relación detallada de los pasos que siguió para llegar a la publicación de la que se busca dejar constancia. Por ejemplo: Ingresé desde el dispositivo X (detallar lo más posible los datos para individualizar el dispositivo), propiedad de Y; por medio del servicio de Internet brindado por tal empresa y con

tal número de Ip asigando; utilizando el navegador de Internet (google chrome. Firefox, edge, etc); ingresé tal nombre de dominio (o dirección de internet); una vez cargado el sitio pude observar tal cuestión.

Sería deseable que el escribano pudiera acceder al sitio web en cuestión desde un buscador de uso común tales como 'Google' o 'Bing' entre otros. En este caso debe hacer constar en el acta ese paso también. Dependiendo de las posibilidades y conocimientos del escribano o de quien lo asista al momento de realizar el acta, podría sumar mayores detalles técnicos como los que se pueden obtener accediendo a 'información de página' (el nombre puede cambiar dependiendo del navegador de internet que se utilice), tales como número de ip y otras informaciones extraíbles que puedan ser útiles. Con el acta completa con todos estos datos puede válidamente acompañarse capturas de pantalla con los distintos pasos y con las publicaciones de las que se busca dejar constancia.

Como se dijera anteriormente, siempre es preciso tener en cuenta que el escribano dará fe cierta de lo que 'pasa ante sus ojos', por lo que en forma alguna podrá dar fe sobre si las fotos fueron manipuladas o no, o si el perfil desde el que se realizó la publicación pertenece a determinada persona. Por esto es preciso ofrecer siempre las pericias e informes que sean necesarios para complementar estas pruebas.

6. Bibliografía

AA.VV (2018) *CiberCrimen y Delitos Informáticos. Los Nuevos tipos penales en la era de Internet*. Errarius. Buenos Aires.

Camps, Carlos, (2015); *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Gomez, L. (2016); *Cibercrimen*; Ed. BdF; Buenos Aires.

Oliva León, Ricardo (coord.) (2016); *La Prueba Electrónica Validez y Eficacia Procesal*, Colección *Desafíos Legales, Juristas con Futuro*; Ebook; España.

Sosa, Toribio (2006); *Peritos Judiciales. Teoría y práctica para la actuación procesal*. Librería Editora Platense. La Plata.

Capítulo 9

Jurisprudencia sobre Jurisdicción y Competencia. Medidas Cautelares

Por José María Lezcano

1. Las cuestiones de Competencia y Jurisdicción

Es fundamental en cualquier consideración -jurídica o tecnológica- de Internet, la posibilidad de acceso, almacenamiento, transmisión y gestión de información desde cualquier ubicación o lugar en el planeta que se encuentre conectado a la red. Como hemos dicho, ésta es una de las características propias de esta tecnología, que sostiene el principio de ubicuidad. Ello, en tanto se cuente con la tecnología que lo permita (software, hardware, accesibilidad, compatibilidad de sistemas, etc) y la posibilidad de conectarse e interactuar en el espacio digital. Ello se completa, con un elemento subjetivo clave, que es el suficiente conocimiento por parte del usuario para acceder, manejarse y aprovechar algunas de las utilidades que el espacio digital y la Internet permiten.

La ubicuidad, como característica de esta tecnología, pone en dificultades importantes a los sistemas jurídicos, en particular a la hora de determinar cuál es el órgano judicial -juez o tribunal- que, por ley, tiene aptitud o capacidad para ejercer la función jurisdiccional en el conflicto. Es decir, resulta competente para conocer en un asunto determinado (Morello, Sosa y Berizonce, 1984). Entendida la competencia como la medida de la jurisdicción, resulta prioritario -para evitar dilaciones por cuestiones de competencia- identificar el marco legal dentro del cual se ejercerá la función judicial en un caso concreto.

En este apartado nos limitaremos a exponer cuáles han sido algunos de las sentencias que la jurisprudencia ha ido desarrollando, a fin de construir algunas bases que permitieron determinar los criterios que compusieron la organización del procedimiento en tanto jurisdicción y competencia en la materia.

1.1. Evolución jurisprudencial

El caso Svatzky, B. L. c/ Datos Visuales S.A. s/ Habeas data (Art. 43 CN), fue decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2005, frente a un conflicto de competencia entre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal. La resolución de la Corte remitió al Dictamen del Procurador Fiscal Dr. Obarrio y consideró que resulta de aplicación al caso lo estipulado por el inciso b) del Artículo 36 de la Ley N° 25.326, en cuanto dispone que será competente la Justicia Federal en aquellos casos en que los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales. Ello es así por cuanto, como surge de los hechos a los que se debe atender a fin de determinar la competencia -indica el fallo-, los datos que se pretendían eliminar constan en una base

de datos de Internet (red internacional), a la que se puede tener acceso desde cualquier lugar del país, así como del mundo.

En igual sentido pueden encontrarse los precedentes "P. S.A. c/ Prima S.A. y U.S. S.A." (Fallos: 328: 4087); Competencia N° 1018.XLII "L., S. N. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otros s/ medidas precautorias, pronunciamiento del 25 de noviembre de 2005 y "Rondinone, Romina Inesc/Yahoo de Argentina S.R.L. y otros" (Fallos: 330:249), Competencia N° 151. XLIX, "S., F. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/medidas cautelares", del 15/10/2013, entre otros.

En los autos "D, V A c/Y d A S.R.L. s/Medidas Precautorias" el Juzgado Nacional en lo Civil n° 2 (Buenos Aires), en Agosto de 2016, decidió que corresponde intervenir a la Justicia Federal Civil y Comercial en las acciones que tengan por objeto hacer cesar en forma definitiva el uso no autorizado de la imagen, nombre y fotos en los sitios de Internet, promovidas contra las empresas prestadoras del servicio, así como las demandas donde se reclamaba por los daños y perjuicios que ocasionara la información maliciosa. El Juzgado explica que se razona en este sentido por tratarse de una materia referida a un modo de interrelación global que permite acciones de naturaleza extralocal (conf. CSJN, 27/02/2007, "Rondinone, Romina Inés s/Yahoo de Argentina s/Medidas Precautorias", Comp. n°915, LXLII; íd. "P.S.A.c/Prima S.A. y U.S. S.A. s/Amparo", del 25/11/2005, Comp. n°XLI; íd. "Asociación Vecinal de Belgrano c/Manuel Belgrano s/Medida cautelar autosatisfactiva", del 23/12/04, Comp. n°637, LXL)

En el caso la Justicia tuvo en cuenta que el artículo 36, inciso b) de la ley 25.326 establece que procederá la competencia federal cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales. Y, por su parte, el artículo 44, último párrafo de la misma ley reserva la jurisdicción federal respecto a los registros, archivos, bases o bancos de datos interconectados en redes de alcance interjurisdiccional, nacional o internacional. (conf. esta Sala en Expte. n° 72.285/2010. "Engelbert Bjon Michael c/Google y otro s/Medidas Cautelares", del 9/11/2010; sin intentar agotar las citas).

Por ende, si la información que se pretende suprimir fue proporcionada por Internet, que constituye una de las redes interconectadas a la que se refiere el artículo 44 citado, concluye que deben intervenir en la controversia los jueces federales con competencia civil y comercial (íd. CNCiv., Sala G, "Svatzky, Betina L. c/Datos Virtuales S.A. s/Habeas Data", del 23/02/2004, R. 393.013, Sumario n°15923 de la Base de Datos de la Sec. de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín n°9/2004).

En los autos "Giardina Papa, Yamila Yohanna c/ Google y otro s/ medidas precautorias", de la Sala J de la Cámara Civil, también se pretendía hacer cesar en forma definitiva del uso no autorizado de la imagen, nombre y fotos en los sitios de Internet, en una acción promovida contra las empresas prestadoras del servicio, así como las demandadas, reclamando por los daños y perjuicios que la

información maliciosa ocasionara. Consideró la Cámara que se trata de una materia referida a un modo de interrelación global que permite acciones de naturaleza extralocal (conf. CSJN, 27/02/2007, “Rondinone, Romina Inés s/Yahoo de Argentina s/Medidas Precautorias”, Comp. n°915, LXLII; íd. “P.S.A.c/Prima S.A. y U.S. S.A. s/Amparo”, del 25/11/2005, Comp. n°XLI; íd. “Asociación Vecinal de Belgrano c/Manuel Belgrano s/Medida cautelar autosatisfactiva”, del 23/12/04, Comp. n°637, LXL).

En tanto las actividades presuntamente ilícitas se concretan con el uso de Internet, como medio de interrelación global que permite acciones de naturaleza extra local, la competencia es la federal (esta Sala, en autos “Macromedia Incorporated y otro c/Consulbaires S.A. y otro quien resultare titular y/o responsable s/Diligencias Preliminares”, del 13/05/2010, Sumario n°19955 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos C, G. L. s/ denuncia violación de correspondencia en 2017 resolvió una cuestión de competencia entre la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal y la Justicia Penal local, al hacer suyo el dictamen del Procurador en el que se reafirma la doctrina según la cual el acceso ilegítimo a una “comunicación electrónica” o “dato informático de acceso restringido”, en los términos de los artículos 153 y 153 bis del Código Penal, según la ley 26.388, a los que sólo es posible ingresar a través de un medio que por sus características propias se encuentra dentro de los servicios de telecomunicaciones que son de interés de la Nación (artículos 2° y 3° de la ley 19.798), debe ser investigado por la justicia federal (conf. Competencias n° 778, L. XLIX, in re “Díaz, Sergio Darío s/violación correspondencia”, medios electo art. 153 2° p° y n° 5901/2014/CS1 in re “N.N. s/ violación sistema informático art. 153 bis 1° párrafo”, resueltas el 24 de junio del 2014 y el 23 de junio de 2015, respectivamente). En el caso se trató de una denuncia de ingreso ilegítimo a una red social en particular en la que el actor refirió que, en reiteradas ocasiones, habrían ingresado ilegítimamente a su cuenta de usuario en la red social Facebook asociada a su correo electrónico.

Este mismo criterio y fundamento fue el utilizado en “T., G. W. s/ violación sistema informático (art. 153 bis, 1er. párr. del CP)” al indicar que “...el fuero federal debe entender en la investigación iniciada a raíz de la denuncia de violación de una red social y extracción de contactos telefónicos de una tarjeta SIM, pues el usuario de la red social y el correo electrónico constituyen una “comunicación electrónica” o “dato informático de acceso restringido”, en los términos de los arts. 153 y 153 bis del Cód. Penal, según la ley 26.388, cuyo acceso solo es posible a través de un medio que por sus características propias se encuentra dentro de los servicios de telecomunicaciones que son de interés de la Nación —arts. 2° y 3° de la ley 19.798—.”

Sin embargo, resulta importante destacar que la Corte Suprema ha indicado que “para resolver una cuestión de competencia, ésta debe hallarse precedida de una adecuada investigación que permita

individualizar los hechos sobre los cuales versa, las circunstancias de modo y lugar en que habrían ocurrido y las calificaciones que les pueden ser atribuidas” (Fallos: 301:472; 302:853; 306:728 y 1997; 315:312, entre otros).

Esta doctrina ha sido utilizado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I cuando en Febrero de 2018, en los autos “A., R. H. s/ competencia” indicó que es la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal quien debe investigar la recepción de mensajes intimidatorios a través de una red social, dado que, más allá de que, en principio, resultaría apresurado descartar su competencia, no se logró siquiera comprobar la existencia de los mensajes intimidatorios, por lo que resulta necesario esclarecer la real entidad de los hechos investigados y su correspondiente calificación legal para así decidir la cuestión de competencia.

Bajo este criterio, la Corte Suprema en autos “N.N. s/ publicaciones, reprod. y/o Distrib. obsenas. Denunciante: A, M. E.” -siguiendo el Dictamen del Procurador-, entendió que primeramente *debía entender el juzgado en el que se originó el incidente de competencia*, en el caso el Colegio de Jueces de Primera Instancia del Distrito Judicial N° 1 de Santa Fe. Tal punto de vista, surgió del caso en que una persona denunciante refería que, luego de ingresar a la cuenta de la red social “Facebook” de su hijo menor de edad, leyó comunicaciones con alguien que le habría enviado fotos y videos de sus partes íntimas, y le exigiría similar actitud de su parte. El magistrado local, declaró su incompetencia a favor de la justicia federal. Uno de los fundamentos era que el denunciado sería un ciudadano venezolano. La Justicia Federal por su parte, rechazó tal atribución por considerar que dicha investigación no corresponde al fuero federal. La insistencia del primer magistrado interviniente, dejó formalmente trabada la cuestión, con la consiguiente demora y riesgo de agravamiento de las circunstancias. Es que, en base a las constancias agregadas al incidente, indicó que no es posible apreciar circunstancia alguna que surta la jurisdicción federal (Fallos: 254:106; 310:146 y 311:1389 y 1900), de naturaleza excepcional y restrictiva (Fallos: 316:795; 317:931 y 322:2996, entre otros).

1.2. El Fallo del Tribunal de Justicia Europeo

En mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó uno de los fallos más trascendentales de la historia de Internet, la Sentencia en el asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González¹. Esta resolución de la máxima autoridad Jurisdiccional de la Comunidad Europea, suele tomarse como referencia

¹ Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

clave en la configuración del llamado “Derecho al Olvido” en Internet². Pero fundamentalmente, marca una posición clara de los países de la Comunidad Europea sobre la el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y su vinculación con las TIC. La normativa en cuestión era la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo relativa a *la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Cabe recordar que dicha normativa fue modelo tomado por el legislador argentino al momento de dictar la ley nacional 25.326³.

Indica el Tribunal que aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo para el funcionamiento de un motor de búsqueda, se sustraiga a las obligaciones y a las garantías previstas por la Directiva y los principios generales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (Art. 8) menoscabaría su efecto útil y la protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que tiene por objeto garantizar la Comunidad.

Precisa la sentencia que la actividad de un motor de búsqueda consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado. Ello debe calificarse de «tratamiento de datos personales» cuando esa información contiene datos personales, y en consecuencia, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento.

También indica que “para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.” (Punto 88 del fallo y 3 del resolutorio)

² Hemos realizado un primer análisis en extenso del fallo Lezcano, J.M: “La protección de la intimidad/privacidad a través del derecho al olvido. Análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia” disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/41568>

³ Es importante indicar que el 25 de mayo de 2018, la Comunidad Europea puso en vigencia una nueva normativa: el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, *Reglamento general de protección de datos* («RGPD») que deroga la Directiva 95/46/CE, y regula el tratamiento que realizan personas, empresas u organizaciones de los datos personales relacionados con personas en la Unión Europea (UE). un único conjunto de normas , con independencia de dónde tengan su sede. Dice el sitio web de la Comisión Europea: Las normas más estrictas en materia de protección de datos implican que las personas tienen más control sobre sus datos personales y las empresas se benefician de igualdad de condiciones. Vease https://ec.europa.eu/commission/priorities/justice-and-fundamental-rights/data-protection/2018-reform-eu-data-protection-rules_es

En el mismo sentido, al analizar los requisitos de aplicación del derecho a obtener del responsable del tratamiento, la rectificación, supresión o el bloqueo de los datos, “se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.” (el subrayado es nuestro, punto 99 del fallo y 4 del resolutorio)

Pero uno de los puntos más importantes que definió el TJUE, fue aquel referido a la construcción de la lógica de interpretación jurídica que habilitó la aplicación de la normativa de Europea al buscador (Google Inc.), aún cuando no esté probado que una filial (Google Spain) realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o al almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros. Sin embargo, dice el TJUE, que la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search.

Refiere el fallo que en uno de los considerandos de la Directiva aclara que «el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable», y «que la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante». En tal sentido, interpreta que el Art. 4 apartado 1, letra a de la Directiva no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado «por» el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice «en el marco de las actividades» de éste. Y dado que el objetivo de Directiva 95/46 es garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ésta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva.

Teniendo en vista este objetivo de la Directiva 95/46, el TJUE considera que “el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor.” (punto 55 del fallo), y en cuya resolución (punto 1) indica que la normativa en cuestión⁴ “debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d).”

En síntesis, sobre la aplicación territorial de la norma, debe interpretarse que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el motor de búsqueda y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro.

2. Medidas Cautelares

Explica el profesor Carlos Camps que la pretensión cautelar constituye la implementación de técnicas de tutela anticipada, que tiene el loable fin de acelerar la satisfacción de las necesidades urgentes de los ciudadanos cuando acuden a los magistrados. En las pretensiones judiciales en las que se persigue asegurar el éxito de la resolución final, luego del recorrido procesal. Estas pretensiones anticipadas resultan servidoras de la sentencia de mérito que hace cosa juzgada material y, por tal razón, se las caracteriza como medidas accesorias o instrumentales, provisionales, mutables, urgentes, etc (Camps, 2016)

En materia de Internet, las primeras sentencias sobre medidas cautelares abrieron la posibilidad de marcar algunos criterios para interpretar esta tecnología, sus actores y de las posibilidades de lograr la efectiva satisfacción de los derechos. Así, en “Asociación Vecinal de Belgrano c/ Manuel Belgrano” (Fallos: 327:6043), en el año 2004, la Corte Suprema sostuvo que: “el fuero federal es competente para entender en la medida autosatisfactiva en la que se invocan intereses difusos de los

⁴ El artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 95/46/CE

consumidores, tendiente a que se restituyan los vínculos a través de los cuales transita la parte más importante del tráfico de Internet, ya que excede la competencia del juez local de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, pues Internet es un medio de interrelación global que permite acciones de naturaleza extralocal. (Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).”

Estrictamente sobre medidas cautelares, resultó impactante la claridad de ciertas Cámaras Federales que en los primeros fallos jurisprudencias respecto a los conflictos entre los buscadores de Internet con “las modelos”, marcaron una lógica de fortalecer el derecho por sobre las tecnologías. Es que, frente al alegato o defensa de las empresas demandadas (buscadores) de la supuesta imposibilidad de cumplir la orden cautelar de dejar de presentar en el pagerank determinados contenidos, la Justicia ha expresado que las empresas demandadas públicamente se jactan de su pleno dominio de la información y de la precisión y velocidad de sus búsquedas, pero -en una de sus habituales estrategias defensivas- invocan “la imposibilidad técnica de cumplir las medidas dispuestas” por la Justicia, es decir, filtrar aquellos contenidos indicados como ofensivos.

En la misma línea, en autos “Crivocapich, Priscila c. Google Inc. y otro” (AR/JUR/5899/2008) indica que no es ocioso destacar que el buscador facilita a los usuarios el acceso a los sitios de Internet. En este sentido, se ha sostenido que “ante un material dañoso, reclamada su eliminación por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar y, de ser técnicamente posible, debe acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas y fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto. Como también que ante la entidad objetiva y fácilmente verificable de la ilicitud del contenido, no puede la empresa responsable del servicio amplificar, con su divulgación, los efectos dañosos en curso. Si bien parece —por ahora— dificultosa la prevención del daño, no lo es la cesación de sus consecuencias (conf. Galdós, Jorge Mario, "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet", LA LEY, 2001-D, 953).” Sigue diciendo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III que “...Desde este punto de vista, es indudable que el servicio prestado por la recurrente, por sus propias características, contribuye a facilitar la difusión de las páginas cuestionadas por la actora, por lo cual, la decisión adoptada por el a quo resulta el medio más idóneo para evitar la prolongación de la situación que se quiere hacer cesar (conf. esta Sala, doctrina de la causa 3247/06 del 3/4/2007). Por último, resta señalar que resulta inadmisibles el pedido de sustitución de la medida cautelar, pues la solución que propicia la codemandada resulta de cumplimiento imposible para la actora pues tendría que estar permanentemente viendo todos los días si la vinculan con sitios pornográficos de Internet.”

Las normas de procedimiento indican que, si no se presenta con la misma demanda, la cautelar debe ser peticionada frente al juez que habrá de intervenir en el juicio principal (art. 6, inc. 4 CPCCN). Es fundamental en estos casos indicar cuál es el derecho que se pretende asegurar como requisito de procedencia. En tal sentido, corresponde dejar claramente planteadas: 1) la verosimilitud del

derecho, 2) la medida requerida y 3) las normas que dan sustento al pedido. En materia de dignidad de las personas a partir de la protección de la intimidad/privacidad en tanto manifestación visible de los Derechos Humanos, el arco normativo indicado en estos textos puede aportar un punto de partida estratégico en este sentido.

Respecto de las medidas cautelares requeridas, en general es la invocación a la prohibición de innovar (Art. 230 CPCCN), que puede ser decretada tanto para que la situación de hecho existente no se modifique durante el curso del proceso, como la cautelar innovativa en virtud de la cual se da una orden judicial para que se modifique en cierto sentido el estado fáctico o jurídico existente al momento de la petición y que así permanezca hasta la sentencia de mérito. Por su parte, siempre existe el poder cautelar genérico, en virtud del cual, existe en los magistrados (y por ende en la posibilidad de petición concreta de las partes) la facultad de disponer figuras nuevas o distintas a las ya conocidas, ajustadas al propósito concreto, en base al rol creativo de modelar las figuras que mejor custodien los derechos en juego, teniendo en cuenta sus peculiaridades, urgencias, etc.

Indica Camps que se advirtió que, a la par de las cautelas dirigidas a proteger bienes materiales también podían ser operativas medidas asegurativas de otros derechos de los sujetos involucrados, como la integridad personal, salud, tranquilidad, etc. De tal modo se incorporaron a los códigos procesales las medidas de protección de personas.

Cabe mencionar que aquello que se considera “cautelar material” tiene el objetivo de entregar en forma adelantada y previa a la sentencia de mérito, los efectos fácticos -totales o parciales- de lo que será objeto de la acción principal. Así, el punto que la jurisprudencia de la Corte Suprema en el fallo *Camacho Acosta v. Grafi Graf* (Fallos 320:1630, sent. 7/8/1997), es permitir que el juez entregue todo o parte del “bien de la vida” a quien reclama.

2.1. Evolución Jurisprudencial

En las páginas que siguen, trataremos de brindar un recorrido por diferentes decisiones jurisprudenciales que, frente a situaciones que en la mayoría de los casos se vinculan con la protección de derechos personalísimos -como los tratados en esta obra-, fueron definidas por los tribunales nacionales.

2.1. Buscadores

En los autos “*Treviño, Susana c/ Google Argentina s/ Daños y Perjuicios*”, resuelto por el Juez Federal N° 1 de Rosario en diciembre del 2009, se hizo lugar a la medida cautelar que consiste en ordenar a Google Argentina S.R.L. y a Google Inc. que, por medio de quien corresponda, proceda a dar de baja en forma inmediata a un blog identificado mediante su URL, eliminando toda referencia de imágenes, figuras u frases agraviantes contra la dignidad de la actora. Continúa

diciendo la sentencia que no cabe dudas que es el buscador quien facilita a los usuarios el acceso a los sitios de internet, habiéndose demostrado que efectivamente existe información dañosa para la actora. “El buscador -en el caso Google- facilita a los usuarios el acceso a los sitios de internet donde la misma se encuentra, y es quien se encuentra en mejores condiciones para evitar la continuación del daño”, explica.

El “Incidente de medida cautelar en autos Escobar, Tomás s/ Infracción Ley 11.723” de febrero de 2013, resultó una decisión de la Sala II de la Cámara Federal porteña, enmarcado en una causa en la que “HBO Partners” se presentó como querellante, dado que en ella se investigaba si los responsables de la página web Cuevana exhibían, a través de dicho dominio, imágenes y videos en infracción a la ley de marcas y a la ley de propiedad intelectual. En lo particular, porque en el sitio se exhibían capítulos de la serie “Epitafios” de Pol-ka. Resultó así, una medida cautelar pedida en un proceso penal en el que, aunque se parte de un análisis basado en normativa civil y comercial, se aplican criterios específicos de la jurisprudencia penal para la determinación de la verosimilitud del derecho. Este diverso marco normativo resultó una de las diferencias que tuvo este fallo con otro frente a las mismas aplicaciones de tecnológicas, como se verá más adelante.

En el caso se requirió el dictado de una cautelar autónoma innovativa (art. 518 CPPN y 230 y 230 CPCCN). Se invocaba la afectación a los derechos de propiedad intelectual y de propiedad, solicitando se disponga preventivamente el bloqueo por parte de los proveedores de servicios de internet en el acceso a los usuarios al sitio www.cuevana.tv . En las consideraciones del fallo puede verse la reflexión que realiza el juez al contemplar que los derechos que invocan quienes peticionan no son personalísimos, ni tratan de preservar la relación de algo inédito sino que son patrimoniales. Aunque también considera la necesaria tutela judicial precautoria cuando se los afecta, el juicio de valor que debe hacerse no es el mismo habida cuenta de la naturaleza de estos derechos y de la diferente entidad que tiene el daño en cada caso, expresa. No obstante esta interesante mirada de la ponderación entre derechos frente a la evaluación de una cautelar, lo que determinó la sentencia a no otorgar la medida cautelar genérica fue no haber logrado determinar -en el estado de la investigación penal- si Cuevana es un sitio de enlaces o de indexación de contenidos de la que se encargan usuarios aislados o si efectivamente hay personas determinadas que la controlan y sobre las cuales cabría una imputación penal. En concreto, no se había imputado debidamente al o los sujetos que habrían hecho un uso indebido de la marca y violado los derechos de autor.

Vinculado a los mismos derechos patrimoniales en juego, en los autos “Imagen Satelital S.A. c/ Quien resulte titular sitio web Cuevana s/ Medida precautoria” de Noviembre de 2011, dos años antes del fallo recién comentado, la justicia Civil había dispuesto hacer lugar a la medida cautelar solicitada en los términos del art. 232 del CPCC y art.79 de la ley 11.723, y “ordenar a las empresas proveedoras de servicios de acceso a Internet (ISP), identificadas en la lista aportada por la actora

que, en forma inmediata, procedan a bloquear el acceso de cualquier usuario de Internet a los recursos del sitio web conocido como Cuevana, en tanto lo por ellos requerido sea la reproducción o comunicación de las obras audiovisuales "Falling Skies", "Bric" y "26 personas para salvar el mundo", ello bajo apercibimiento de imponerles una multa de pesos un mil (\$ 1.000.-) diarios en caso de incumplimiento, así como de considerar a sus responsables incurso en delito de desobediencia”.

Sin perjuicio de los aspectos sustanciales en cuanto a la materia civil y penal que diferencian los criterios que han puesto en juego los tribunales en el caso de Cuevana (como la falta de determinación efectiva en un estado del proceso), es importante remarcar el criterio que indica la justicia -sobre todo la penal-, respecto de la diferencia de los derechos (personalísimos unos y económicos otros) y la diferente entidad del daño en uno y otro caso.

En la causa "Slapka Butler, Pía c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/medidas cautelares" la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal -Sala I- resolvió un planteo de apelación de los ISP frente a una decisión del a quo en la que se disponía, como ampliación de una medida cautelar ya dictada, que deberían cesar en cualquier tipo de vínculo y enlace con los sitios de contenido pornográfico, sexual y de acompañantes, a los que se accede colocando el nombre de la actora. Frente a ello, aparece la apelación indicando que los buscadores no son responsables del contenido colocado en sitios de terceros y destaca la necesidad de que la actora individualice las URLs que desea bloquear, amparándose en el ya clásico argumento de la “imposibilidad” técnica de cumplir la medida dispuesta de manera genérica, puesto que su sistema no “comprende” el contenido de los sitios que indexa.

Frente a ello, la Cámara indica que la calificación de un sitio como "sexual" o "pornográfico" a fin de determinar la posible afectación de los derechos personalísimos de la actora en virtud de la vinculación con aquél, exige una valoración de su contenido (cfr. Sala II, doctrina de las causas 4235/06 del 18-12-09 y 8865/09 del 30-6-10) o cuanto menos del contenido de la descripción que surge de los listados de resultados, en orden a determinar en cada caso la pertinencia del bloqueo y en procura de armonizar todos los derechos involucrados. Ello implica necesariamente una individualización de los enlaces que se debe analizar.” En el caso, la Cámara, atendiendo a las dificultades que plantea la empresa demandada, y las circunstancias propias de la causa, habiendo sido acompañado un listado de las páginas que vinculaba a la actora con contenidos impropios, revoca parcialmente lo resuelto y dispone que el buscador deberá cesar la vinculación que se establece entre el nombre de la actora y los sitios mencionados.

En “N., Z. T. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ Medidas cautelares” la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Capital. Sala II, en mayo de 2012 también indica que la calificación de un sitio como "sexual" o "pornográfico" a fin de determinar la posible

afectación de los derechos de la actora en virtud de la vinculación con aquél, exige una valoración de su contenido (conf. esa misma Cámara y Sala, causas N° 4235/06, del 18.12.09; 8865/09 y 8952/09 del 30.11.10, entre otras; Sala I, causa N° 6103/06 del 31.8.2010; Sala III, causa N° 8805/09, ya citada). Explica que, de lo contrario, existe el riesgo de que, al efectuar una búsqueda con el nombre de la actora, surjan sitios que en su descripción contienen ciertas palabras vinculadas con la temática sexual -vgr. "sexshop"- pero que, al revisar su contenido se determina que no importan lesión alguna para la interesada. Amplía esta idea explicando que lo mismo debería ocurrir cuando la búsqueda se realiza adjuntando esa palabra con el nombre de la actora, y que de acuerdo con la experiencia de precedentes, para poder encarar ese examen puntual se requiere necesariamente individualizar los enlaces objeto de la medida cautelar pretendida.

Por su parte, en "P., P. J. c/ Google Inc. y otro s/ Incidente de Apelación de Medida Cautelar", de Febrero de 2014 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Capital Federal, establece como parámetro la importancia de una adecuada y clara exposición de los hechos de la pretensión cautelar puesto que, en el caso, indica que la actora no ha logrado demostrar por el momento la premisa fáctica sobre la que asienta su planteo cautelar. En función de ello, apoyado en el elemento estructural de la verosimilitud en el derecho, la garantía de la libertad de expresión que ampara el tráfico de informaciones e ideas a través de Internet (conf. arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, art. 1 de la ley 26.032), determina que si se invoca como fundamento de la medida la lesión a la intimidad, honor o buen nombre a través de medios electrónicos, la carga de la prueba sobre ese extremo recae sobre quien pretende la restricción cautelar (Conf. "S. de C.", causa N° 7183/08, del 3/6/09; "B.,L.M.", causa N° 4718/09, del 8/6/2010; "D.H.A." causa N° 978/10 del 12/07/2011)

En los autos "A., M.N. y otros c/ Google Argentina S.A. s/ medidas cautelares, la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, en diciembre de 2014 estableció que demostrar que las publicaciones o enlaces devueltos hacen referencia directa a quien solicita la medida y le causan un agravio es un requisito esencial de las medidas cautelares que se intentan con la finalidad de bloquear información que devuelve un buscador. En el caso, las publicaciones no sólo no hacían referencia a los solicitantes de la medida -puesto que no había mención expresa de los mismos-, sino que tampoco resultaba clara y precisa la imputación de irregularidades que supuestamente se denunciaban en los contenidos que aparecían en los sitios enlazados por el buscador.

En este recorrido jurisprudencial, mencionamos también los autos "D.V.D.C. c/ Yahoo y otros s/ Art. 250 C.P.C. - incidente civil" en los que la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que en noviembre de 2014 rechaza una medida cautelar innovativa invocada por un ex modelo para que los buscadores Google, Yahoo y Bing desvincularan de sus motores de búsqueda imágenes suyas y un video de contenido erótico. En el caso, el Tribunal no advierte que pueda

apreciarse el peligro en la demora al considerar —del propio relato de la actora— que tomó conocimiento en 2006 de la divulgación del material denunciado, y que recién promovió la pretensión cautelar en 2013. Expresa Molina Quiroga (2014) que la Cámara no distingue el límite entre la actividad laboral y profesional que ha desempeñado la actora y el contenido cuestionado, ya que en la presentación inicial la actora solicitó la medida precautoria (consistente en la eliminación de un video de contenido sexual que ella protagoniza) toda vez que ha visto vulnerada su intimidad e imagen, pues —afirma— se ve impedida de "retomar su carrera" (artística) y se le dificulta emprender "otro tipo de ocupación", afectando también su vida de relación; sin embargo, se advierte que no explicita detalladamente su situación, comprobadas que fueran las argumentaciones y defensas esgrimidas por Google Inc. En el caso en particular, se habría tratado de un video con una supuesta pareja, que había sido subido a Internet. Sin embargo, particularmente indica la Cámara que los links denunciados por la demandada demuestran, prima facie, que la actora trabajaría profesionalmente como actriz de producciones de género erótico. Peligrosamente indica la Cámara que lo anterior no puede sino establecer que la accionante ha expuesto en varias ocasiones su intimidad y, además, ha consentido la divulgación de material cuyo tenor resulta al menos similar a los contenidos por ella denunciados, en ejercicio de su actividad profesional; por lo tanto, la situación no puede ser asimilada a la de una persona privada, ni a la de una pública que se dedique a otra tarea. Es por ello que el presupuesto de procedencia de peligro en la demora de la medida innovativa no tuvo aceptación.

2.2. Sitios de Redes Sociales

En materia de medidas cautelares sobre redes sociales, puede mencionarse que en “A. Z. y otro c. A., M. y otro s/ medida autosatisfactiva”, en Junio de 2018, tanto el Juez de Primera Instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I desestimaron el pedido de medida autosatisfactiva interpuesta por dos personas que solicitaron que se ordene el borrado de una publicación efectuada en una red social. Consideraron que la medida pretendida debe rechazarse, dado que sin desconocer la afectación que en el ánimo de los actores pueda producir la publicación efectuada presumiblemente por la demandada, tampoco se puede soslayar que la eventual ilegalidad del contenido no surge manifiesta, sino que se trata de expresiones que no están relacionadas con su vida o la esfera de la intimidad, sino con su actuación en la gestión de un consultorio en común con el codemandado; a ello se suma que la determinación de la veracidad de los hechos exorbita el marco de conocimiento propio de las medidas cautelares. En el caso, la medida intentada se dirigió tanto contra un particular como contra Facebook.

La herramienta cautelar se ha negado en situaciones donde, frente a las situación de poner en juego la afectación directa al “buen nombre y honor”, tensiona con la libertad de expresión y de

información. Así lo expresa, entre otros, la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala B, que en “O., P. R. c. Facebook Argentina SRL y otro s/ medida autosatisfactiva” (2018), prioriza la libertad de expresión sobre el derecho personalísimo invocado por la actora, trayendo como fundamentos precedentes que indican que hay que precisar que la solicitud de la inmediata eliminación de los sitios que la actora cataloga como ofensivos implica un necesario juicio de valor preliminar, acerca de las consecuencias —tanto para la actora como para toda la sociedad— sobre la falsedad o veracidad de la información que la peticionaria objeta, y ello, en principio, excedería ampliamente el limitado marco cognitivo propio de la medida que se solicita. Máxime, cuando los destinatarios de la cautelar no son los autores del contenido cuestionado, sino la red social intermediaria que facilita su acceso” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala II, in re “Asociación Argentina de Pa-Kua c. Facebook Argentina SRL s/ medida autosatisfactiva”, causa N° 70926/2015, del 21/12/2016).

Considera el mismo fallo mencionado que la especial protección constitucional de libertad de expresión que establece la ley 26.032 de la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, determina que, si se invoca como fundamento de la medida la lesión a la intimidad, honor o buen nombre a través de medios electrónicos, la carga de la prueba sobre ese extremo recae sobre quien pretende la restricción cautelar (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala II, in re “Asociación Argentina de Pa-Kua c. Facebook Argentina SRL s/ medida autosatisfactiva”, causa N° 70926/2015, del 21/12/2016; “Servini de Cubría”, causa N° 7183/08, del 03/06/2009; “Bernstein”, causa N° 4.718/09, del 8/6/10; “Dragonetti”, causa N° 978/10, del 12/07/2011; y las citas efectuadas en dichos precedentes).

Otra de las situaciones que merece la atención comentar en este apartado, resulta lo expresado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, que en los autos “V., M. V. c. Twitter Inc. s/ acción preventiva de daños”, a fines de 2017, revoca parcialmente la sentencia el *a quo* y hace lugar parcialmente a una cautelar que constaba de dos partes: por un lado, la eliminación de los dichos y montajes fotográficos que insultaran a la actora y cuyos URL se acompañaron en la solicitud de la medida, pero también, por otro lado, se extendía respecto de aquellos dichos que relacionan el nombre de la actora con palabras como “asesina”, “p...”, “judía” (puesto que adjetivan su credo insultándolo), “lacra”, “no grata”, “perra”, “cucaracha”, “mierda”, otros que la acusan de drogadicta o buscan su muerte, “sufrimiento”, “dolor” o que manifiestan odio y que no se encuentran individualizados en la documental adjuntada. La sentencia hace lugar a lo dispuesto por el juez de primera instancia respecto de la eliminación de contenidos que han sido acompañados al expediente y cuyos URL se indican, pero revoca sobre la segunda parte referida.

Sobre la primera parte, incluso aclara que la falta de individualización de las URLs, relativas a cada uno de los tweets, y que sólo el hecho de que la demandante identifique los contenidos injuriosos

mediante las copias acompañadas sin denunciar las URLs, no constituye obstáculo alguno para la admisión de la tutela ordenada. Pero respecto de la segunda parte, indica que la situación reposa en cabeza de la propia accionante de identificar, en cada caso, los contenidos que estima lesivos y solicitar, puntualmente, el bloqueo de los tweets respectivos. Expresa que no puede imponerse una obligación indiscriminada y abierta hacia la demandada de “monitorear” los contenidos, puesto que su procedencia lo erigiría en una suerte de censor privado, al margen de la dificultad de filtrar determinados mensajes no individualizados previamente. Y completa diciendo que “...Sin perjuicio de advertir las diferencias existentes entre el funcionamiento de los motores de búsqueda y las redes sociales, lo cierto es que la solución a la que aquí se arriba es la que mejor se ajusta a la jurisprudencia del fuero en cuanto a los alcances que corresponde conferírseles a las medidas cautelares dictadas contra los proveedores de Servicios en Internet. Sólo debe recordarse que, tras verificarse la dificultad de determinar el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas sobre bases amplias ante el dinamismo del medio digital, se ha limitado la extensión de la tutela poniendo en cabeza de los pretenses la denuncia de los sitios —URLS— cuya vinculación solicita que se bloqueen (conf. esta sala, causa “Nara Wanda c. Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, del 30/11/2010; sala I, “Slapka Pía c. Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, del 31/8/2010; sala III “García Cornejo c. Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, del 14/4/2011).

El Código Civil y Comercial, a través de la incorporación explícita del deber de prevención del daño, ha dado una mayor apertura a medidas cautelares cuyo propósito sea disminuir el daño ya ocasionado por la acción de un tercero o alguno de los co-demandados. Así, en el marco de una acción preventiva de daños y reparación de daños, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, resolvió dar lugar a una medida cautelar y ordenar a Facebook Argentina SRL y Twitter Inc. que suprima cautelarmente un video que le acarrea al recurrente un daño continuo a su dignidad, intimidad personal y familiar, honra y reputación ya que cuanto más tiempo se mantuviese, perduraba el peligro por su difusión exponencial. En el fallo se exponen parte de los fundamentos de la apelante que sostenía que “hay una relación directamente proporcional entre el daño con el mantenimiento de los contenidos en las redes sociales por lo cual la resolución del *a quo* lo somete a una especie de humillación pública porque en lugar de disponer la eliminación del material ultrajante permite que siga circulando lo que acarrea un agravamiento del daño al dar prioridad a la libre expresión del accionado sobre la protección de la vida privada y honor del recurrente.” Utiliza como fundamento cuantitativo del daño producido, la circunstancia objetivada en el expediente que, en cuatro días el video había tenido más de 600 reproducciones, por lo que el peligro en la demora se relaciona con posibilidad de agravamiento del daño (art. 1710

inc. c) del Cód. Civ. y Comercial) presentado, en principio, por la continuación de las reproducciones.

Con citas de Andrea Meroi, indica que “resulta obvio que a los efectos de analizar la viabilidad de un planteo preventivo, el hecho de que el perjuicio ya haya comenzado a efectivizarse, facilitará su admisibilidad desde el punto de vista probatorio. En este tipo de acciones, el peligro en la demora y la verosimilitud del planteo cobran especial importancia, siendo que si el daño ya comenzó a producirse, tales extremos surgen in re ipsa”, por ende una vez establecido que la difusión de los enlaces afecta un derecho, la premura en hacerlo cesar es manifiesta. También expresa la sentencia que la anticipación al agravamiento del daño en la actualidad encuentra refuerzo normativo en el Código Civil y Comercial que entre las funciones de la responsabilidad la de prevenir el daño y los arts. 1710 y 1711 se inscriben en la línea de la vía procesal que se pretende, y cita la jurisprudencia de CNCiv., Sala I, 01/03/2016, F. M., S. M. c. Google Inc. Yahoo de Argentina SRL s/ medidas precautorias, LA LEY 05/04/2016, 05/04/2016, 11 - LA LEY - 2016-B, 413 — RCyS2016-V, 101, AR/JUR/3806/2016.

3. Bibliografía

- Camps, Carlos E. (2016); “Tratado de Derecho Procesal Electrónico” Tomos I, II y III. Ed. La Ley, Buenos Aires.
- Lezcano, José María (2014); “La protección de la intimidad/privacidad a través del derecho al olvido. Análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia” disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/41568>
- Lezcano, José María (2010); “Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet” Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 7, no. 40. Disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/21019>
- Meroi, Andrea A.(2016); “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños” RCCyC Buenos Aires.
- Molina Quiroga, Eduardo (2012); “Responsabilidad de los buscadores de Internet”; Eldial.com. Buenos Aires.
- Tomeo, Fernando (2010); “Responsabilidad civil de buscadores de Internet”. La Ley E (2010): 108 (LL 2010-E-108). Buenos Aires.
-



Mario S. Gerlero

Doctor de la Universidad de Buenos Aires en el área de la Sociología Jurídica; Pos-Doctor en Sociología Jurídica (UBA); Abogado (UNC) y Especialista en Sociología Jurídica y de las Instituciones (UBA); Profesor regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor de diferentes cursos de Postgrado en la UNLP y en la UBA. Director de Equipos de Investigación en los Programas SECyT-UNLP y SECyT-UBA. Director del Equipo de Investigación "El código Civil y Comercial: antecedentes, alcance y desafíos de la intimidad y privacidad desde los derechos humanos y la sociología jurídica" SCyT-UNLP; Evaluador en los programas de SECyT-UNLP y SECyT-UBA; Co-Coordinador de Evaluadores en FONCYT-CONICET. Director del Instituto GECSI-UNLP (Grupo de Estudios e la Complejidad en la Sociedad de la Información); mario_gerlero@yahoo.com.ar



José María Lezcano

Abogado; Adjunto Regular de "Teoría del Conflicto"; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP; es además docente de "Introducción a la Sociología" Cátedra II y de "Sociología Jurídica" Cátedra II ambas materias de la Carrera de Derecho; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP. Está a cargo de la Co-coordinación de los seminarios de Investigación "Derecho Informático"; Derecho a la información y protección de datos personales" UNLP; Miembro integrante del Equipo de Investigación "El código Civil y Comercial: antecedentes, alcance y desafíos de la intimidad y privacidad desde los derechos humanos y la sociología jurídica" SCyT-UNLP; Forma parte del Instituto GECSI-UNLP (Grupo de Estudios e la Complejidad en la Sociedad de la Información); josemlezcano@gmail.com



Ernesto Liceda

Abogado; Co-coordinación de los Seminarios de Investigación: "Cyber-Crimen"; "Derecho Informático"; "Derecho a la información y protección de datos personales", "Reforma del Código Penal", "La problemática de los abusos sexuales: una mirada antropológica y el abordaje trans-disciplinario" todos dictados en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; docente de "Introducción a la Sociología" Cátedra II; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP; Miembro integrante del Equipo de Investigación "El código Civil y Comercial: antecedentes, alcance y desafíos de la intimidad y privacidad desde los derechos humanos y la sociología jurídica" SCyT-UNLP; Forma parte del Instituto GECSI-UNLP (Grupo de Estudios e la Complejidad en la Sociedad de la Información); eliceda@gmail.com



Diseño Editorial
www.activa100.com.ar

(C) 2019 - Gerlero-Lezcano-Liceda Todos los derechos reservados.
Prohibidos, dentro de los límites establecidos por la ley, la reproducción total o parcial de esta obra, el almacenamiento o transmisión por medios electrónicos o mecánicos, las fotocopias o cualquier otra forma de cesión de la misma, sin previa autorización escrita de los autores y editores.

ISBN: 978-987-4081-12-4