

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 1, 2016, PÁGS. 77-90

Derecho a la información, habeas data e Internet.
Freedom of information, habeas data and Internet.

SILVIA SUSANA TOSCANO
LUCIANO GALMARINI

RESUMEN

El tan mentado concepto de Sociedad de la Información designa una nueva estructura social que se genera en el acceso y el intercambio de información y en donde los individuos y las organizaciones no sólo producen sus propias bases de conocimiento sino que comparten y son generadores y potenciales proveedores de otras bases.

Esta circulación de la información en tiempo real ha sido posible por la presencia de medios masivos de comunicación electrónicos, audiovisuales y digitales que protagonizan los cambios necesarios para que esta sociedad de la información sea el eje de transformaciones políticas, sociales, económicas y culturales que le dan el contenido y la significan.

Se torna imprescindible adaptar dichos institutos a las nuevas situaciones, mediante la creación de un mecanismo de protección del derecho a la intimidad, por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces en Internet, que se enrole en el concepto de “privacidad por diseño”, a través del empleo de controles más efectivos y sencillos por parte de los usuarios.

Asimismo, se torna necesario rever el concepto de intimidad y tal vez hablar de una razonable expectativa de intimidad como lo viene haciendo la Corte americana así como contextualizar otros derechos personalísimos.

Palabras claves: Habeas Internet, Datos, Buscadores, Intimidad, Información

ABSTRACT

The so much-mentioned concept of Information Society assigns a new social structure that is generated in the access and exchange of information and where individuals and organizations not only produce their own knowledge bases but also share and are generators and potential suppliers for other bases.

This flow of information in real time has been made possible because of e- mass media, audiovisual and digital mass communication media, starring the necessary changes so that this information society becomes the central axis for political, social, economic and cultural transformations that give its content and meaning.

It is essential to make the previously mentioned institutions adapt to new situations, by creating a mechanism for protecting the right to privacy, on behalf of providers of search services and Internet links, which enrolls in the concept of “privacy by design” through the use of more effective and simple controls by users.

It also becomes necessary to review the concept of privacy and perhaps speak of a reasonable expectation of privacy as it has been carried out by the American Court as well as contextualize other rights inherent to the individual.

KEYWORDS

Habeas Internet, Data, Search Engines, Privacy, Information

I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

El tan mentado concepto de la Sociedad de la Información designa una nueva estructura social que se genera en el acceso y el intercambio de información y en donde los individuos y las organizaciones no sólo producen sus propias bases de conocimiento sino que comparten y son generadores y potenciales proveedores de otras bases.

Esta circulación de la información en tiempo real ha sido posible por la presencia de medios masivos de comunicación electrónicos, audiovisuales y digitales que protagonizan los cambios necesarios para que esta sociedad de la información sea el eje de transformaciones políticas, sociales, económicas y culturales que le dan el contenido y la significan¹²⁸.

Ya en 1981, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, celebrado en Estrasburgo, se proponía garantizar en el territorio de cada Parte, respecto de toda persona física, sea cual fuere su nacionalidad o residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, puntualmente, el derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona (protección de datos).

En los fundamentos disponía que: “Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados, reafirmando al mismo tiempo su compromiso en favor de la libertad de información sin tener en cuenta las fronteras, reconociendo la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos”¹²⁹.

Castells, uno de los primeros en estudiar la denominada era de la información, ya en 1990, advertía que este flujo se iba a tornar incontrolable sin imaginar que tiempo después, a través de la gran cantidad de redes sociales utilizadas hoy día para todo tipo de propósitos, esta profecía se iba a manifestar al extremo¹³⁰.

Sin focalizarse en las tecnologías de la información y de las comunicaciones pero conscientes de que las TICs eran el sustento de esta nueva estructura social, la Organización de Naciones Unidas, reunidos sus representantes en Ginebra en Diciembre de 2003 con motivo de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, manifestaron el compromiso de “... construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos...”¹³¹

¹²⁸ Libro Colectivo, PLAZA PENADÉS, J., “La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico”, *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2013, p. 43-101

¹²⁹ https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Global_standard/Conv%20108_es.pdf (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

¹³⁰ CASTELLS, M., “La era de la información”, *Economía, sociedad y cultura. Vol. 1 México siglo XXI 1996*

* *Docentes e investigadores de Fundación UADE. (Buenos Aires- Argentina)*

¹³¹ <http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html> (Fecha de consulta 14 de Julio de 2016)

1. La democratización de la conectividad

Este nuevo paradigma se inserta en una sociedad postmoderna caracterizada por una “democratización” de la conectividad y por una interactividad promovida fundamentalmente, por las redes sociales. En este contexto, es preciso enfatizar la protección de la intimidad y de los datos personales frente al avance tecnológico.

La democratización de la conectividad es promovida por la innovación tecnológica que permite mayor velocidad de procesamiento, una capacidad de almacenamiento ilimitado de información y el acceso desde una multiplicidad de dispositivos como son, los *Smart TV*, la computadora, los *smartphones*, las tablets y otros. La conectividad se ve favorecida por el incremento de la banda ancha y su masividad que permite el acceso a diferentes servicios en tiempo real¹³².

Dicha conectividad es el resultado de una convergencia tecnológica mediante la cual es posible proporcionar una oferta generalizada de servicios de voz, datos y video por intermedio de la plataforma IP (Internet). En términos prácticos, estos *enabled services* provocan la aparición de nuevos actores y merced a ellos, emergen nuevas estructuras de mercado, mucho más complejas y competitivas¹³³.

Sólo para ilustrar con algunas estadísticas, se señala el informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ONU) del año 2.015.¹³⁴

Para 2020, se prevé que la proporción de hogares que tendrá acceso a Internet será del 56%, aunque queda aún mucho por hacer para aumentar el número de usuarios de Internet ya que sólo el 53% de la población mundial estará en línea en 2020.

Más del 95% de la población mundial ya dispone de servicios móviles celulares, lo cual significa que, según estimaciones, hay todavía unos 350 millones de personas en el mundo que viven en lugares sin cobertura de una red móvil.

Hasta el 2003, la cantidad de usuarios de Internet constituía apenas una décima parte de lo que es estimado hoy. Este incremento de la penetración de Internet en la sociedad da cuenta de un crecimiento anual sostenido en la cantidad de usuarios de la red, en los últimos años.

Estas cifras y estos datos dan cuenta y refuerzan el concepto de democratización entendiendo ésta en el sentido de masividad sin desconocer que la brecha digital existe y que la aspiración es lograr un acceso universal, equitativo y asequible a todos los servicios que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs), ya que constituyen un factor indispensable para el desarrollo.

La ONU, en su Declaración del año 2003 anteriormente mencionada ha manifestado que “...La conectividad es un factor habilitador indispensable en la creación de la Sociedad de la Información. El acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC constituye uno de los retos de la Sociedad de la Información y debe ser un objetivo de todas las partes interesadas que participan en su creación...”¹³⁵.

¹³² HOPENHAYN, M. “Educación, comunicación y cultura en la Sociedad de la información: una perspectiva latinoamericana” *Informes y Estudios especiales, Revista de la CEPAL 81, Publicación de las Naciones Unidas, Enero 2003* en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10924/081175193.pdf?sequence=1> (Fecha de consulta 14 de Julio de 2016)

¹³³ WOHLERS, M, “Convergencia Tecnológica y agenda regulatoria de las telecomunicaciones en América Latina”, *Naciones Unidas, Mayo de 2008* en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3615/S2008194_es.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta 14 de Julio de 2016)

¹³⁴ “La UIT publica datos mundiales anuales sobre las TIC y clasificaciones de los países según el Índice de Desarrollo de las TIC”, en: www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2015/57-es.aspx (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

¹³⁵ <http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html> (Fecha de consulta 14/07/16)

Consecuentemente con este principio, la ONU, en 2011, ha considerado que el acceso a Internet es un derecho humano y como tal inalienable, universal, independiente e indivisible. Todos los Estados deben garantizar a los individuos el acceso a Internet como parte del acceso al conocimiento y a la información exigiendo a los países miembros facilitar un servicio accesible y asequible para todos.

Para la ONU, Internet "...no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el acceso de la sociedad en su conjunto...", acceso que "...debe mantenerse especialmente en momentos políticos clave como elecciones, tiempos de intranquilidad social o aniversarios históricos y políticos"¹³⁶.

De esa forma, el genérico derecho de acceso a la información, ampliamente reconocido como derecho personalísimo, se convierte en la pretensión jurídica de que sea facilitada la misma convirtiéndose en una demanda susceptible de protección jurídica y garantizada jurisdiccionalmente.

2. La Interactividad

En segundo término, se menciona la interactividad. La interacción, como factor característico de la red, se ha constituido en el éxito que posibilita al mundo entero ser a la vez emisor y receptor de datos y contenidos, de la más rica variedad cultural.

Se ha denominado a Internet como una gran conversación sin barreras y esto ha sido posible por la libre circulación de sus contenidos, en donde los intentos de censura han fracasado rotundamente¹³⁷.

Podemos concluir en este punto, que el fenómeno comunicacional, debe su éxito a esta libertad intrínseca que implica el uso de las redes que plantea Internet con el acceso a la información en tiempo real y con las redes sociales, entre otras formas.

Constituye una nueva forma de interactuar de las personas conformando grupos de referencia y profundizándose esta publicización por la necesidad de mostrarse y de pertenecer, elementos que acentúan esa frágil frontera entre lo público y lo privado¹³⁸.

Si bien los individuos en esta sociedad postmoderna sostienen la bandera de la privacidad, aún no han encontrado el equilibrio entre ser un ciudadano global y definir un espacio privado para su desarrollo individual.

Una gran responsabilidad les cabe a los medios de comunicación en esta difícil delimitación entre lo público y lo privado.

El ámbito doméstico de la vida cotidiana debería ser una órbita de relativa privacidad pero en el momento en que se transforma en noticia, pasa al ámbito de lo público y en ese foro de los medios de comunicación esta publicidad se acrecienta debido al efecto viral que caracteriza a este medio.

¹³⁶ LA RUE, F. "Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression", Human Rights Council, Seventeenth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

¹³⁷ SCHIFER, C. A. y PORTO, R. A., "Telecomunicaciones – Marco Regulatorio", *El Derecho Ed. Univesitas SRL, Universidad Católica Argentina*, 2003, p. 267-305

¹³⁸ BORDA, G. J., "Las redes sociales y los derechos de la personalidad en la Internet", *Especial para La Ley, LL 2010-E-958*, 2010

3. El avance de las TICs

Es necesario comprender en la actual Sociedad de la Información, que debemos trabajar a fin de dar suficiente protección a los datos personales, dado el nivel de desprotección al que han quedado expuestos frente al avance de las TICs por un lado, y la cada vez más imperiosa necesidad de las personas de estar en contacto en el mundo virtual, conocido como *oversharing*, lo que abrió las puertas de la esfera de intimidad a la exposición pública *online*¹³⁹.

A esta situación, debemos sumar los métodos, cada vez más sofisticados y de difícil detección, que permiten la recolección de datos, entre ellos el uso por parte de los sitios *webs*, de *cookies* y aplicaciones del tipo “me gusta” o “compartir”, conocidas como *pixels*, que recaban información de los usuarios cuando navegan en las páginas de Internet, para conformar un perfil *online* de gustos, intereses, preferencias o hábitos de consumo, para posteriormente hacer llegar a los usuarios, todo tipo de ofertas de bienes o servicios, como de publicidad personalizada¹⁴⁰.

Por otra parte, no puede soslayarse el empleo cada vez mayor, de tecnología conocida como “I-Mode”, con la que son desarrollados los teléfonos inteligentes, lo que nos permite estar conectados en redes inalámbricas en forma constante, para acceder a todo tipo de *apps* o aplicaciones móviles con las cuales nos desenvolvemos en forma cotidiana, sea para viajar en transporte público, realizar reservas para asistir a conciertos, eventos, restaurantes o discotecas, acceder a los canales de *streaming*, intercambiar opiniones, mensajes, imágenes o todo tipo de información, o bien simplemente como esparcimiento para jugar en red.

La pregunta que debemos hacernos en este punto es: ¿conocen los usuarios la existencia de las *cookies*? Y en caso de saber sobre su existencia, ¿sabe con exactitud con que finalidad se instalan las mismas en sus computadoras y teléfonos móviles?

La situación contempla una mayor protección en los sistemas que adoptaron el “Opt-in” (tal el caso de la Unión Europea), en lugar del “Opt-out” (tal el caso de Argentina).

Hemos hablado de democratización de la conectividad favorecida por la convergencia tecnológica, y de la interactividad y la transmisión multidireccional de la información, la cual ha evolucionado merced a la tecnología, lo que ha hecho posible la transición entre una Web 1.0 como la que conocimos en sus inicios, a la creación de contenidos favorecida por las nuevas tecnologías.

Los contenidos en la web y en especial en las redes sociales, poseen rapidez de difusión y crecimiento exponencial que deriva en un efecto viral dado que la propagación de un evento o de un comentario incluso, desafía a su propio autor, quien pierde el control sobre la difusión del mismo. El concepto de viral hace alusión a la capacidad de expansión y contagio similar a los virus. Anteriormente, la vía de transmisión se llevaba a cabo con el correo electrónico, pero la aparición de las redes ha potenciado esa comunicación constituyéndose en el lugar de la visibilidad pública¹⁴¹.

Los grandes volúmenes de información y el impacto en la velocidad de la transmisión, nos introduce a su vez, en el fenómeno llamado “Big Data”, producto del crecimiento exponencial de información disponible, basado en las 3 Vs: volumen, variedad y velocidad¹⁴².

¹³⁹ TOMELO, F., “La intimidad en Internet”, en *elDial.com* – DC166D, publicado el 03/08/2011

¹⁴⁰ SOBRINO, W. A. R., “La ilegalidad de las ‘cookies’ y el ‘spam’ en el derecho argentino y la violación de la privacidad y la intimidad a través de Internet”, *JA* 2001-III.1194

¹⁴¹ PIZARRO, M. A., “Visión del desarrollo histórico de la libertad y la tecnología en el Siglo XXI (del derecho a la intimidad informática al paradigma de la libertad informática)”, en *elDial.com* - DC1860 Publicado el 09/05/2012

¹⁴² PAREDES-MORENO, A. “Big Data: Estado de la cuestión”, en *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies*, (IJISEBC), Vol. 2, Num. 1, 2015, p. 38-59. Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016 en www.ijisebc.com

Hoy toda nuestra vida está en la red. Las personas han hecho una identificación casi total de su vida real con su vida virtual. Todo se comenta en *Twitter* o por *Whatsapp*, se captura mediante *selfies*, se postea en Facebook, se muestra en *Instagram*, se sube a *Youtube* o *Dubsmash*, y se busca en Google.

II.- LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Hasta aquí, se ha delimitado el contexto social, tecnológico y cultural en el cual se inserta la sociedad de la información. En consecuencia, es posible determinar cuáles son los aspectos jurídicos relevantes que emanan de la misma y del paradigma que la conforma.

En principio son tres, a saber:

Acceso a la información y libertad de expresión.

Protección de la privacidad y de los datos personales.

Protección de la seguridad nacional y del orden público.

Estos aspectos deben ser analizados no sólo individualmente sino en su interacción a efectos de resolver jurídica y axiológicamente las tensiones y conflictos que suscitan a diario.

Con el paradigma y la convergencia tecnológica favorecida por la masividad descriptos anteriormente, los conceptos de libertad de expresión, derecho a la información y protección de la privacidad, cobran un significado diferente y requieren de una permanente interpretación en pos de lograr un equilibrio que reduzca la tensión que se presenta entre estos principios¹⁴³.

1. Histórica sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los Buscadores de Internet

El Máximo Tribunal en Argentina, tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en los autos “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, con fecha 28 de octubre de 2014.¹⁴⁴

En primer lugar, la Corte Suprema precisó cuáles son los derechos que se encontraban en pugna: por un lado, la libertad de expresión e información, y por el otro, los derechos personalísimos como el honor, la intimidad y la imagen.

En relación a la libertad de expresión, el Máximo Tribunal sostuvo que la misma “comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet”, tal como ha sido reconocido por la Ley N° 26.032, artículo 1°: “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

Asimismo, destacó la importancia del rol de los Buscadores en el funcionamiento de Internet, subrayando que el derecho de expresarse a través de la red fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva: “Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc.”.

Otro principio trascendente que establece el fallo, es el relativo al dictado de medidas específicas por parte de los jueces disponiendo la eliminación definitiva de los vínculos del nombre de una persona

¹⁴³ PIZARRO, M. A., “Visión...” *op. cit.*

¹⁴⁴ María Belén Rodríguez promovió demanda de daños y perjuicios contra Google Inc. en la que sostenía que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen, y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico. Pidió también el cese del mencionado uso y la eliminación de las señaladas vinculaciones. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/10/544fd356a1da8.pdf> (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

en relación a sitios específicamente individualizados (direcciones URL), las cuales deben revestir un carácter absolutamente excepcional, por ser medidas de tutela preventiva, que implican un sistema de restricciones previas y como tales, revisten de una fuerte presunción de inconstitucionalidad.¹⁴⁵

Por último, el fallo aborda a modo de “*obiter dictum*” y como orientación, un tema que tiene distintas soluciones en el derecho comparado, pero aún no está regulado en Argentina. El mismo se relaciona a los efectos de determinar cuándo hay un “efectivo conocimiento” requerido para que se tenga por probada la responsabilidad subjetiva del Buscador de Internet.

El interrogante que realiza la Corte Suprema es el siguiente: “¿es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al ‘buscador’ o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente?”

En ausencia de una regulación legal específica, el más Alto Tribunal sentó una regla que distinga los casos en que el daño producido con motivo del resultado de búsqueda fuera ‘manifiesto y grosero’, o bien, resultara ‘opinable, dudoso o exigiera un esclarecimiento’¹⁴⁶.

Al respecto sostiene que: “son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”.

En este supuesto, la propia naturaleza ilícita -civil o penal- de estos contenidos, resulta notoria, con lo cual para que se tenga por configurada la situación de “efectivo conocimiento”, bastará con una notificación privada, aunque fehaciente, por parte del damnificado, sin requerir otra valoración o esclarecimiento.

En cambio, en aquellos casos en que el contenido dañoso que implique lesiones al honor que no sean contumeliosas o importen violaciones a la privacidad o la imagen, y que exijan un esclarecimiento que deba precisarse, tanto en sede judicial como administrativa, requiere de una notificación judicial o administrativa dictada por una autoridad competente, dado que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de dicha autoridad.

2. El “*Habeas Internet*”

Otra sentencia relevante, aun cuando se trata de un tribunal de menor jerarquía y de jurisdicción local, es la pronunciada en autos “Gil Domínguez Andrés c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA s/ Amparo”, en la cual se dispuso ordenar a la citada Dirección, que adoptara en un plazo de 180 días, las medidas necesarias a fin de exigir a los Proveedores de Servicios de Bús-

¹⁴⁵ Conf. doctrina de precedentes referidos a libertad de expresión, en los cuales el Máximo Tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de la responsabilidad ulterior a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles (Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508, entre otros), como de la Corte Suprema de los Estados Unidos que ha establecido que “todo sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad” (“*Freedman v. Maryland*”, 380 U.S. 51, 1965; “*Carroll v. President and Commissioners of Princess Ann*”, 393 U.S. 175, 1968; “*Bantam Books, Inc. v. Sullivan*”, 372 U.S. 58, 1971; “*Organization for a Better Austin et al v. Keefe*”, 402 U.S. 4315, 1971; “*Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*”, 420 U.S. 546, 1976)

¹⁴⁶ Según el propio fallo de la Corte, este último supuesto tiene antecedente en el Decreto-Ley 7 de 2004 de Portugal

queda y Enlaces o Motores de Búsqueda en Internet, domiciliados en la Ciudad de Buenos Aires, que incorporen de manera obligatoria un Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad (PIPDI) de los usuarios de Internet¹⁴⁷.

El fallo profundiza en la elaboración doctrinaria de la protección de la intimidad desde, Warren y Brandeis en su hermenéutica sobre el concepto de privacidad¹⁴⁸, y todos los desarrollos posteriores, tanto en la jurisprudencia americana como en la europea. Hoy, la existencia de una ‘intimidad informática’, ha puesto en crisis aquel concepto acuñado en 1890, del “Right to be alone” o “Right to Privacy”, mutándolo por el de la ‘autodeterminación informativa’, entendido como la posibilidad de que el titular de los datos, pueda realizar un efectivo control sobre la propia información¹⁴⁹.

Esta autodeterminación informativa, también conocida como libertad informática, permite al individuo excluir a terceros del conocimiento de su intimidad y de sus datos aún en esta sociedad de la información¹⁵⁰.

Entre los fundamentos fácticos y normativos que destacan los fundamentos de la acción de amparo, interpuesta por el constitucionalista Gil Domínguez, se pueden destacar las siguientes:

-los proveedores de servicios de búsqueda en Internet cumplen un rol indispensable en el funcionamiento de esta herramienta de información, comunicación y expresión;

-se pretende la regulación de los resultados específicos de búsqueda generados por los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces a otros sitios, como Google, Bing o Yahoo, cuando dichos resultados afectan derechos personales, como la privacidad, la intimidad, la seguridad individual, el honor y la dignidad de las personas;

-en numerosas ocasiones, las informaciones y opiniones a las cuales los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces permiten acceder, generan un daño concreto a la libertad de intimidad de las personas;

-aún si se estimara que la responsabilidad civil de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces es subjetiva, ello no obsta a que los individuos afectados cuenten con un procedimiento o protocolo interno “de fácil acceso y gratuito, a través del cual puedan plantear casos de informaciones y opiniones en la red que sean falsas, discriminatorias, infamantes, desactualizadas, ilegales o calumniantes, con el fin que los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces puedan adoptar decisiones de bloqueo, suspensión, actualización, rectificación, supresión y caducidad de las mismas;

-en la actualidad, como derivación de la velocidad de diseminación de datos que produce Internet y de su consecuente daño, se requieren procedimientos de tutela con un cierto grado de respuesta rápida y efectiva;

-la existencia de un Protocolo no afectará la libertad de expresión en Internet, en tanto la opinión e información dañosa seguirá sometida al conocimiento de terceros hasta que el afectado accione contra el autor, lo que pone de manifiesto, que no constituye ningún mecanismo de censura directa o indirecta puesto que opera una vez que la publicación ya fue realizada y se encuentra un daño.

¹⁴⁷ <http://www.saij.gob.ar/gcba-debera-exigir-buscadores-internet-creacion-protocolo-proteccion-intimidad-nv9287-2014-10-10/123456789-0abc-d78-29ti-lpssedadevon> (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

¹⁴⁸ WARREN, S. y BRANDEIS, L., “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, Vol IV, N° 5, 1890, disponible en versión online: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

¹⁴⁹ HALABI, E., “El derecho a la intimidad y su protección internacional”, publicado digitalmente en edición de fecha 20/03/2010, artículo bajo protocolo A00275178149 de Utsupra.com IUS II, 2010

¹⁵⁰ TANÚS, G. D., “Protección de datos personales. Principios generales, derechos, deberes y obligaciones”, Artículo publicado en *Revista Jurídica El Derecho*, 19/06/2002, pág. 6. Buenos Aires, Argentina

El fallo se funda en el marco normativo y jurisprudencial que tutela el derecho a la intimidad (en forma genérica en el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, y en forma individualizada en los artículos 18, 43 y 75, inciso 22, y en el artículo 12, inc. 3° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el cual la Ciudad garantiza “el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana”).

Otro de los aspectos a destacar de la sentencia, es el abordaje que efectúa sobre la doctrina del “análisis sistematizado e integrador de la normativa constitucional tuitiva del derecho fundamental a la intimidad”, la que distingue cuatro niveles de protección.¹⁵¹

El primer Nivel está constituido por el principio de autonomía personal, uno de los ejes del sistema de derechos individuales, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

El segundo y tercer nivel, lo comprenden el derecho a la intimidad y privacidad. Si bien estos vocablos son utilizados como sinónimos por la jurisprudencia y la doctrina, hay corrientes que señalan una relación de género -privacidad- a especie -intimidad-, por la cual, todo individuo tiene la misma protección en relación a la intimidad personal, en cambio no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad¹⁵².

El cuarto nivel está conformado por la protección de los datos personales que se encuentren almacenados en bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. Es así que doctrina especializada ha sostenido que el impacto producido por el empleo de las TICs en la actual ‘Sociedad de la Información’, ha producido el surgimiento de la llamada ‘intimidad informática’, una libertad que protege la información personal que revele aspectos de la personalidad que no se desea que sean conocidos por los demás¹⁵³.

3. El derecho al olvido en la Unión Europea

Tanto una como otra sentencia se suman a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, que ha resuelto la cuestión del “derecho al olvido” en Internet, al reconocer la facultad de los particulares damnificados, de solicitar a los motores de búsqueda, el retiro y eliminación de determinados resultados indexados por los buscadores, en aquellos supuestos de búsquedas realizadas, a partir del nombre de una persona, con base en la preeminencia de los derechos de privacidad del afectado por sobre los intereses del público en acceder a dichos resultados.¹⁵⁴

Los fundamentos de estos y otros numerosos fallos se sustentan en que, si bien se reconoce el derecho a la libertad de expresión y a la información, es posible su colisión con derechos personalísimos por lo que habrá de encontrarse el equilibrio a través de limitaciones fijadas por ley y asegurando el respeto por los derechos individuales como el honor, la dignidad y la privacidad.

¹⁵¹ BASTERRA, M. I., “Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 115/116

¹⁵² BIDART CAMPOS, G. J., “Manual de la Constitución reformada”, Tomo I, Ed. Ediar 2000, p. 519 a 540

¹⁵³ PIZARRO, M. A., “Visión...” op. cit., TOMELO, F., “La intimidad...” Op. cit., HALABI, E., “El derecho...” Op. cit.

¹⁵⁴ C-131/12, 13 de mayo de 2014, “Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, Tribunal de Justicia (Gran Sala). El 5 de marzo de 2010, el Sr. Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, presentó ante la AEPD una reclamación contra La Vanguardia Ediciones, S.L., que publica un periódico de gran difusión, concretamente en Cataluña (en lo sucesivo, «La Vanguardia»), y contra Google Spain y Google Inc. El reclamo se basaba en que, cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del Sr. Costeja González, siendo que el embargo al que se vio sometido estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-131/12&td=ALL> (Fecha de Consulta 14 de Julio de 2016)

III.- CONCLUSIONES

En función de lo expuesto, podemos concluir que,

- existe en la actualidad un tratamiento electrónico de datos de diversa índole, tanto comercial como profesional, personal o familiar, referentes a hechos del pasado o bien del presente, sobre la vida de las personas;
- este actual estado del desarrollo de la tecnología ha impactado considerablemente en nuestras instituciones jurídicas, poniendo de manifiesto la insuficiencia de las herramientas actuales para proteger eficazmente los derechos personalísimos, como la intimidad, el honor, la imagen y la dignidad frente al avance de Internet;
- esta situación se ha potenciado con motivo del nuevo modelo de servicios de IT creado para responder al exponencial aumento del número de dispositivos conectados a la red de Internet, con el fin de complementar la presencia cada vez mayor de la tecnología en nuestras vidas y empresas;
- existe una tensión entre el derecho de acceso a la información, la libertad de expresión y el derecho personalísimo a la intimidad ante la exponencial innovación tecnológica;
- la información suministrada a terceros, puede lesionar los derechos personalísimos o patrimoniales, cuando sea errónea, inexacta o esté desactualizada;
- las personas no están prevenidas sobre la fácil forma en que quedan desprotegidos sus datos personales;
- las fronteras entre lo público y lo privado parecen conformar un nuevo paradigma que requiere nuevos principios jurídicos rectores;
- se hace preciso profundizar la protección del derecho a la intimidad y los datos personales frente al acceso y utilización de éstos por terceros, lo que supone un nuevo equilibrio entre la libre circulación de contenidos y la protección de los mismos;
- un análisis de los institutos jurídicos existentes nos lleva a considerar que los mismos son insuficientes para tutelar el derecho a la intimidad de los usuarios de Internet.

Por todo lo cual, se torna imprescindible adaptar dichos institutos a las nuevas situaciones, mediante la creación de un mecanismo de protección del derecho a la intimidad, por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces en Internet, que se enrole en el concepto de “privacidad por diseño”, a través del empleo de controles más efectivos y sencillos por parte de los usuarios.

La mayoría de las leyes de acceso a la información y de protección de datos personales fueron concebidas en un contexto tecnológico diferente al actual. Si bien el uso de la neutralidad tecnológica como técnica legislativa, ha contribuido a la no proliferación de modificaciones y nuevas normas, es preciso revisar los principios en los cuales el plexo normativo vigente se asienta.

Asimismo, se torna necesario rever el concepto de intimidad y tal vez hablar de una razonable expectativa de intimidad como lo viene haciendo la Corte americana así como contextualizar otros derechos personalísimos.

El auge de las redes sociales y bases de datos, ha contribuido a que una gran cantidad de datos personales que antes estaban reservados circulen en la nube de internet. Es necesario garantizar que nuestros datos estén bajo nuestro propio control, porque nos pertenecen y nos identifican como personas mismas.

Para ello, el deber del Derecho es intervenir, adelantarse al problema y reglar sobre la protección de los datos personales.

La evolución tecnológica no se detiene, el mundo que hoy conocemos seguramente no será el mismo dentro de 5 o 10 años. Como abogados debemos continuar siendo depositarios de los valores más anhelados de la sociedad como son la justicia, el honor y la libertad enfrentando los desafíos que estos nuevos paradigmas nos presentan.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros y Artículos

- BASTERRA, Marcela I., “Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad”, Rubinzal -Culzoni Editores, Santa Fe, 2012.
- BIDART CAMPOS, G. J., “Manual de la Constitución reformada”, Ed. Ediar 2000
- BORDA, Guillermo J., “Las redes sociales y los derechos de la personalidad en la Internet”, Especial para La Ley, LL 2010-E-958, 2010.
- CASTELLS, Manuel, “La era de la información”, Economía, sociedad y cultura. Vol. 1, 1990, México.
- HALABI, Ernesto, “El derecho a la intimidad y su protección internacional”, publicado digitalmente en edición de fecha 20/03/2010, artículo bajo protocolo A00275178149 de Utsupra.com IUS II, 2010.
- HOPENHAYN, Martín, “Educación, comunicación y cultura en la Sociedad de la información: una perspectiva latinoamericana” Informes y Estudios especiales, Revista de la CEPAL, Publicación de las Naciones Unidas, Enero 2003.
- PALAZZI, Pablo “Aspectos Legales del Correo electrónico no solicitado (derecho a enviar, derecho a no recibir y a no distribuir correo electrónico)”, en Revista Jurisprudencia Argentina, Tomo 2004-I, fasc. 6, Lexis Nexis.
- PIZARRO, Manuel Alberto, “Visión del desarrollo histórico de la libertad y la tecnología en el Siglo XXI (del derecho a la intimidad informática al paradigma de la libertad informática)”, en elDial.com - DC1860 Publicado el 09/05/2012.
- PLAZA PENADES, Javier, Libro Colectivo, “Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, Ed. Aranzadi, Madrid, Primera Edición, 2013.
- PAREDES-MORENO, Antonio, “Big Data: Estado de la cuestión”, en International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies, (IJISEBC), Vol. 2, Num. 1, 2015.
- SCHIFFER, Claudio Alberto y Porto, Ricardo Antonio, “Telecomunicaciones – Marco Regulatorio”, El Derecho Ed. Univesitas SRL, Universidad Católica Argentina, 2003.
- SOBRINO, Waldo Augusto Roberto, “La ilegalidad de las ‘cookies’ y el ‘spam’ en el derecho argentino y la violación de la privacidad y la intimidad a través de Internet”, JA 2001-III.1194.
- TANUS, Gustavo Daniel, “Protección de datos personales. Principios generales, derechos, deberes y obligaciones”, Artículo publicado en Revista Jurídica El Derecho, 19/06/2002, pág. 6. Buenos Aires, Argentina.
- TOMELO, Fernando, “La intimidad en Internet”, en elDial.com – DC166D, publicado el 03/08/2011.
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, “The right to privacy”, Harvard Law Review, Vol IV, N° 5, 1890, disponible en:
http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html
- WOHLERS, Marcio “Convergencia Tecnológica y agenda regulatoria de las telecomunicaciones en América Latina”, Naciones Unidas, Mayo de 2008.

Jurisprudencia y Links

- “Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, Tribunal de Justicia (Gran Sala), disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-131/12&td=ALL>.

- “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Corte Suprema de Justicia de Argentina, Octubre de 2014, en:
<http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/10/544fd356a1da8.pdf>.
- “Gil Domínguez Andrés c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA s/ Amparo”, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/gcba-debera-exigir-buscadores-internet-creacion-protocolo-proteccion-intimidad-nv9287-2014-10-10/123456789-0abc-d78-29ti-lpssedadevon>.
- “La UIT publica datos mundiales anuales sobre las TIC y clasificaciones de los países según el Índice de Desarrollo de las TIC” disponible, en: www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2015/57-es.aspx.
- Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Global_standard/Conv%20108_es.pdf
- “Declaración de Principios de Ginebra: Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, disponible en: <http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>
- La Rue, Frank “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, Human Rights Council, Seventeenth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

SOBRE LOS AUTORES

SILVIA SUSANA TOSCANO es abogada y escribana por la Universidad de Buenos Aires, cuenta con un Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador (Argentina) y una Maestría en Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires.

Es la Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Fundación Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires, Argentina.

Su correo electrónico es: stoscano@uade.edu.ar

LUCIANO GALMARINI es abogado Especialista en Derecho de la Alta Tecnología y Profesor Adjunto del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires, Argentina.

Su correo electrónico es: lgalmarini@uade.edu.ar

Este trabajo fue recibido el 29 de junio y aprobado el 14 de julio de 2016.